

LA INCLUSIÓN SOCIAL EN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Miguel ARENAS MEZA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de inclusión del ICCAL.* III. *El concepto de inclusión social como pauta para los Tratados Bilaterales de Inversión.* IV. *El impacto de los TBI y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican sobre la inclusión social.* V. *¿Cómo se podrían evitar los impactos negativos de los TBI sobre la inclusión social?* VI. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto examinar en qué medida el concepto de inclusión del *ius constitutionale commune en América Latina (ICCAL)* puede ser un elemento a considerar en el diálogo normativo entre dos regímenes jurídicos, el derecho internacional de las inversiones (DII) y los derechos humanos (DH), cuyas relaciones —en el caso de América Latina—, han transcurrido en medio de un ambiente de tensión o conflicto.¹ Ello teniendo en cuenta que se trata de un concepto que posibilita la integración en los sistemas sociales de amplios sectores de la sociedad en situación de exclusión,² como resultado de las tensiones generadas por la ausencia de un adecuado diálogo entre estos dos regímenes jurídicos. El citado concepto puede ser tomado como referen-

* Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Santiago de Compostela (España).

¹ Al respecto véase Olarte Bácares, Diana Carolina, “El derecho internacional de las inversiones en América Latina: el reencuentro con los derechos humanos”, *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, Derecho público*, t. VI, Bogotá, Temis, 2010, p. 684.

² von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, p. 10.

cia en el análisis de las relaciones entre el DII y los DH en América Latina, en tanto un elemento esencial para sentar las bases de un diálogo fructífero entre ambos sistemas normativos. Sobre todo atendiendo a una realidad, como la latinoamericana, en donde muchas veces el Estado anfitrión, receptor de la inversión, se ha visto condicionado por el DII al momento de ejercer sus potestades regulatorias para la realización de las garantías y promesas consagradas en las constituciones y en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos —sobre todo en el ámbito de los derechos socioeconómicos—, lo que ha posibilitado que amplios sectores de su población queden desprotegidos y sin cobertura en el ámbito de sus derechos más básicos.³ Esta insostenible situación es la que, a nuestro modo de ver, justifica que el concepto de inclusión sea tenido en cuenta en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), si lo que se quiere realmente es evitar tensiones o conflictos entre estos dos sistemas normativos.

Para abordar estas cuestiones, este capítulo empieza efectuando algunas precisiones de carácter conceptual en torno al concepto de inclusión, para desde aquí, analizar de qué manera dicho concepto podría ser tomado en cuenta en los TBI. Este tema resulta crucial dentro del trabajo, ya que la posibilidad de que el referido concepto sea tenido en cuenta en estos instrumentos no está exenta de dificultades, debido sobre todo al impacto negativo que tienen los TBI y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican sobre el mismo, aspectos que son tratados en la cuarta y quinta parte del trabajo. En la medida en que el estudio de esta problemática está estrechamente conectado con los problemas que se suscitan en la práctica al analizar las relaciones entre el régimen de protección de las inversiones y el de los derechos humanos,⁴ su tratamiento se realizará en ése marco más amplio.

³ Esto sucede en especial con las decisiones de los órganos arbitrales, pues muchas veces éstas suponen un importante obstáculo para que las personas puedan acceder a servicios públicos considerados esenciales para la realización de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la vivienda o a la educación. Véase Fernández Masía, Enrique, “Arbitraje inversor-Estado: de «bella durmiente» a «león en la jungla»”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013, pp. 14 y 15, disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num26>.

⁴ En torno a las relaciones entre el DII y los derechos humanos existe una extensa bibliografía, véase entre otros Kriebaum, Ursula, “Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights”, en Reinisch, August y Kriebaum, Ursula (eds.), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007, pp. 165-189; Petersen, Luke Eric, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*, Montreal, Derechos y Democracia (Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático), 2009, pp. 8-45, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales->

Finalmente, en la última parte se examinan una serie de propuestas acerca de cómo se podrían evitar los efectos adversos que tienen los TBI y los laudos arbitrales sobre la inclusión social del ICCAL, con el objeto de que dicho concepto pueda cumplir eficazmente ése papel integrador que se le atribuye.

II. EL CONCEPTO DE INCLUSIÓN DEL ICCAL

Entre los principales problemas que aquejan a los países latinoamericanos está la situación de exclusión social en la que se encuentran inmersos amplios sectores de la población. Esta situación, que puede deberse a múltiples factores, entre los que destaca la profunda desigualdad existente en estas sociedades, se manifiesta con especial dramatismo cuando grupos enteros de personas no están en capacidad, o encuentran grandes dificultades, para poder “participar [o integrarse] en los sistemas educativo, sanitario, económico y político, e incluso ni siquiera en el sistema legal”, de sus respectivos países.⁵ Y ello pese a que, formalmente, las constituciones de sus respectivos países no solo les reconocen unos derechos de carácter socioeconómico, sino que además les garantizan su plena realización.

La problemática de la exclusión social así descrita plantea enormes desafíos para los países latinoamericanos, debido a que amplios sectores de la población simplemente no son tomados en cuenta por las instituciones estatales. Esto a su vez suscita importantes retos para la realización de las garantías relacionadas con los derechos socioeconómicos consagradas en sus constituciones y en los tratados internacionales, ya que ello depende de que exista un cierto nivel de desarrollo económico y social en estas

de-inversion-peterson-2009.pdf; Dupuy, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2009; Tanzi, Attila, “Recent Trends in International Investment Arbitration and the Protection of Human Rights in the Public Services Sector”, en Boschiero, Nerina *et al.* (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haya, Springer, 2013, pp. 587-597; Balcerzak, Filip, “Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights”, *ICSID Review*, Oxford, 2014, vol. 29, núm. 1, pp. 216-230; Pellet, Alain, “Notes sur la “fragmentation” du Droit International: Droit des Investissements Internationaux et Droits de l’homme”, en Alland, Denis *et al.* (eds.), *Unité et Diversité du Droit International. Ecrits en l’honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 757-784.

⁵ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada...”, *cit.*, p. 10.

sociedades.⁶ Esto último resulta difícil de realizar cuando existen importantes sectores de población en estos países que directamente no participan en el sistema social.

Esta circunstancia permite entender por qué la problemática de la exclusión social en América Latina se sitúa en el núcleo mismo del enfoque del constitucionalismo transformador del ICCAL, y por qué éste ha puesto un especial énfasis en la necesidad de superar dicha situación.⁷ No solo por tratarse de situaciones humanas cuya existencia resulta inaceptable bajo todo punto de vista, sino porque además son estas situaciones injustas las que impiden la realización de las garantías previstas en las constituciones y tratados relacionadas con el disfrute de derechos socioeconómicos y de otros derechos humanos.

Desde la perspectiva del ICCAL, la superación de la exclusión social es abordada a través del concepto de inclusión, el cual constituye un elemento central dentro de dicho enfoque.⁸ Se trata de un concepto que posibilita una perspectiva comprehensiva de sociedades, como las latinoamericanas, cuya capacidad de integración se ha visto cuestionada en razón de que importantes sectores de la población no son tomados en cuenta por las instituciones que supuestamente deberían actuar en su bienestar. Sobre la base del reconocimiento de que no es posible para una sociedad aliviar la desigualdad social como déficit sistémico si no logra superar semejante exclusión, se propugna, como vía para la superación de dicha situación, la realización plena de las garantías y promesas previstas en las Constituciones nacionales para hacer efectivos los derechos humanos y, en especial, los

⁶ Sobre la exigibilidad de los derechos económicos y sociales y culturales en el sistema interamericano, véase Pinto, Mónica, “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos y sociales y culturales en el marco del sistema interamericano. Avances y desafíos actuales”, *Revista IIDH*, núm. 56, 2012, pp. 157-187; Teijo, Carlos, “Algunas consideraciones sobre el avance en la protección de los derechos económicos y sociales y culturales, con especial referencia a la práctica del sistema interamericano”, en Áznar Gómez, Mariano *et al.* (eds.), *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, vol.1, t. 1, pp. 1297-1318.

⁷ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada...”, *cit.*, pp. 4, 5, 9 y 10.

⁸ Véase también von Bogdandy, Armin “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 15 y 16; Clérico, Laura, y Aldao, Martín, “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 219-264.

derechos socioeconómicos. Solo haciendo realidad esas promesas y garantías centrales de las constituciones se podrá remediar la grave situación de exclusión social en la que se encuentran estas personas. En suma, se trata de un concepto que apuesta decididamente por la integración, a través de los principios constitucionales, de los sectores más desfavorecidos de América Latina en un sistema social que hasta ahora les ha sido esquivo.⁹

III. EL CONCEPTO DE INCLUSIÓN SOCIAL COMO PAUTA PARA LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Llegados a este punto, se plantea la cuestión de si el concepto de inclusión del ICCAL podría servir como pauta a tener en cuenta en los instrumentos internacionales de inversión —particularmente en los TBI—; no sólo en los futuros, sino también en aquellos que en estos momentos se encuentran renegociando.

Esta cuestión reviste el máximo interés si nos atenemos al hecho de que muchas de las situaciones de exclusión social que se dan en América Latina se producen como resultado de la aplicación preferente de la normativa de protección de inversiones, que impide al Estado ejercer sus poderes regulatorios en ámbitos de especial relevancia social, como los derechos humanos. Ello posibilita que amplios sectores de su población queden sin la cobertura de protección que les reconocen y garantizan las constituciones estatales y los principales instrumentos internacionales —en especial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)— en este ámbito específico.

Pero además se trata de una cuestión que cobra plena actualidad en la medida en que muchas de las iniciativas puestas en marcha por los Estados latinoamericanos para revertir la situación antes descrita, intentando recuperar su espacio regulatorio, han sido impugnadas por los inversionistas extranjeros, planteando demandas millonarias ante tribunales de solución de controversias inversor-Estado, y obteniendo, no pocas veces, decisiones favorables a sus intereses.

Ante esta realidad, no es de extrañar que en los últimos años hayan surgido voces críticas cuestionando la viabilidad del sistema internacional de protección de las inversiones en su concepción actual.¹⁰ Se cuestiona, en

⁹ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada...”, *cit.*, p. 10.

¹⁰ Al respecto véase Fach Gómez, Katia, *Latin America and ICSID: David versus Goliath?*, 2010, pp. 1-49, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1708325>; Fernández Masiá, Enrique, *op. cit.*, pp. 7-16.

concreto, el hecho de que se trata de un régimen que favorece las interferencias indebidas en la soberanía del Estado, y que propicia las violaciones de derechos socioeconómicos y de otros derechos humanos.¹¹ Dichos cuestionamientos han llevado a algunos Estados de la región a adoptar medidas que ponen de relieve su rechazo al actual estado del DII y, sobre todo, al sistema de solución de controversias inversor-Estado. En los últimos años, varios de estos Estados se han retirado, o están considerando la posibilidad de retirarse, del sistema de arreglo de disputas inversor-Estado del CIADI, o de TBI específicos, alegando interferencias indebidas con los procesos democráticos nacionales.¹² Todo ello como muestra de que, en el caso de

¹¹ Esta tendencia “hostil” hacia el sistema de protección de inversiones se percibe nítidamente en el Informe del Procurador General del Ecuador, Diego García Carrión, sobre la actuación de la Procuraduría en el *arbitraje Chevron*: “El Estado ecuatoriano ha tenido que defenderse —aunque en la mayoría de los casos bajo protesta—, dentro de un sistema de arbitraje internacional de inversiones que, amparándose en TBI, negociados y suscritos en forma negligente, han servido para que funcione un mecanismo injusto de aplicación irracional de normas de derecho internacional, con poco respeto para los Estados soberanos, su potestad reguladora y sus sistemas de administración de justicia. En ello, el sistema se ha servido de una élite de árbitros internacionales que, muchas veces atribuyéndose poderes absolutos, han sobrepasado los límites de sus competencias, arrasando con el derecho interno y la soberanía de los Estados, con apariencia de legalidad”. Procuraduría General del Estado, *Caso Chevron: defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversiones*, Ecuador, Gestión 2008-2015, pp. 22 y 23.

¹² Así, el 2 de mayo de 2007, Bolivia presentó una notificación de denuncia del Convenio del CIADI, la cual se hizo efectiva seis meses después, esto es el 3 de noviembre. Este mismo país denunció, en 2012, sus TBI suscritos con España y los Estados Unidos. El 4 de diciembre de 2007, el Secretario General del CIADI recibió una notificación por parte de Ecuador en la que excluía de su competencia las disputas relacionadas con los recursos naturales y, en particular, con el petróleo, el gas y la industria minera. Tras ello, el gobierno ecuatoriano ha denunciado varios TBI. Además, la Corte Constitucional de dicho país declaró inconstitucionales las cláusulas de seis TBI suscritos con China, Finlandia, Reino Unido, Venezuela y los Estados Unidos. Por último, el 24 de enero de 2012 Venezuela presentó una notificación denunciando el Convenio del CIADI, la cual se concretó el 25 de julio de ese año. Este país también ha denunciado varios TBI. Véase al respecto Polanco Lazo, Rodrigo, “Denuncia de tratados de inversiones en Latinoamérica. Causas y consecuencias”, en Álvarez Zárate, José Manuel *et al.* (eds.), *Estado y futuro del derecho económico internacional en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 593-617. Como vía alternativa al mecanismo arbitral del CIADI, los países del Unasur han impulsado una iniciativa para buscar un foro regional de solución de controversias inversor-Estado. Se ha constituido a este respecto un Grupo de Trabajo en el ámbito de dicha organización que se encuentra examinando tal posibilidad. Existe actualmente un proyecto de *Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de Unasur* en el que se recogen los aspectos centrales del mecanismo. Básicamente, el mecanismo previsto sería semejante al del CIADI, pero con ciertas particularidades; así, se excluye de su competencia temas sensibles a las políticas públicas de los Estados (salud, distribución de agua potable, energía); se establece un método más transparente en la elección de los árbitros; y se exige el previo agotamiento de los recursos internos en los Estados para poder acceder al sistema arbitral regional, véase <http://www.unasur.int/es/>

América Latina, el sistema de protección de inversiones ha entrado en una crisis de legitimidad democrática o aceptabilidad.¹³

Se hace necesario, por tanto, una urgente redefinición en las relaciones entre el DII y los derechos humanos si se quiere evitar estas tensiones o conflictos.¹⁴ Ello requiere que el sistema de inversiones replantee sus postulados básicos, dejando de lado esa visión sesgada que privilegia la protección del inversionista y de sus intereses por encima de cualquier otra consideración, para encaminarse hacia un enfoque más centrado en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas y de los colectivos sociales latinoamericanos, puesto que son ellos los grandes perjudicados por sus rígidos planteamientos. Solo así sería posible articular un “diálogo fructífero” o una “relación armoniosa” entre estos dos sistemas normativos en un futuro próximo.

Es pues en el contexto de esta aproximación o diálogo normativo entre ambos ordenamientos jurídicos donde nos parece que el concepto de inclusión del ICCAL podría utilizarse como pauta a tener en cuenta en los instrumentos internacionales de inversión, y particularmente en los TBI, ya que no solo serviría para evitar los efectos adversos que tienen dichos instrumentos sobre los derechos humanos, sino que también permitiría incrementar su legitimidad democrática y, de este modo, la sostenibilidad de todo el régimen de inversiones.

IV. EL IMPACTO DE LOS TBI Y LOS LAUDOS ARBITRALES QUE LOS INTERPRETAN Y APLICAN SOBRE LA INCLUSIÓN SOCIAL

El concepto de inclusión del ICCAL, como acabamos de ver, puede tener un papel importante en la redefinición de las relaciones entre el DII y los derechos humanos, evitando los efectos adversos que tiene el primero sobre los segundos. Por ello, conviene determinar de qué manera y en qué casos los TBI y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican pueden afectar negativamente a la realización de las garantías y promesas consagradas en las constituciones latinoamericanas y en los principales instrumentos de derechos humanos en relación con los derechos socioeconómicos. Para dicho examen,

node/721; sobre estas iniciativas, véase Sommer, Christian G., “Inversión extranjera y derechos humanos: conflictos e interacciones”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, núm. 2, julio de 2015, pp. 4 y 5; Fernández Masiá, Enrique, *op. cit.*, pp. 16-20. Véase también el capítulo de María José Luque Macías en este volumen.

¹³ Véase Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 706.

¹⁴ Véase también los capítulos de Manuel Eduardo Góngora Mera, de René Fernando Urueña y de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky en este volumen.

nos centraremos sobre todo en aquellos supuestos en los que la afectación de derechos incide en sectores como el acceso a servicios públicos (derecho al agua) o la extracción de recursos naturales.

1. *El impacto de los TBI*

En la década de los años noventa del siglo pasado se dieron en América Latina un conjunto de circunstancias que crearon un marco propicio para la expansión de los TBI. Entre ellas, cabe referirse a la ola de privatizaciones de las grandes empresas públicas, a la liberalización de los mercados, a la estabilidad macroeconómica, a la crisis de la deuda o a la posibilidad de acceder a importantes recursos naturales (gas, petróleo, minería), entre otras. Este cúmulo de circunstancias, junto con los compromisos asumidos por los países de la región en el “Consenso de Washington”, contribuyeron a crear un clima favorable a la inversión extranjera, y al reconocimiento de que dicha inversión resultaba fundamental para promover el desarrollo económico.¹⁵ En este contexto, los Estados latinoamericanos empezaron a firmar un importante número de TBI, convencidos de que a través de estos acuerdos se generarían mayores inversiones y así un mayor desarrollo.¹⁶ De este modo, los TBI se convirtieron en el principal instrumento para atraer la inversión extranjera en la región.¹⁷

En las cláusulas de estos TBI se incluye una serie de estándares destinados a la protección del inversionista. Se prohíben, de manera general, conductas que infrinjan estándares tales como el trato justo y equitativo, el trato nacional y nación más favorecida, o la prohibición de expropiar directa o indirectamente sin la correspondiente compensación. Estos estándares de trato se conciben como estándares mínimos, cuyo contenido y alcance deberán ser definidos por los árbitros. El problema es que los TBI establecen esos estándares con un alto grado de indeterminación, sin que se pueda definir

¹⁵ Al respecto, véase 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)*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), julio de 2010, pp. 14, 15 y 18; Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, pp. 688-691.

¹⁶ Solo en la década de los años 90 Argentina firmó 58 TBI, Bolivia firmó 16, Ecuador 18, Venezuela 22, Chile 48, Perú 28, Uruguay 21 y Paraguay 18. Brasil firmó 15 pero no ratificó ninguno. La mayoría de las inversiones extranjeras directas que se recibieron en los años noventa en la región se dirigieron al sector de los servicios públicos. Véase Suñé, Natasha, “Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, núm. 5, 2015, pp. 199 y 200, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1708325>.

¹⁷ Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 691.

con exactitud cuáles son los derechos y obligaciones del inversor y del Estado. Esta circunstancia va a generar interpretaciones distintas por los órganos arbitrales cuando tienen que fijar “la extensión concreta de los estándares de protección de los inversores” en sus laudos, ya que carecen de “las pautas jurídicas necesarias para resolver los casos que les son sometidos”. Ello les confiere “un amplio margen de discrecionalidad y creatividad” al momento de interpretar las disposiciones del TBI.¹⁸ La ambigüedad de las cláusulas insertadas en los TBI y el margen de discrecionalidad de los árbitros han propiciado interpretaciones expansivas de los estándares de protección de los inversores. En algunos casos, estas interpretaciones han ido demasiado lejos, llegando a limitar las potestades regulatorias del Estado tendientes a implementar políticas públicas en ámbitos como el medio ambiente, la salud pública, el agua, los derechos humanos, etcétera,¹⁹ lo cual ha favorecido a los intereses del inversor, pero ha supuesto un duro golpe a las posibilidades de evolución institucional y desarrollo social del Estado receptor. Todo ello ha llevado a los Estados latinoamericanos a enfrentarse a situaciones en las cuales el respeto de las normas destinadas a la protección del inversionista y de sus inversiones entra en colisión con el respeto de otras obligaciones de interés general, como las relativas a los derechos humanos.²⁰ Esto lo ha colocado ante un difícil dilema. Por una parte, si introducen medidas regulatorias para asegurar la realización de los derechos fundamentales de sus ciudadanos corren el riesgo de ser demandados por el inversor por la afectación de sus derechos amparados en el TBI y, por otra parte, si no adoptan dichas medidas, pueden ser objeto de reclamaciones por parte de los sectores sociales afectados, por considerar que están incumpliendo las promesas y garantías consagradas en su legislación nacional, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales son parte.²¹

Muchas veces la falta de una adecuada respuesta al dilema planteado ha desencadenado protestas y movilizaciones por parte de los sectores

¹⁸ Bohoslavsky, Juan Pablo, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

¹⁹ Véase Bachard, Remi, “Droit de l’investissement et droits humains dans les Amériques”, *Annuaire Française de Droit International*, París, vol. XLIX, 2003, pp. 576 y 577. Ello ha ocurrido particularmente con la interpretación que se hace del estándar de trato justo y equitativo contenido en los TBI. Véase al respecto Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, núm. 5, 2015, pp. 76-82, disponible en: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.65>.

²⁰ Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección...*, *cit.*, p. 34; Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 694; Bachard, Remi, *op. cit.*, p. 610; Sommer, Christian G., *op. cit.*, p. 6.

²¹ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, p. 67.

afectados, frustrados por el hecho de que el Estado hubiera privilegiado el cumplimiento de sus obligaciones en materia de inversiones antes que las de derechos humanos, y frente a lo cual las autoridades gubernativas han respondido con una inusitada violencia. En la última década, esta conflictividad social se ha manifestado con especial virulencia en relación con la actividad desarrollada por empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales, especialmente en el ámbito de la minería.²² Así, según datos contenidos en el *Mapa de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina*, del Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina, solo en el 2015 se registraron 205 conflictos sociales en los países de la región por proyectos mineros.²³

Este estado de cosas ha puesto de manifiesto la necesidad de rediseñar el modelo de cláusulas de los TBI.²⁴ Se ha indicado, en este sentido, que dichas cláusulas deben adoptar un enfoque más plural y dinámico, que tenga en cuenta no solo la protección del inversionista y de sus inversiones, sino también los intereses legítimos del Estado anfitrión.²⁵ Ello implica corregir los desequilibrios existentes entre los derechos del inversor extranjero y los

²² Véase Bebbington, Anthony, *Social Conflict, Economic Development and the Extractive Industry: Evidence from South America*, Nueva York, Routledge, 2012. La actividad de estas empresas, sobre todo las que participan en proyectos a gran escala, suscita serios cuestionamientos relativos a la degradación ambiental, efectos adversos para la salud, desplazamiento forzado de comunidades, impactos económicos en las comunidades locales y adquisición y expropiación indebida de tierras. Estos impactos han provocado descontento entre las comunidades y conflictos sociales, a los que se ha hecho frente con mayor presencia policial y fuerzas de seguridad en las comunidades y con amenazas de medidas de fuerza o violencia contra las personas que protestan por las operaciones mineras. Por ejemplo, en la mina El Dorado, en el Salvador, operada por la empresa *Pacific Rim* (que ahora pertenece a la empresa australiana Oceana Gold), ocho miembros de la *Asociación Amigos de San Isidro Cabañas* que se oponían a las actividades mineras fueron asesinados, mientras que otros dos manifestantes resultaron heridos. Véase Imai, Shin y Bolton, Natalie, “El gobierno de Canadá no hace lo suficiente para abordar los problemas de las empresas canadienses en América Latina”, *Aportes DPLF: Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 8, núm. 20, 2015, pp. 24 y 25.

²³ Disponible en: http://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db/. Un informe reciente del Observatorio pone de relieve que, en 2016, la conflictividad social en la minería no sólo se mantuvo sino que aumentó en países como Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Perú. Véase *Conflictos Mineros en América Latina: extracción, saqueo y agresión. Estado de la cuestión 2016*, disponible en: <https://www.ocmal.org/wp-content/uploads/2017/05/Estado-Situacion-Conflictos-Mineros-en-2016.pdf>.

²⁴ Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 701.

²⁵ Al respecto véase Dumberry, Patrick y Dumas-Aubin, Gabrielle, “¿Cómo incorporar obligaciones de derechos humanos a los tratados bilaterales de inversión?”, *Investment Treaty News Quarterly*, vol. 3, núm. 3, 2013, pp. 9 y 10, disponible en: http://www.usd.org/pdf/2013/iisd_in_march_2013_es.pdf; Sommer, Christian G., *op. cit.*, p. 4.

intereses del Estado en ámbitos materiales de relevancia social, como la protección de los derechos humanos; siendo preciso para ello la modificación y readaptación de los contenidos del TBI, para adaptarlos a las obligaciones del Estado anfitrión en temas no relacionados con la protección de la inversión extranjera.²⁶

La idea es que a través de una redacción más equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes en el TBI, el Estado anfitrión, sin incumplir sus compromisos relacionados con la protección de la inversión extranjera, pueda ejercer sus poderes regulatorios en beneficio de sus ciudadanos. Es decir, se pretende otorgar un mayor espacio regulatorio a dicho Estado para poder implementar las políticas públicas necesarias en nombre del interés general, sin que las cláusulas del TBI limiten de manera irrazonable su margen de maniobra.²⁷

Ello explica por qué en algunos modelos recientes de TBI se empiezan a incorporar referencias más o menos explícitas a la temática de la protección de los derechos humanos.²⁸ Por lo general, estas referencias se encuentran recogidas en los preámbulos del tratado,²⁹ pero también en sus cláusulas principales como ocurre cuando se protegen las competencias legislativas del Estado en temas como la salud, la seguridad o el medioambiente,³⁰ esto es, ámbitos relacionados con la protección de los derechos humanos. Asimismo, es posible encontrar estas referencias a los derechos humanos en las excepciones previstas al régimen de las inversiones basadas en los derechos laborales, la educación o el derecho de los pueblos indígenas o aborígenes.³¹

²⁶ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, pp. 67 y 68.

²⁷ Martínez Fraga, Pedro J., “Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera con el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, núm. 2, 2011, pp. 384 y 385; Fernández Masía, Enrique, *op. cit.*, p. 26.

²⁸ Véase Petersen, Luke Eric, *op. cit.*, pp. 21-23; Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, pp. 702-704.

²⁹ Así ocurre, por ejemplo, en el TLC entre Chile y Uruguay de 2016.

³⁰ Véase entre otros los artículos 12 y 13 del TLC entre Estados Unidos y Uruguay, de 4 de noviembre de 2005; el artículo VIII del TBI entre Colombia y el Reino Unido, de 17 de marzo de 2010; artículo 12.8 del TLC entre Colombia y Costa Rica, de 22 de mayo de 2013; artículo 2.12 del Acuerdo de Profundización Económica y Comercial entre Perú y Brasil, de 29 de abril de 2016. En esta misma línea se sitúa el modelo de TBI de los EE.UU. de 2012.

³¹ Véase por ejemplo el artículo 18.1 a) y c) del TBI entre Chile y Hong Kong, de 18 de noviembre de 2016 o el Anexo I del TBI entre Canadá y Mongolia, de 8 de septiembre de 2016. En torno al tema de los pueblos indígenas y el DII, véase Arenas Meza, Miguel, “Inversiones extranjeras y derechos humanos en América Latina: con especial referencia al

Aunque la incorporación de estas referencias a los derechos humanos en los TBI supone un avance para restablecer el equilibrio entre la protección de la inversión y los intereses generales del Estado, no nos parece que, en sí mismas, sean suficientes para alcanzar dicho cometido, ya que se trata de referencias tímidas y a veces implícitas.³² Quizás por ello sea necesario explorar otras opciones más avanzadas, en la línea de alguno de los últimos TBI y de los capítulos de inversiones de ciertos acuerdos de libre comercio, donde ya se incluye una cláusula explícita en la que se reconoce los poderes regulatorios del Estado en el ámbito de los derechos humanos. La incorporación de dicho modelo de cláusula en estos acuerdos nos hacen ser optimistas de que, en un futuro próximo, la nueva generación de TBI latinoamericanos empiece a incluir fórmulas que equilibren la necesidad de proteger a los inversionistas extranjeros y el ejercicio de los poderes regulatorios del Estado, en tanto que elementos centrales para la vigencia de los derechos humanos. Ello, indudablemente, redundará positivamente en la realización de la inclusión social.

2. *El impacto de los laudos arbitrales que interpretan y aplican los TBI*

Un análisis de las decisiones arbitrales que interpretan y aplican los TBI, en casos relacionados con América Latina, nos revela que el actual sistema de arbitraje del DII se ha convertido en un obstáculo casi insalvable para que los Estados latinoamericanos puedan asumir un papel más activo en la realización de las promesas y garantías contenidas en su legislación interna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con el objeto de remediar la grave situación de exclusión social en la que se encuentran importantes sectores de su población. Pese a las críticas vertidas denunciando esta insostenible situación, lo cierto es que este sistema se ha mantenido inalterado en sus planteamientos y enfoques. No obstante, en la última década, se empiezan a percibir signos alentadores de que esta situación empieza a cambiar.

Por ello, reviste un especial interés poder analizar, por un lado, los términos en los que el arbitraje de inversiones ha afectado las capacidades del Estado anfitrión para ejercer sus potestades regulatorias en temas

derecho a consulta de los pueblos indígenas”, en Álvarez Zárate, José M. *et al.* (eds.), *¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 328-338; Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, pp. 88-92.

³² Véase Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 707.

relacionados con los derechos humanos y, de otra parte, examinar si esta situación ha experimentado algún cambio recientemente. Este análisis lo haremos centrándonos en dos ámbitos en los que esa afectación ha resultado particularmente evidente en la práctica; uno de ellos es el referido a las disputas vinculadas a inversiones en el sector de los servicios públicos (acceso al agua),³³ y el otro, el relacionado con la extracción de recursos naturales (minería, gas, petróleo).³⁴

A. Los efectos adversos de los laudos arbitrales

En varios arbitrajes de inversión, en ámbitos como los antes descritos, se comprueba que el órgano arbitral ha invocado, casi como un dogma, el planteamiento de que la normativa de derechos humanos no resulta aplicable a la controversia inversor-Estado, habiéndose utilizado dicho argumento como un elemento casi definitorio para desestimar la defensa del Estado anfitrión cuando justifica la adopción de medidas legislativas cuyo objeto es

³³ Entre las solicitudes de arbitraje planteadas en este ámbito, cabe mencionar las dirigidas contra Argentina ante el CIADI: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/97/3); *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/17); *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/18); *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/19); *Azurix Corp. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/01/12); *Azurix Corp. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/30); *SAUR International S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/04/4); *Impregilo S.p.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/07/17); *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/07/26); y también la dirigida contra Bolivia *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia* (Caso CIADI Núm. ARB/02/3). En todos estos casos, se ventilaron cuestiones relacionadas al impacto de las reclamaciones de los inversionistas a tenor de los estándares de salud pública, y el acceso a servicios esenciales, como el agua potable y la recolección de aguas residuales. Sobre esta práctica arbitral y otra relevante véase Meshel, Tamar, "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, núm. 2, 2015, pp. 287-294.

³⁴ En los últimos años, numerosas solicitudes de arbitraje en América Latina han estado relacionadas con la extracción de recursos naturales, sobre todo en el ámbito de la minería. Entre ellas, cabe mencionar las planteadas ante el CIADI: *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador* (Caso CIADI Núm. ARB/09/12); *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Colombia* (Caso CIADI Núm. ARB/16/6); *Dominion Minerals Corp. v. Panamá* (Caso CIADI Núm. ARB/16/13); *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica* (Caso CIADI Núm. ARB/14/5); *Crystallux International Corporation v. Venezuela* (Caso CIADI Núm. ARB [AF]/11/2); *Rusoro Mining Ltd. v. Venezuela* (Caso CIADI Núm. ARB [AF]/12/5); *Beer Creek Mining v. Perú* (Caso CIADI Núm. ARB/14/2); y la planteada ante la Corte Permanente de Arbitraje, *Copper Mining Corporation v. Ecuador* (Caso CPA N° 2012-2).

poner en práctica las políticas públicas necesarias para cumplir con sus compromisos de derechos humanos.³⁵ En este sentido, se asume *a priori* que el régimen de protección de las inversiones y el de los derechos humanos son dos campos herméticamente separados, y que por lo tanto no pueden interactuar de manera alguna, lo cual justifica el desplazamiento normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos al momento de interpretar y aplicar los TBI.³⁶ Este enfoque fragmentador del arbitraje de inversiones, que ignora la relevancia que poseen los derechos humanos al momento de dirimir una disputa inversor-Estado, y que afecta a las potestades regulatorias de este último, ha quedado puesto de manifiesto en distintas situaciones en la práctica arbitral.

Esto sucede, en primer lugar, cuando el laudo arbitral dificulta que el Estado anfitrión pueda implementar las políticas públicas encaminadas a alcanzar unos niveles mínimos de protección de los derechos humanos de su población, tal y como se lo exige su legislación interna y sus obligaciones internacionales en la materia. Esto suele ocurrir cuando se condena a dicho Estado por la adopción de determinadas medidas que suponen una violación de las reglas del TBI, sin que se haya valorado o tenido en cuenta la incidencia que tiene el tema de los derechos humanos en la solución de la disputa.³⁷ De forma más concreta, esta situación puede darse cuando el laudo desconoce un derecho fundamental o cuando invalida una medida legislativa —o de otro tipo— adoptada por el Estado anfitrión en cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

En la práctica ello ha tenido lugar cuando la medida regulatoria orientada razonable y fehacientemente hacia la protección de los derechos humanos es declarada arbitraria, abusiva, infundada o discriminatoria por el órgano arbitral. En este apartado se pueden incluir los distintos casos

³⁵ Al respecto véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, *Protección del derecho humano al agua y arbitraje de inversión*, Santiago de Chile, CEPAL-GIZ, 2011, pp. 33 y 34.

³⁶ Esto ocurrió cuando se condenó al gobierno argentino en los casos CIADI: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina y Azurix Corp. v. Argentina*. Para una crítica a dicho planteamiento véase Simma, Bruno, “Foreign Investment Arbitration: A place for Human Rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 3, 2011, pp. 578-581.

³⁷ En un supuesto de la práctica, la condena del órgano arbitral se produjo sin que siquiera el Estado anfitrión hubiese adoptado ninguna medida concreta que pudiese afectar al inversor. Así, en el asunto de *Aguas del Tunari v. Bolivia*, Bechtel (el inversor extranjero) demandó al gobierno boliviano a través del CIADI antes incluso de que éste hubiera adoptado alguna medida que protegiera el derecho de los bolivianos al agua, alegando que se había violado el artículo 5 del TBI holandés-boliviano (“trato justo y equitativo”), al no proporcionar protección contra las protestas que se habían desencadenado en la población por el aumento de las tarifas del agua.

arbitrales en los cuales se condenó a Argentina por las medidas generales y extraordinarias dictadas en virtud de su profunda crisis económico-social (2001-2005), que estaban destinadas a garantizar la accesibilidad a ciertos servicios públicos (derecho de acceso al agua potable).³⁸ Así, en el caso *Aguas Argentinas Suez c. Argentina*, el órgano arbitral sostuvo que había habido una violación del principio de “trato justo y equitativo” y rechazó la justificación dada por las autoridades argentinas de esta situación, basada en la existencia de un estado de emergencia. Este caso, en particular, genera una cierta preocupación por la capacidad que tienen los TBI de limitar el espacio político de los gobiernos para implementar políticas públicas, incluso en los casos de “estado de necesidad o emergencia”.³⁹

Una segunda situación a considerar tiene lugar cuando el Estado receptor se inhibe —por su *quantum*— de adoptar las medidas necesarias para la implementación de políticas públicas en materia social, debido a que el laudo le impone un alto coste económico en concepto de indemnización al inversor;⁴⁰ hecho éste que, por su enorme repercusión para las arcas públicas, le disuade de adoptar cualquier medida legislativa en materia de política social —actual o futura—. ⁴¹

³⁸ Una amplia relación de estos casos puede verse en la nota 33.

³⁹ Véase al respecto Parma, Agustín, “La interpretación de las cláusulas de emergencia en el derecho internacional económico. Una aproximación a partir del caso argentino en el CIADI”, en Álvarez Zárate, José M. *et al.* (eds.), *¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 61-86.

⁴⁰ Así por ejemplo, en el caso en el que se enfrentaron el Estado de Ecuador y el consorcio de empresas petroleras *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company*, el gobierno de dicho país fue condenado a pagar, en concepto de indemnización, 1.770 millones de USD, una suma que jamás había sido ordenada por un tribunal CIADI. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/06/11, Laudo de 5 de octubre de 2012. En 2015, después de ser apelada ante el propio CIADI, la decisión fue revisada a la baja respecto a su monto, llegando a la suma de 1.061,777 millones de USD, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/06/11, Decision on Annulment of the Award de 2 de noviembre 2015. Más recientemente, un tribunal del CIADI condenó a Venezuela a pagar la suma de 1.380 millones de USD a la empresa minera Crystallex, *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, Caso CIADI Núm. ARB (AF)/11/2, Laudo de 4 de abril de 2016. Ese mismo año, otro tribunal condenó a Venezuela a pagar más de 1.200 millones de USD al consorcio minero Rusoro, *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivia v. Venezuela*, Caso CIADI Núm. ARB (AF)/12/5, Laudo de 22 de agosto.

⁴¹ Dentro de estos costes económicos, no solo se incluyen los montos indemnizatorios que se le exigen al Estado en la demanda, sino que hay que añadir las costas procesales, que suelen incluir las tasas de la institución arbitral y los honorarios de los árbitros; lo cual, en su conjunto, puede constituir una carga demasiado pesada para el

En este caso, el laudo produce lo que se conoce como el fenómeno del “*chilling effect*” o enfriamiento regulatorio, que consiste en la inhibición que sufren las autoridades del Estado anfitrión para modificar y mejorar la legislación interna en materia social, puesto que temen las consecuencias legales que puedan sobrevenir en caso de ser llevados ante un tribunal arbitral.⁴² El temor del Estado a ser sometido a cargas indemnizatorias excesivas, independientemente del resultado del arbitraje —incluso cuando cuente con posibilidades de conseguir una decisión favorable— puede tener el efecto de limitar el desarrollo e implementación del espacio necesario para la creación de políticas públicas en favor del medio ambiente y de los derechos humanos.

Así por ejemplo, en la demanda interpuesta por la minera canadiense Pacific Rim ante el CIADI en 2008, se exigía a El Salvador un monto compensatorio de unos 300 millones de USD por supuestas pérdidas al no haber obtenido permiso para explotar la mina de oro El Dorado, en Cabañas, debido a que la compañía no había cumplido con la legislación salvadoreña.⁴³ El monto de la demanda era equivalente al uno por ciento del producto interior bruto del país (PIB); por lo que, su posible desembolso, hubiese tenido consecuencias devastadoras para la pequeña economía del país centroamericano. Durante los ocho años que duró el arbitraje, el *quantum* de lo solicitado por el inversor en la demanda se convirtió en una pesada carga para que el Estado salvadoreño pudiese implementar las políticas públicas necesarias para adecuar los servicios públicos del país, en sectores como el medio ambiente, la salud o la educación, a los estándares convencionales.⁴⁴ El pasado 14 de

Estado demandado. Véase al respecto Fernández Masiá, Enrique, *op. cit.*, p. 15. A ello hay que sumar los elevados costos que debe pagar el Estado para su defensa: actualmente el promedio para sufragar únicamente los gastos en honorarios de despachos de abogados en Nueva York, Washington, Ginebra o Madrid (y ello, independientemente del resultado final), ronda los 8 millones de USD. En el caso *Pacific Rim*, El Salvador tuvo que desembolsar 12 millones de USD en concepto de honorarios de abogados. Por su parte, en el caso *Crystallex*, Venezuela reconoció haber gastado más de 14 millones de USD. Véase al respecto Boeglin, Nicolás, *A propósito de la reciente demanda contra Panamá ante el CIADI: breves apuntes*, 5 de agosto de 2016, disponible en: <http://www.eljurista.eu/2016/05/08/a-proposito-de-la-reciente-demanda-contra-panama-ante-el-ciadi-breves-apuntes/>.

⁴² Al respecto véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, p. 74.

⁴³ Sobre este caso véase Pérez-Rocha, Manuel, “El caso Pacific Rim contra El Salvador: una muestra de cómo las corporaciones agresoras del medio ambiente se convierten en víctimas”, *Aportes DPLE; Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 8, núm. 20, 2015, pp. 46-48.

⁴⁴ Para un amplio análisis de casos de la práctica en dónde se documenta la medida en que el arbitraje de inversiones ha inhibido a los gobiernos —incluidos los latinoamericana-

octubre de 2016, en una decisión sin precedentes, el órgano arbitral desestimó todas las pretensiones presentadas por la demandante Oceana Gold (que había absorbido a Pacific Rim) y le ordenó pagar a El Salvador la suma de 8 millones de USD por los costes legales incurridos en el arbitraje.⁴⁵

Por otro lado, es posible que el fenómeno del enfriamiento regulatorio pueda deberse también a las argumentaciones desplegadas por los árbitros en los laudos, ya que, en ocasiones, éstas pueden influir en la decisión del Estado de inhibirse de adoptar medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos. Ello sucede cuando los árbitros interpretan estándares clave de los TBI, como “inversión”, “expropiación”, “trato justo y equitativo” o incluso “expropiación indirecta” en términos sumamente amplios. Estas interpretaciones extensivas de los términos del TBI pueden conducir a resultados impredecibles al momento de aplicar los estándares de protección contenidos en dichos instrumentos, debido al elevado porcentaje de actividad estatal que potencialmente puede considerarse “injusta” o “no equitativa”, o que haya causado al inversor algún daño económico. Todo ello puede tener efectos adversos sobre la capacidad del Estado anfitrión a la hora de diseñar las políticas públicas en interés general, especialmente en temas económicos, sociales y medioambientales, pues los argumentos desplegados pueden influir en su decisión de adoptar las medidas necesarias para implementar tales políticas.⁴⁶

De todo este análisis realizado de la práctica en materia de arbitraje de inversiones, se desprende que las potestades regulatorias del Estado anfitrión y su capacidad para implementar las políticas de salud, medioambientales y laborales mínimas para garantizar la realización de sus compromisos en materia de derechos humanos se han visto comprometidas por los laudos que interpretan y aplican los TBI.⁴⁷ La afectación de la capacidad regulatoria del Estado se ha visto agravada, como vimos, con el fenómeno del “efecto enfriador” de ciertos laudos —e incluso de los argumentos desplegados por los árbitros en ellos—, pues ello se ha convertido en un escollo casi insupe-

nos— cuando regulan en nombre del interés general, véase Pérez, Javier *et al.*, *Sleeping Lions. Tratados internacionales de inversión, conflictos inversor-Estado y acceso a alimentos, tierra y agua*, Oxfam, 2011, pp. 21-39, disponible en: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/dp-sleeping-lions-260511-es_0.pdf.

⁴⁵ *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, Caso CIADI Núm. ARB/09/12, Laudo 14 de octubre de 2016.

⁴⁶ Véase Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, A/HRC/30/44, 14 de julio de 2015, pp. 9 y 10.

⁴⁷ Al respecto véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, p. 70; Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 699.

rable para que el Estado anfitrión pueda adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar el bienestar de su población en el disfrute de sus derechos fundamentales, especialmente de los derechos socioeconómicos.⁴⁸ Este estado de cosas ha contribuido a que se produzca un importante retroceso en la protección de esos derechos, y a que amplios sectores sociales en América Latina se encuentren excluidos de la cobertura que les reconocen y garantizan los principales instrumentos de derechos humanos.

Ante una realidad como ésta, resulta imperioso que el arbitraje de inversiones modifique su rígido enfoque al abordar sus relaciones con la normativa de derechos humanos. No es una tarea sencilla, por cuanto su enfoque sobre esta cuestión ha sido asumido casi como un dogma. Este panorama negativo, sin embargo, parece que empieza a cambiar en la práctica reciente, y se anuncia un nuevo amanecer tras esta “oscura noche” del inversor.

B. *Evolución reciente de la práctica de arbitraje de inversiones*

En la última década se comienza a percibir un cambio en la práctica arbitral en relación con lo que ha sido el enfoque “clásico” de la misma acerca de las relaciones entre el DII y los derechos humanos. En dicho cambio, se vislumbra un resquebrajamiento en ése carácter hermético y fragmentador que ha tenido hasta ahora dicha práctica que, como vimos en el punto anterior, ignora o prescinde por completo de la normativa de derechos humanos, habiéndose optado por un enfoque que privilegia la integración sistémica o no fragmentadora.

En este cambio ha tenido mucho que ver el caso *SAUR Internacional S.A. v. Argentina*, en donde el órgano arbitral sostuvo con total claridad que tanto el régimen de protección de las inversiones como el de los derechos humanos operan *sobre planos diferentes*, lo que implica que el Estado anfitrión debe cumplir con las obligaciones jurídicas que dimanen tanto de uno como de otro sistema normativo. Por lo tanto, no resulta posible valorar la actividad estatal únicamente desde el ámbito del régimen de las inversiones, sino que habrá que tener en cuenta también sus obligaciones en materia de derechos humanos. De ello se deriva que la interrelación entre el DII y los derechos humanos solo podrá ser abordada desde una perspectiva de complementa-

⁴⁸ Véase Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 6.

riedad o coordinación entre ambos ordenamientos.⁴⁹ Este planteamiento, expuesto por el tribunal arbitral, tiene una extraordinaria relevancia, puesto que marca un punto de inflexión en la práctica arbitral inversor-Estado al reconocer que el régimen de protección de las inversiones no constituye un espacio disociado del de los derechos humanos.

Desde entonces ha sido bastante frecuente encontrarse en América Latina con arbitrajes en los que se recogen referencias explícitas a la temática de los derechos humanos y a los instrumentos internacionales en esta materia y en temas conexos —tales como acuerdos medioambientales, laborales, o de pueblos indígenas—, destacando en particular las menciones expresas a la CADH. Asimismo, en ocasiones los árbitros han utilizado argumentos basados en los derechos humanos al momento de dirimir la disputa inversor-Estado. La invocación de estos derechos ha sido realizada en contextos muy diversos. En algunos casos ha sido para aclarar el alcance de disposiciones del TBI, y en otros para precisar determinados aspectos procedimentales o jurisdiccionales de la disputa.

Entre los casos más recientes, cabe referirse al caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún v. Bolivia*, donde el órgano arbitral utilizó argumentos de derechos humanos para justificar la obligatoriedad para las partes de las medidas provisionales dictadas por un órgano arbitral, aportando a este respecto jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁵⁰ Por su parte, en el caso *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela*, el tribunal invocó expresamente el artículo 8 de la CADH por entender que en la tramitación de una auditoría técnica sobre ciertos aspectos relacionados con la concesión para la construcción del “Aeropuerto Internacional del Caribe Santiago Mariño”, ubicado en la Isla Margarita, no se había respetado el principio básico de justicia de que ninguna persona puede ser condenada sin antes haber tenido la oportunidad de hacer oír sus argumentos.⁵¹

En este análisis de la evolución de la práctica arbitral hay que hacer referencia también a dos casos recientes en donde se percibe, quizá con mayor nitidez, ese cambio de enfoque en el arbitraje de inversiones, que

⁴⁹ *SAUR International S.A. v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/04/4, Laudo de 19 de diciembre de 2016, párrs. 330 y 331. En concreto, en este caso el órgano arbitral habló de una “aplicación compatible” de ambos sectores del ordenamiento internacional. Esta interpretación de lo expuesto por el órgano arbitral no es compartida unánimemente en la doctrina, véase en este sentido Meshel, Tamar, *op. cit.*, p. 294.

⁵⁰ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún v. Bolivia*, Caso CIADI Núm. ARB/06/2, Laudo de 16 de septiembre de 2015.

⁵¹ *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Venezuela*, Caso CIADI Núm. ARB/10/19, Laudo de 18 de noviembre de 2014.

aboga por una integración sistémica o no fragmentadora entre el DII y los derechos humanos. Nos referimos, en primer lugar, al caso *Phillip Morris v. Uruguay*.⁵² En este caso, el tribunal consideró que las medidas adoptadas por el gobierno uruguayo para desestimular el consumo de tabaco entre la población, prohibiendo la utilización en los paquetes de cigarrillos de distintos adjetivos, como “light” o “mentolado”, fueron medidas razonables y adoptadas de buena fe para implementar obligaciones internacionales asumidas por el Estado, como el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco u otros convenios internacionales que vinculan a Uruguay y que garantizan el derecho a la salud.⁵³ En el segundo caso, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, el órgano arbitral fue sumamente claro cuando indicó que las disposiciones aplicables a las disputas surgidas en el marco del TBI (España-Argentina), de acuerdo con lo establecido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no podían interpretarse y aplicarse únicamente con base en lo dispuesto en el propio tratado de inversiones, sino que además debía tenerse en cuenta las reglas relevantes del derecho internacional y, de modo especial, las de derechos humanos.⁵⁴

Estos cambios que se detectan en la práctica más reciente permiten augurar nuevos tiempos en el arbitraje de inversiones. Principalmente porque, tras estos últimos laudos, parece evidente que el enfoque fragmentador de las relaciones entre el DII y los derechos humanos, que hasta hace poco tiempo se aplicó casi como un dogma en distintos arbitrajes, es algo que hoy en día no se sostiene, y que, por lo tanto, es preciso adoptar un enfoque distinto que tenga en cuenta no solo los intereses del inversor sino también los del Estado anfitrión. En este sentido, en los distintos casos analizados de la

⁵² *Phillip Morris Brand SARL, Phillip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, Caso CIADI Núm. ARB/10/7, laudo de 8 de julio de 2016.

⁵³ En este punto, en concreto, el laudo dice lo siguiente: “...it is based on these obligations that the SPR and the 80/80 Regulation have been adopted. The FCTC is one of the international conventions to which Uruguay is a party guaranteeing the human right to health; it is of particular relevance in the present case, being specifically concerned to regulate tobacco control”, *ibidem*, párr. 304. Por la anterior razón, las medidas normativas adoptadas por el gobierno uruguayo no fueron consideradas arbitrarias, desproporcionadas o discriminatorias, *ibidem*, párr. 420.

⁵⁴ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016, párr. 1200. En apoyo de su argumentación, el tribunal citó el caso *Tulip Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, en el cual el Comité *ad hoc* se refirió al *principio de integración sistémica*, “stating that resort to authorities stemming from the field of human rights is a legitimate method of treaty interpretation”, *Tulip Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI Núm. ARB/11/28, Decision on Annulment de 30 de diciembre de 2015, párrs. 86-92.

práctica, se pudo comprobar que los órganos arbitrales, a la hora de dirimir la controversia, se decantaron claramente por un enfoque de integración sistémica o no fragmentador, antes que por el enfoque tradicional,⁵⁵ lo cual resulta algo positivo, ya que se trata de una señal alentadora de que el DII comienza, por fin, a progresar.⁵⁶

La evolución experimentada por el arbitraje de inversiones plantea, a su vez, interesantes perspectivas para la realización de la inclusión social del ICCAL. Y es que, a través del reconocimiento de que los derechos humanos resultan aplicables a la disputa inversor-Estado, existen amplias posibilidades de que el Estado anfitrión recupere el espacio necesario para ejercer sus potestades regulatorias que le permitan poner en práctica las políticas públicas necesarias para hacer realidad las promesas y garantías contenidas en su constitución, así como en distintos tratados internacionales, en lo relativo a los derechos humanos. La recuperación de esos poderes regulatorios, por tanto, abre nuevas expectativas para el Estado anfitrión en lo que se refiere a la integración de amplios sectores excluidos de su población en los sistemas sociales, en la medida en que se consigue superar el principal escollo que impedía la realización efectiva de las antedichas promesas y garantías.

V. ¿CÓMO SE PODRÍAN EVITAR LOS IMPACTOS NEGATIVOS DE LOS TBI SOBRE LA INCLUSIÓN SOCIAL?

En orden a superar los efectos adversos que producen los TBI y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican sobre la inclusión social, es preciso establecer, como ya lo avanzamos, mecanismos de diálogo entre el DII y los derechos humanos, prestando sobre todo una especial atención a aquellos que puedan contribuir a superar la situación de exclusión social en la que se encuentran inmersos amplios sectores sociales en América Latina.⁵⁷ En este sentido, las propuestas de diálogo normativo que se formulan más abajo buscan favorecer la inclusión social de estas personas en los sistemas sociales.

El punto de partida de este diálogo normativo pasa por el reconocimiento de que la normativa nacional e internacional en materia de protección de los derechos humanos no puede ser ignorada ni en los TBI ni en las

⁵⁵ En este mismo sentido véase Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 701.

⁵⁶ Por ejemplo, el cambio de enfoque permitiría atenuar o mitigar el “efecto enfriador” que produce el arbitraje de inversiones sobre el Estado anfitrión, pero difícilmente produciría su completa desaparición.

⁵⁷ Véase también los capítulos de Christina Binder y Manuel Eduardo Góngora Mera en este volumen.

decisiones arbitrales en controversias inversor-Estado.⁵⁸ En este sentido, el régimen de protección de las inversiones ha de asumir que no es inmune a la normativa de derechos humanos, y también ha de reconocer el fuerte impacto que tiene dicha normativa —sobre todo la CADH— como condicionante de toda la actividad del Estado anfitrión.⁵⁹ Este reconocimiento sería un elemento esencial para sentar las bases de una relación armoniosa entre el DII y los derechos humanos, evitando las tensiones generadas entre ambos órdenes en el pasado.

Entrando en el examen de las propuestas concretas, hay que referirse en primer término a los TBI. En el caso de estos instrumentos, urge alcanzar un mayor grado de equilibrio entre los intereses del inversor extranjero y los del Estado anfitrión. En particular, resulta necesario modificar y readaptar los contenidos de sus disposiciones para adecuarlos a la normativa de derechos humanos. A este respecto sería necesario introducir fórmulas que garanticen que el Estado pueda ejercer su potestad regulatoria en sectores básicos, tales como el acceso a la salud, los derechos laborales o la protección del medio ambiente.⁶⁰ Estas referencias tendrían que incluirse en el texto principal del TBI y no solo en el preámbulo, con objeto de darles mayor fuerza jurídica.

En la práctica reciente encontramos algún ejemplo interesante de esto último. Así, en el TBI firmado entre Argentina y Qatar, de 6 de noviembre de 2016 —que aún no ha entrado en vigor—, se incluye una disposición, el artículo 10 (*Derecho a regular*), que dice lo siguiente: “Ninguna de las disposiciones del presente Tratado afectará el derecho inherente de las Partes Contratantes a regular dentro de sus territorios a través de las medidas necesarias para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de

⁵⁸ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, *Protección del Derecho...*, *cit.*, p. 17.

⁵⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos comparte esta misma orientación y así ha tenido ocasión de expresarlo frente a la invocación estatal de un TBI, en el marco de causas contenciosas por responsabilidad del Estado, cuando sostuvo que “la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”. Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C Núm. 146, párr. 140.

⁶⁰ Véase Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 5.

la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, y la protección social y del consumidor”.⁶¹

La incorporación de este modelo de cláusula en el TBI argentino-qatarí resulta algo inédito en el contexto de los TBI latinoamericanos. Pero en cambio no es algo extraño en el ámbito del capítulo de inversiones de ciertos acuerdos de libre comercio, dónde su presencia no solo es habitual sino que además es considerada como clave para contrarrestar los efectos adversos que produce el régimen de inversiones en la capacidad reguladora de los Estados para proteger objetivos legítimos de bienestar público.⁶² Se trata de un planteamiento que guarda estrecha relación con algunas iniciativas lanzadas a nivel multilateral desde la UNCTAD, en las cuales se recomienda a los

⁶¹ Texto disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5382>.

⁶² Así, por ejemplo, el artículo 10.31 (*Inversión y Medidas sobre Salud, Medioambiente y otros Objetivos Regulatorios*) del “Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico”, de 10 de febrero de 2014, en su apartado 1, dice lo siguiente: “Nada de lo dispuesto en el presente Capítulo se interpretará como un impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida..., que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia de salud, medioambientales u otros objetivos regulatorios”. Por su parte, el “Acuerdo Económico y Comercial Global” (AECG o CETA), suscrito entre la Unión Europea y Canadá el 30 de octubre de 2016, es mucho más explícito e incorpora una previsión expresa dirigida a neutralizar los efectos negativos que puede producir el Acuerdo en la capacidad reguladora de los Estados en ámbitos como el social, laboral, medioambiental, el de la salud pública o el de los derechos humanos. Se trata, en concreto, del artículo 8.9 (*Inversiones y Medidas Reglamentarias*), que dispone que “1. A los efectos del presente Capítulo, las Partes reafirman su *derecho a regular* en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores y la protección de la diversidad cultural (énfasis añadido). 2. Para mayor seguridad, el mero hecho que una parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las medidas establecidas en la presente sección”. Para reforzar este “derecho a regular”, el Anexo 8A, sobre expropiación, en su apartado 3 indica que “las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta”, salvo que el impacto de las “medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo”. Al parecer, estas previsiones no han resultado ser suficientemente claras como para garantizar la potestad regulatoria de los Estados. De ahí que, cuando se firmara el CETA, se decidiera incluir un “*Instrumento Interpretativo Conjunto*”, en el cual se confirma que el Acuerdo preserva la capacidad de las Partes de adoptar y aplicar sus propias leyes y reglas que regulen la actividad económica en el interés público para lograr objetivos legítimos de orden público. Al respecto, véase Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo, “La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global”, *La Ley Unión Europea*, año IV, núm. 42, 2016, pp. 1-9.

formuladores de políticas de inversión que, al diseñar las disposiciones de los acuerdos de inversiones, incorporen cuestiones de desarrollo sostenible —en las que se incluyen temas de derechos humanos—, preservando el derecho a regular en esta materia y equilibrando los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores.⁶³

En este sentido, nos parece que el modelo de cláusula del TBI Argentina-Qatar reúne los elementos necesarios para salvaguardar el “derecho a regular” del Estado anfitrión y para establecer un equilibrio razonable entre sus intereses y los del inversor. En esa medida, pensamos que se trata de un modelo de cláusula a tener en cuenta en los futuros TBI latinoamericanos. Esto, a su vez, abre nuevas posibilidades para la realización de la inclusión social, toda vez que, a través del reconocimiento convencional del “derecho a regular” en una disposición específica del TBI, el Estado se encuentra en mejores condiciones de hacer realidad las promesas y garantías contenidas en su legislación nacional y en los instrumentos de derechos humanos, con miras a integrar a sectores de su población que se encuentran excluidos de los sistemas sociales.

Por último, hay que indicar que otra de las fórmulas que se han barajado con el propósito de equilibrar los intereses del inversor y el Estado en los TBI es la de incorporar en ellos disposiciones directas en las que se haga mención a derechos humanos específicos o a instrumentos internacionales en la materia, como la CADH.⁶⁴

En lo que respecta al arbitraje de inversiones, creemos que es necesario que los árbitros, al momento de interpretar y aplicar los conceptos y estándares de protección previstos en los TBI, tomen en consideración el contexto social (*interpretación contextual de los términos del TBI*). En esta interpretación contextual, se debería tener en cuenta lo dispuesto en los instrumentos de

⁶³ Véase UNCTAD, *Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible*, 2015, pp. 38-54, disponible en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Fina%20version%20Gu%C3%ADA_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf. Este tipo de propuestas, destinadas a reformular los términos de las cláusulas de los TBI, apuntan a concederle un mayor espacio regulatorio a los Estados huéspedes en ámbitos de especial significación y relevancia social y que no se limite de manera irrazonable su margen de maniobra para poder aplicar políticas públicas. Véase al respecto Fernández Masiá, Enrique, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁶⁴ La incorporación de estas referencias explícitas vinculadas a los derechos humanos podría contribuir a precisar el alcance y los contornos de los estándares incluidos en un TBI, algo que resulta particularmente necesario teniendo en cuenta que los términos de estos tratados son por su propia naturaleza poco precisos, como ocurre sobre todo con el principio de “trato justo y equitativo” o el de “expropiación indirecta”. Véase al respecto Sommer, Christian G., *op. cit.*, pp. 10 y 11; Dumberry, Patrick y Dumas-Aubin, Gabrielle, *op. cit.*, pp. 9-10.

derechos humanos. En su análisis de la interacción entre los dos ordenamientos involucrados —el DII y los DH—, los árbitros no pueden, por tanto, prescindir de ninguno de ellos, ya que los inversionistas, como vimos antes, no son inmunes a lo establecido en dichos instrumentos.⁶⁵ La pauta básica para gestionar razonablemente esa interacción normativa obligaría a los árbitros a encontrar lecturas del TBI que resulten compatibles con las obligaciones del Estado anfitrión en materia de derechos humanos, y viceversa.

Esta interpretación contextual puede producirse en distintas etapas del procedimiento arbitral. Lo más habitual es que tenga lugar al momento de valorar las medidas regulatorias adoptadas por el Estado anfitrión para implementar políticas públicas en favor de su población. En este caso, los árbitros deberán evaluar si la adopción de dichas medidas es consecuencia de una exigencia impuesta por sus obligaciones de derechos humanos. Si esto es así, se deberá evitar que el laudo pueda comprometer la eficacia de las medidas adoptadas. Pero también es posible que haya que acudir a dicha interpretación cuando el órgano arbitral entra a analizar las objeciones planteadas a la admisibilidad de la demanda. Y es que, en ocasiones, puede ocurrir que la protección de un inversor en virtud de un TBI se vea condicionada por su respeto a las obligaciones de derechos humanos (doctrina de *unclean hands*). En este sentido, si el tribunal arbitral llegara a la conclusión de que un inversor ha cometido violaciones de los derechos humanos contraviniendo sus obligaciones asumidas bajo el TBI, podría declarar inadmisibles sus reclamaciones. En ese hipotético caso, nos parece que la doctrina de “*unclean hands*” podría convertirse en un elemento a tener en cuenta en la interacción entre el DII y los derechos humanos. No obstante, laudos recientes no nos hacen ser demasiados optimistas acerca de esta posibilidad.⁶⁶

⁶⁵ Véase Meshel, Tamar, *op. cit.*, p. 293; Tanzi, Attila, *op. cit.*, p. 593.

⁶⁶ Recientemente, en el laudo arbitral en el caso *Copper Mesa Mining Corporation v. Ecuador*, el órgano arbitral desestimó la objeción planteada a la admisibilidad de la demanda, basada en la doctrina de *unclean hands*. En concreto, Ecuador sostuvo que el tribunal debía desestimar la demanda en relación con una de las tres concesiones que eran objeto de la reclamación, ya que, en ese caso concreto, los demandantes “have committed flagrant breaches of Ecuadorian and international human rights law and international public policy”. El tribunal estimó que la citada doctrina no podía aplicarse, entre otros motivos, porque las denuncias por supuestas violaciones de derechos humanos se habían producido después de iniciado el arbitraje y no antes, y además, porque desde un punto de vista jurídico era mucho más apropiado valorar el caso planteado por la demandante desde la perspectiva de las doctrinas análogas de “causation and contributory fault”. *Copper Mesa Mining Corporation v. Ecuador*, Caso CIPA Núm. 2012-2, Laudo de 15 de marzo de 2016, párrs. 5.36 a 5.67.

En cualquier caso, las ventajas que presenta la interpretación contextual de las disposiciones del TBI son indudables. No solo facilita una interacción “armoniosa” entre estos dos sistemas normativos —el DII y los DH— y contribuye a evitar cualquier posible fragmentación del derecho internacional,⁶⁷ sino que además permite superar las fricciones que se producen entre estos dos ordenamientos en relación con el espacio disponible para que el Estado anfitrión pueda implementar las políticas vinculadas al desarrollo social. En efecto, como vimos antes, el “enfriamiento regulatorio” que puede resultar de ciertas interpretaciones de la normativa de inversiones puede reducir la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, incluyendo su deber de regulación. En este sentido, una interpretación contextual puede contribuir a que el Estado recupere ese espacio regulatorio.⁶⁸ Es posible, sin embargo, que este diálogo normativo no pueda llevarse a cabo o incluso fracase, en cuyo caso habría que explorar otras opciones. Una de las propuestas que se han barajado habla acerca de la necesidad de redefinir el papel de las autoridades nacionales —sobre todo de los jueces— para que, al ser los llamados a dar cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos recogidas en su ordenamiento jurídico interno, ejerzan un control de convencionalidad sobre las decisiones adoptadas en el marco de los arbitrajes de inversión, analizando si las mismas resultan compatibles con los principales instrumentos de derechos humanos y, muy especialmente, con la CADH.⁶⁹

⁶⁷ Puesto que en ningún TBI se prescinde de forma expresa de la aplicación de convenciones de derechos humanos, existen distintas vías formales para que el DII sea aplicado de manera consistente con el de los derechos humanos, entre las que cabe mencionar al artículo 42 de la Convención del CIADI, al artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969, o a las cláusulas abiertas de los TBI que hacen referencia a la aplicación del derecho internacional.

⁶⁸ Este parece haber sido el planteamiento adoptado por el órgano arbitral en el caso CIADI *SAUR Internacional S.A. v. Argentina*, cuando indicó que “...el acceso al agua potable constituye, desde la óptica del Estado, un servicio público de primera necesidad y, desde la óptica del ciudadano un derecho fundamental. Por ello, en esta materia el ordenamiento jurídico puede y debe reservar a la Autoridad pública legítimas funciones de planificación, supervisión, sanción, intervención e incluso rescisión, en protección del interés general”, reconociendo de esta manera un cierto margen de apreciación al Estado anfitrión acerca de los actos que puede emprender con el objetivo de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos en caso de que estos se vean afectados por la inversión. Luego precisa su postura afirmando que “el ejercicio de esos poderes no es omnímodo sino que debe ser conjugado con el respeto a los derechos y garantías otorgadas al inversor extranjero en virtud del TBI”, *SAUR Internacional S.A. v. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 330 y 331, respectivamente.

⁶⁹ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, *Protección del derecho...*, *cit.*, pp. 27-32. Véase también el capítulo de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky en este volumen.

Otras propuestas inciden en la necesidad de reformar urgentemente el mecanismo de arreglo de controversias inversor-Estado para el futuro, por tratarse de un mecanismo antidemocrático y poco transparente, y de revisar los actuales TBI cuando sus disposiciones entren en conflicto con la normativa de derechos humanos. En relación con esto último, se ha señalado que los Estados deben revisar y, cuando sea necesario, rescindir los TBI que entren en conflicto con los derechos humanos, aplicando para ello los procedimientos establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 (artículo 65 y ss.).⁷⁰ Este planteamiento rupturista parte de la idea de que los TBI nunca tuvieron la intención de convertirse en prisiones para los Estados, y de que el arbitraje de inversiones y el CIADI se han convertido en instituciones de coerción económica que impiden a éstos cumplir con sus obligaciones de derechos humanos; por lo que dichos instrumentos deberían ser desmantelados y reinventados a través de la CVDT.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El examen realizado anteriormente nos ha permitido comprobar que el concepto de inclusión del ICCAL puede jugar un papel importante en la redefinición de las relaciones entre el DII y los derechos humanos en América Latina. Dicho concepto podría ser tomado como referencia en los TBI—futuros y los que se encuentran actualmente renegociando—, ya que podría servir para atenuar los efectos adversos que tradicionalmente han tenido estos instrumentos y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican sobre los DH. Estos efectos, como vimos, han impedido que el Estado anfitrión pueda ejercer sus potestades regulatorias con el fin de implementar las políticas públicas para hacer efectivos sus compromisos en materia de derechos humanos; siendo ello particularmente evidente en el caso de los derechos socioeconómicos. En este sentido, nos parece que el concepto en cuestión podría contribuir a que el Estado anfitrión recupere el espacio necesario para poner en práctica las políticas públicas mínimas en beneficio de sus ciudadanos, especialmente de aquellos sectores de la población que se encuentran en situación de grave exclusión social.

Pero además, estimamos que se trata de un concepto que tendría relevancia en un momento como el actual, en el cual el sistema de TBI y el arbitraje

⁷⁰ Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, pp. 13 y 15-17.

de inversiones han entrado en una fase de crisis de legitimidad en América Latina, ya que sus propuestas armonizadoras podrían servir para minimizar algunos de los problemas que esa crisis de legitimidad genera en la práctica, lo cual, a su vez, haría más sostenible todo el régimen de protección de las inversiones. En definitiva, pensamos que en el contexto de las relaciones entre el régimen de protección de las inversiones y el de los derechos humanos, y debido a las tensiones y conflictos que se pueden generar entre ambos órdenes normativos, el concepto de inclusión puede ser de enorme utilidad para darle coherencia al sistema internacional, evitando así las amenazas de su posible fragmentación.