

ARTÍCULOS

Límites a la política económica internacional emanados de los tratados de derechos humanos: La experiencia de América Latina

*Limits to international economic policy emanating from human rights treaties:
The experience of Latin America*

Pablo Damián Colmegna 

Universidad de Buenos Aires, Argentina

RESUMEN En América Latina existen Estados que le han otorgado jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, tanto regionales como universales. En un primer momento, este compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos tenía como objetivo consolidar las instituciones democráticas luego de largos periodos de gobiernos dictatoriales. Con el correr de los años, el alcance de estos derechos se ha ido ampliando de manera tal de cubrir cuestiones tales como la protección del ambiente y la regulación de las empresas. Sobre este último punto, actualmente existen estándares que no solo obligan a las compañías a respetar los derechos de las personas, sino que también es deber de los Estados tomarlos en consideración durante la negociación y celebración de acuerdos internacionales de inversión. El objetivo de este trabajo es analizar los estándares de derechos humanos que condicionan la celebración y el cumplimiento de acuerdos comerciales y de qué manera los tribunales arbitrales, en la resolución de los casos sometidos a su consideración, han buscado un equilibrio entre los intereses del inversor y las obligaciones de los Estados al respecto.

PALABRAS CLAVE Derechos humanos, inversiones, regulación, empresas, árbitros.

ABSTRACT In Latin America there are states that have given constitutional hierarchy to human rights treaties, both regional and universal. Initially, this commitment to international human rights law was aimed at consolidating democratic institutions after long periods of dictatorial governments. Over the years, the scope of human rights has broadened to cover issues such as environmental protection or the regulation of business. On this last point, there are now standards that not only oblige companies to respect human rights, but also oblige the state to take fundamental rights into consideration when negotiating and concluding international investment agreements. The

aim of this paper is to analyse the human rights standards that condition the conclusion and fulfilment of trade agreements and how arbitration tribunals, in the resolution of the cases submitted to them, have sought a balance between the interests of the investor and the State's obligations to respect and guarantee fundamental rights.

KEYWORDS Human rights, investments, regulations, business, arbitrators.

Introducción

En América Latina existen Estados que le han otorgado jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, tanto regionales como universales. En un primer momento, este compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos tenía como objetivo consolidar las instituciones democráticas luego de largos periodos de gobiernos dictatoriales. Con el correr de los años, su alcance se ha ido ampliando de manera tal de cubrir cuestiones como la protección del ambiente y la regulación de las empresas. Sobre este último punto, actualmente existen estándares que no solo obligan a las compañías a respetar los derechos de las personas, sino que también es deber de los Estados tomarlos en consideración durante la negociación y celebración de acuerdos internacionales de inversión.

Esto resulta particularmente relevante para los Estados en América Latina. La región cuenta con más de 300 tratados bilaterales de inversión en vigor; sin embargo, es la zona planetaria con mayor número de demandas interpuestas por inversores internacionales. Hasta 2021, se reportaban 324 causas contra sus Estados, sobre un total de 1.190 a nivel mundial; y en la mayoría de los casos, los Estados han sido condenados a pagar grandes sumas de dinero por concepto de reparaciones.

Según consta en las demandas, los inversionistas alegan que las medidas adoptadas por los Estados para proteger derechos fundamentales de las personas afectan sus inversiones y los hacen acreedores de una indemnización. Los tribunales arbitrales, por su parte, han diferido sobre cuál es el alcance de los poderes regulatorios de los Estados que les permiten adoptar las medidas cuestionadas, y aunque los fallos no han sido unánimes en torno a las normas aplicables para resolver conflictos, tampoco han descartado la relevancia de otras disposiciones internacionales para su resolución.

La hipótesis que guía este trabajo es el actual incremento de los puentes de diálogo e interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el régimen internacional de las inversiones, lo que ocurre cada vez con mayor frecuencia en los casos que involucran a Estados de América Latina.

Por tanto, el objetivo de esta investigación se centrará en analizar los estándares de derechos humanos que condicionan la celebración y cumplimiento de acuerdos

comerciales y de qué manera los tribunales arbitrales, en la resolución de los casos sometidos a su consideración, han buscado un equilibrio entre los intereses del inversor y las obligaciones de los Estados de dar garantías y hacer respetar los derechos fundamentales.

Este trabajo explicita, en primer lugar, cuáles son estas normas y estándares de derechos humanos que establecen la obligación de los Estados de respetar y entregar garantías de cumplimiento, tanto desde un punto de vista civil y político, como del tipo económico, social, cultural y ambiental, con especial énfasis en los estándares recientes vinculados con la actividad de las empresas.

La investigación analiza luego cómo los órganos internacionales relacionados con la materia se han pronunciado en torno a los problemas surgidos de la colisión entre las normas del derecho internacional de los derechos humanos que obligan a los Estados y las cláusulas de los acuerdos internacionales de inversión que protegen los intereses privados. Ampliando lo anterior, se realiza un examen de los casos contra Estados de la región en que el tribunal arbitral advirtió que existía una colisión entre ambos grupos de normas; y se verá que, por el momento, la solución favorece al inversor.

El trabajo además estudia de qué manera los Estados de América Latina se han insertado en el régimen internacional de las inversiones y cuáles son las cláusulas que predominan en los tratados bilaterales ratificados de este tipo. Y finalmente, se expone cómo el sistema interamericano de protección de derechos humanos brinda elementos para equilibrar los intereses del inversor con los derechos de las personas.

Obligaciones estatales en el respeto y garantía de los derechos humanos

El eje de la protección de derechos fundamentales en el sistema interamericano se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 1 número 1, establece la obligación de los Estados parte de respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —ente encargado de velar por que los Estados parte cumplan con este compromiso— ha desarrollado el alcance de tales obligaciones y desde un primer momento ha señalado que esto implica que «el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado».¹

En este primer caso de *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, la Corte estableció que la obligación de garantizar requiere que el Estado organice «todo el aparato gu-

1. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 21 de julio de 1989 (reparaciones y costas), serie C número 4, disponible en <https://bit.ly/3RMBMuc>.

bernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos». Asimismo, especificó que «esta obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento, sino que comparte además la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos».²

La obligación que surge del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos requiere del Estado la adopción de medidas, lo que implica que no solo debe procurar leyes para garantizar los derechos fundamentales, sino que ha de dejar sin efecto aquellas que resultan violatorias de lo que establece la Convención. Según Mac Gregor y Pelayo: «Esta obligación complementa las diversas obligaciones genéricas que se originan en el artículo 1.1 de la CADH, relativas al deber de “respeto” y “garantía” de los derechos y libertades previstos en el propio instrumento» (2019: 76).

De manera reciente, los organismos de protección regionales han desarrollado los alcances de la obligación de garantizar y adoptar medidas en torno a la actividad de las empresas. En el informe sobre empresas y derechos humanos de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que «la obligación de respeto implica que los Estados deben abstenerse de desplegar conductas vinculadas a actividades empresariales que contravengan el ejercicio de los derechos humanos», como, por ejemplo, la adopción de «acuerdos de inversión o comercio en conflicto con sus obligaciones de derechos humanos» (CIDH, 2019: 69).

En cambio, la obligación de los Estados respecto a garantías en el contexto de las actividades empresariales incluye el cumplimiento de cuatro deberes: i) regular y adoptar disposiciones de derecho interno; ii) prevenir violaciones a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales; iii) fiscalizar tales actividades, e iv) investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas en dichos contextos (CIDH, 2019: 86).

Fue en el caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam* cuando la Corte IDH se refirió por primera vez a los principios rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos de 2011, para precisar el alcance de las obligaciones convencionales regionales. Debido a que las violaciones a derechos fundamentales de las personas fueron consecuencia de las actividades de dos empresas, en particular, de Suralco y posteriormente BHP Billiton-Suralco, el tribunal tomó nota de estos principios rectores y subrayó que las empresas tienen la obligación de prevenir y mitigar las violaciones a los derechos humanos, entre las que se encuentra la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental. Y, según la Corte, los Estados también tienen la obligación de proteger a las personas y regular las actividades em-

2. Corte IDH, misma sentencia citada en caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

presariales para investigar, procesar y sancionar a los responsables en los casos en que se pueda violar un derecho como consecuencia de las actividades empresariales.³

En un caso reciente, la Corte IDH tuvo oportunidad de remarcar que cuando la afectación proviene de una empresa, si bien el Estado sigue siendo responsable, es el actor privado el que tiene la responsabilidad primaria de respetar los derechos de comunidades y actuar con la debida diligencia para prevenir que ocurra una afectación de este tipo.⁴

Obligaciones en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Desde el sistema universal de protección, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se ha encargado de establecer el alcance de las obligaciones que emanan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En particular, se destaca la interpretación que efectúa del artículo 2 número 1 del instrumento aprobado por la Asamblea General en 1996, y que hace referencia a la obligación de los Estados de adoptar medidas hasta el «máximo de los recursos disponibles» para alcanzar «progresivamente» la plena efectividad de estos derechos.

A partir de la Observación General 3 sobre obligaciones de los Estados parte, se remarcó que, a pesar de la redacción del artículo 2 número 1, que menciona un trabajo paulatino para alcanzar el pleno cumplimiento (en un plazo razonable), el Estado tiene compromisos de carácter inmediato —obligaciones genéricas— respecto de cada derecho. En tal sentido, el Estado tiene el deber de avanzar progresivamente, sin regresividad en cuanto a su satisfacción, y cumplir con mínimos esenciales de cada derecho, en especial cuando estos atañen a personas en situación de vulnerabilidad.⁵

Posteriormente, el comité establece algunas obligaciones específicas a los Estados parte, en particular, que deben respetar y, por tanto, «exige que se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho»; de proteger, es decir, que «impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho», y, por último, de cumplir:

La obligación de facilitar exige que los Estados parte adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. La

3. Corte IDH, caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, sentencia del 25 de noviembre de 2015 (fondo, reparaciones y costas), serie C número 309, disponible en <https://bit.ly/3tlqN1A>.

4. Corte IDH, caso *Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs. Honduras*, sentencia del 31 de agosto de 2021 (fondo, reparaciones y costas), serie C número 432, disponible en <https://bit.ly/3TweytO>.

5. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 3: La índole de las obligaciones de los Estados parte* (2012), disponible en <https://bit.ly/3RqV2Ms>.

obligación de promover impone al Estado parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua. Los Estados parte también tienen la obligación de hacer efectivo (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición.⁶

En el sistema interamericano, además del protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia económica, social y cultural (Protocolo de San Salvador), se observa la vigencia del artículo 26 de la misma convención, una norma de desarrollo progresivo inspirada en el artículo 2 del pacto que regula estos derechos (Pinto, 2004: 34); y que desde el caso *Lagos del Campo versus la República del Perú*,⁷ la Corte IDH se ha encargado de desarrollar el alcance de sus disposiciones, en función de las interpretaciones desarrolladas por el comité encargado de la ONU.

Actualmente, se considera que estos derechos económicos, sociales y culturales pueden ser sometidos a los tribunales de justicia y que los Estados de la región tienen obligaciones de progresividad y no regresividad en la materia.

Las empresas, ¿tienen obligaciones de derechos humanos?

Se ha debatido si el derecho internacional impone obligaciones a los actores no estatales, incluidas las empresas. En primer término, se plantea que las compañías no están directamente obligadas por el derecho internacional, que incluye tanto los tratados como la costumbre. Sin embargo, sí existen obligaciones directas cuando están en juego normas de *jus cogens*, como la prohibición de la tortura (Peters, 2016: 101). Y se argumenta que ya existen normas vinculadas con la protección del ambiente que establecen responsabilidades directas sobre agentes no estatales, como el convenio internacional sobre responsabilidad por daños asociados a la contaminación por hidrocarburos, de 1992, o el Protocolo de Basilea, sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, de 1999. Además, contrasta la clara redacción de estos instrumentos, que se refieren a la responsabilidad de los particulares, en oposición con el artículo 230 de la Convención sobre el Derecho del Mar, que establece que es el Estado el que debe tomar medidas para que los responsables paguen una sanción

6. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15: El derecho al agua (2002), disponible en <https://bit.ly/48GWT75>.

7. Corte IDH, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C número 340, disponible en <https://bit.ly/3v4yd9S>.

pecuniaria por la violación de las normas medioambientales internacionales (Peters, 2016: 155-157).

En relación con los debates en torno a las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos, la misma autora señala que es posible que, a través de la interpretación de los tratados de derechos humanos existentes, las empresas puedan considerarse directamente vinculadas, aunque tales obligaciones deberían formularse de forma gradual, para no afectar al principio de legalidad (Peters, 2016: 101).

Lejos de ser solo una preocupación internacional, desde el neoconstitucionalismo, las normas fundamentales consagradas en el texto constitucional tienen como destinatario al Estado y también a los particulares (Lovera, 2017: 162). En tal sentido, se puede agregar que los derechos fundamentales no solo regulan las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también las relaciones recíprocas entre los propios particulares (Alexy, 2005: 34).

Estándares de derechos humanos aplicables a las inversiones internacionales

A nivel universal, principalmente tras la adopción de los principios rectores de la ONU, los organismos de derechos humanos han desarrollado estándares aplicables a las actividades de las empresas, aunque la obligación final recae sobre los Estados, que tienen el deber de fiscalizar su cumplimiento. Estas entidades de resguardo se han pronunciado también en torno al impacto de los acuerdos internacionales de inversiones sobre el debido ejercicio de los poderes regulatorios de autoridades democráticamente elegidas y cómo se han transformado en obstáculos para la adopción de medidas que cumplan con los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH se pronunció sobre la relación entre las obligaciones que surgen de los tratados bilaterales de inversión y aquellas que dicta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, e indicó que «la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana», estableciendo que su aplicación debe ser siempre compatible con los tratados.⁸

8. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006 (fondo, reparaciones y costas), serie C número 146, disponible en <https://bit.ly/3tjc14L>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En 2017, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General 24, mediante la cual sostuvo que los Estados deben «identificar cualquier posible conflicto entre sus obligaciones, en virtud del pacto y en virtud de tratados comerciales o de inversión, y abstenerse de celebrar tales tratados cuando se constate la existencia de tales conflictos».⁹

En la misma Observación General 24, el comité también sostiene que los Estados deben realizar evaluaciones de impacto ambiental y social antes de celebrar acuerdos comerciales. Y afirma que «la interpretación de los tratados de comercio y de inversión en vigor debería tener en cuenta las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y el carácter específico de las obligaciones de derechos humanos».

Y que en la adopción de eventuales tratados, los Estados deben incorporar disposiciones que hagan referencia «explícita a sus obligaciones de derechos humanos y a asegurar que los mecanismos para el arreglo de controversias entre inversores y Estados tengan en cuenta los derechos humanos en la interpretación de los tratados de inversión o los capítulos sobre inversión de los acuerdos de comercio».

Sobre este último punto, en la Observación General 25, el Comité observa que esta obligación también tiene un alcance extraterritorial, que «exige a los Estados parte que se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos del pacto por personas que se encuentren fuera de su territorio» y que impide que una empresa que opera en el interior afecte el derecho de un tercer Estado, en virtud del derecho internacional consuetudinario y del derecho internacional del medio ambiente.

Y por último añade que «los tratados de inversión pueden denegar la protección a los inversores extranjeros de la otra parte que hayan incurrido en una conducta que dé lugar a una violación de los derechos enunciados en el pacto»; por ejemplo, establece que el Estado debe denegar una licencia para una contratación pública cuando la empresa no haya demostrado las posibles repercusiones medioambientales.

El grupo de trabajo sobre empresas y derechos humanos de Naciones Unidas

Establecido por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, mediante la resolución 17/4 de 2011, este grupo de trabajo tiene como tarea promover y diseminar los principios rectores sobre empresas y derechos humanos, promover las buenas

9. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 24: Obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, disponible en <https://bit.ly/487OoDG>.

prácticas y lecciones aprendidas de la implementación de los principios, y realizar recomendaciones.

El grupo señala que «los Estados deberían negociar acuerdos bajo la sombra del derecho internacional de los derechos humanos» y que este «debe considerarse, como mínimo, *primus inter pares* (el primero entre iguales) entre las diferentes ramas del derecho internacional». Además, agrega, «las expectativas legítimas de los inversionistas deben equilibrarse e interpretarse a la luz de los derechos humanos de las personas y las comunidades».¹⁰

Asimismo, el grupo de trabajo destaca la obligación de los Estados de efectuar estudios de impacto sobre los derechos humanos y el medioambiente antes y después de firmar tratados bilaterales de inversión, así como también revisar los poderes regulatorios que preservan, en virtud de las normas nacionales e internacionales.

Y respecto a la contraparte, señala que los acuerdos comerciales de este tipo deberían incorporar obligaciones para los inversores legalmente exigibles respecto a derechos humanos y medioambiente, tanto como establecer mecanismos de reclamo para las comunidades afectadas por la inversión.

El relator especial sobre el derecho a la alimentación

En 2011, el relator especial Olivier de Schutter publicó los principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos, cuyo artículo 1 establece la obligación de los Estados de realizar una evaluación sobre la afectación a estos derechos previa a la firma de un acuerdo de comercio o inversión, de manera tal de poder comprobar con revisiones posteriores eventuales trasgresiones, quedando habilitado para denunciar o declarar nulo el tratado o la cláusula vinculada.

Por último, el relator señala que «la evaluación inicial de los efectos en los derechos humanos debe estar a cargo de un organismo o grupo de expertos independientes del Poder Ejecutivo que negocia o ha negociado el acuerdo de comercio o inversión».¹¹

10. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 17/4: Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, 6 de julio de 2011, disponible en <https://bit.ly/46Yj1IN>.

11. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Informe del relator especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Olivier De Schutter: Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos, 19 de diciembre de 2011, disponible en <https://bit.ly/3RLXaQ9>.

Otros expertos de Naciones Unidas

En 2011, el experto independiente de Naciones Unidas sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo emitió un informe a través del cual indicó que, según el principio *pacta sunt servanda*, los Estados no podrían ratificar megacuerdos regionales, como el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica o el Acuerdo Integral de Economía y Comercio, sin antes asegurarse de que estos fueran compatibles con las obligaciones emanadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni que tuvieran por efecto demorar, limitar, socavar o hacer imposible el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos.¹²

También cabe destacar que, en marzo de 2019, en el marco de las negociaciones del Grupo de Trabajo III, establecido en 2017 para estudiar reformas al sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, un grupo de relatores envió una carta a la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en la que sostuvieron que los árbitros deberían aplicar el derecho internacional de los derechos humanos y las normas laborales y ambientales de manera sistemática y consistente; que debería establecerse como requisito que los árbitros acrediten amplios conocimientos en derecho internacional, incluyendo el derecho internacional de los derechos humanos, las normas laborales y ambientales; que debería existir un límite para que los inversores no pudieran demandar a un Estado por la adopción de medidas legítimas para promover el interés público; y que se tendría que permitir que las personas afectadas pudieran reclamar por el daño provocado.

Los tratados bilaterales de inversión en América Latina

Luego de un período de rechazo expreso a los tratados bilaterales de inversión durante las décadas de 1960 y 1970, en los años ochenta, los Estados de América Latina y el Caribe ingresaron al moderno régimen internacional de inversiones a través de la ratificación de tratados de este tipo, en la búsqueda de inversiones extranjeras directas que favorecieran el crecimiento económico (Polanco, 2016: 73).

En esos primeros años, los tratados bilaterales de inversión incorporaron cláusulas que estipulaban un mecanismo de resolución de controversias entre el inversor y el Estado, lo que quedó consagrado con la entrada en vigor, en 1966, del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, por medio del cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

12. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, del 29 de septiembre de 2011, disponible en <https://bit.ly/4aq6IYC>.

relativas a Inversiones (Ciadi), dentro del Banco Mundial, como foro específico para la resolución de controversias entre inversores y Estados (Montt, 2009: 62).

Hacia 1989, solo doce Estados en la región tenían al menos un tratado bilateral de inversiones en vigor, y la mayor parte de ellos, países caribeños. Actualmente, los 35 Estados de América Latina y el Caribe tienen al menos uno operando. Según datos de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, hay 59 tratados intrarregionales en vigor, todos ellos negociados en el período 1993-2015; además, existen otros 325 con Estados del resto del mundo, negociados en el período 1973-2016; y de un total de 2.248 tratados bilaterales en vigor a nivel global en 2021, 384 corresponden a América Latina y el Caribe.

La Conferencia entrega datos que permiten identificar cláusulas que reconocen de manera directa o indirecta la potestad regulatoria del Estado en tratados bilaterales de inversión. Respecto a referencias en el preámbulo de estos acuerdos sobre: a) derecho a regular (por ejemplo, autonomía regulatoria, espacio de políticas, flexibilidad para introducir nuevas regulaciones); b) desarrollo sostenible; c) aspectos de inversión social (por ejemplo, derechos humanos, trabajo, salud, reducción de la pobreza); y d) aspectos ambientales (por ejemplo, vida vegetal o animal, biodiversidad, cambio climático); surge que, del total, solo doce tratados bilaterales de inversión en el mundo mencionan las cuatro variables, siendo uno de estos el acuerdo negociado entre Brasil y Colombia, en 2015, único en América Latina.

Entre otros antecedentes, también indica que solo 18 tratados incorporan cláusulas que hacen referencia a elementos (todos ellos presentes) en materia de salud y medio ambiente, la potestad de los Estados a poder regular sobre la materia en paralelo, responsabilidad social corporativa y no bajar los estándares (típicamente ambientales y laborales), entre los que se incluyen cuatro acuerdos firmados en la región: tres de ellos con Brasil como protagonista (con Chile y Colombia en 2015, y con Perú en 2016), y entre Colombia y Francia (2014); este último en particular, único de los cuatro que se encuentra en vigor.

En cuanto a tratados bilaterales con excepciones generales de política pública referidas a salud pública y medio ambiente, el organismo de la ONU detalla que hay 240 acuerdos, entre los que se incluyen 29 tratados firmados por naciones de América Latina y el Caribe.

Asimismo, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo precisa que 35 acuerdos bilaterales de inversión contienen cláusulas específicas sobre transparencia en los procedimientos arbitrales (incluyendo que se requiere que los documentos estén disponibles públicamente; que las audiencias sean abiertas al público, y que regulen las presentaciones de *amicus curiae* de terceros no contendientes), con protagonismo de cuatro Estados de la región en seis tratados del total: Estados Unidos - Uruguay (2005), Canadá - Perú (2006), Colombia - Perú (2007), Chile - Uruguay (2010), Colombia - Francia (2014), y Chile - Hong Kong (2016).

Teniendo en cuenta la postura de algunos autores, que consideran que la renegociación o enmienda es la mejor estrategia para afrontar los problemas que surgen de los tratados bilaterales de inversión vigentes (Lavopa, Barreiros y Bruno, 2013: 869), cabe destacar que —en función de los datos que aporta la entidad— esto sería posible en un reducido número de acuerdos, dado que solo 606 de ellos, esto es, menos de un cuarto del total, contemplan la posibilidad de modificación o enmienda.

Finalmente, la información que entrega el organismo de la ONU sobre el alto número de demandas presentadas por inversores (hasta 2021, existían un total de 1.190 casos ante tribunales arbitrales distribuidos entre 124 Estados), permite además afirmar que las limitaciones al espacio regulatorio se tornan evidentes.

Del total, los Estados de la región registran 324 demandas; cifra que, analizada en detalle, muestra que Argentina es el país con mayor número de demandas en el mundo (62), seguido por otras tres naciones de la zona: Venezuela (55), México (38) y Perú (31). Y hasta 2020, los Estados de América Latina y El Caribe habían sido condenados a pagar más de 32 mil millones de dólares por la violación de cláusulas dispuestas en tratados bilaterales de inversión. Para poner en contexto el impacto negativo que genera el pago de esas sumas sobre la población, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) indica que se requieren casi 11 mil millones de dólares, casi un tercio de lo ordenado a cancelar por el Ciadi, para superar la pobreza extrema en 16 Estados de América Latina (Cepal, 2019: 146).

Interpretación de tratados bilaterales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos

En los últimos años han tenido lugar una serie de procesos arbitrales originados por el choque entre la aplicación de cláusulas de tratados y el debido goce de los derechos humanos de la población. En particular, se pueden identificar cinco casos en los que se produjo una colisión de intereses y el cuestionamiento de inversores internacionales a medidas adoptadas por Estados para asegurar el pleno ejercicio del derecho al agua, a la igualdad, a la protección del medio ambiente y a la salud, con resultados diversos (Bas Vilizzio y Michelini, 2019: 24-37).

Los siguientes casos se desarrollan en virtud de que, a diferencia de los mencionados por Bas Vilizzio y Michelini, cuentan con un lado en el que el tribunal arbitral se pronunció sobre el alcance de los poderes regulatorios, a la luz de lo que establecen las normas y estándares internacionales de derechos humanos.

El caso Urbaser versus Argentina

El caso tuvo su origen en la demanda presentada ante el Ciadi por los inversores vinculados con la concesión de servicio de agua y cloacas en el Gran Buenos Aires en el

2000. En su reclamo, presentado el 20 de julio de 2007, los inversionistas sostuvieron que el Estado había infringido «las disposiciones del acuerdo para la promoción y la protección recíproca de las inversiones firmado por la República Argentina y el Reino de España, el 3 de octubre de 1991», y, en particular, que había vulnerado el artículo III número 1 que impone la obligación de protección de las inversiones extranjeras y prohíbe la adopción de medidas injustificadas o discriminatorias; el artículo IV número 1, que impone la obligación de tratar justa y equitativamente las citadas inversiones, y el artículo V, que prohíbe la expropiación ilícita y discriminatoria de estas e impone la obligación de indemnizar al inversor en caso de expropiación o adopción de medidas de características o efectos similares.¹³

El tribunal admitió una contrademanda de Argentina sobre la base de los artículos 25 y 46 del Convenio Ciadi, y del artículo X del acuerdo para la promoción y la protección recíproca de las inversiones firmado entre ambos países. La reconvencción presentada por la nación sudamericana se refería a la obligación de la empresa (Urbaser) de «garantizar el acceso al agua» establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multilaterales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Asimismo, Argentina se basó en los estándares de la Observación General 15 del Comité de la ONU sobre el derecho al agua.

El tribunal expresó que el acuerdo entre Argentina y España confería derechos tanto a los inversores como al Estado. También estableció, con base en el artículo 31 número 3 letra c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que el mismo «debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas las relativas a los derechos humanos». El arbitraje tuvo en cuenta además el artículo X número 5 del tratado, sobre la obligación del tribunal de aplicar otros tratados en vigor entre las partes y los principios generales del derecho internacional. El Convenio Ciadi, en el artículo 42 número 1, también hace referencia a que se decidirá una controversia «de conformidad con las normas jurídicas que acuerden las partes». El tribunal indicó luego que, en caso de conflicto, las normas de *ius cogens* deben prevalecer por sobre las disposiciones del tratado bilateral.

A continuación, los árbitros describieron las disposiciones pertinentes de los tratados sobre derechos humanos que estaban relacionadas con la reconvencción de Argentina y expresó que «a nivel preliminar, el tribunal es reacio a compartir la posición de principio de las demandantes de que garantizar el derecho humano al agua es un deber que puede ser asumido únicamente por el Estado, y nunca asumido también

13. Ciadi, caso ARB/07/26, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia y la República Argentina*, disponible en <https://bit.ly/3v4l28S>.

por empresas privadas como las demandantes». En ese sentido, el Ciadi se refirió al desarrollo de normas sobre responsabilidad social empresarial aplicables a las actividades de privados. Sin embargo, reconoció que las iniciativas internacionales para imponer a las empresas obligaciones en materia de derechos humanos son todavía insuficientes. Por lo tanto, el cumplimiento de estas debería de ser evaluado caso a caso.

Tras esta observación preliminar, el tribunal sostuvo que la Declaración Universal de los Derechos Humanos también «se dirige» a las empresas multinacionales, puesto que el artículo 30 de la declaración indica que un Estado, grupo o persona no debe emprender actividad o realizar acto alguno encaminado a la destrucción de los derechos y libertades. Una redacción similar se encuentra en el artículo 5 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por último, se hizo referencia a la declaración tripartita de la OIT y a la obligación de todas las partes de respetar no solo la declaración universal, sino que también los pactos internacionales correspondientes.

Por lo anterior, el tribunal reconoció que las obligaciones en materia de derechos humanos son aplicables a las partes públicas y privadas. Sin embargo, señaló que los argumentos de la contrademanda presentada por Argentina sobre estas obligaciones estaban centradas en el contrato de concesión, no en el derecho internacional. En consecuencia, sostuvo que el derecho humano al agua supone una obligación de cumplimiento por parte del Estado, pero no así para con para empresas que presten servicios exigidos contractualmente.

En tal sentido, el Ciadi diferenció entre las obligaciones positivas («hacer») y negativas («no hacer») al momento de exigir el cumplimiento de un derecho y destacó que, en este caso, la empresa de suministro de servicios de agua y saneamiento tenía una obligación de hacer, pero con base en el contrato de concesión y no en el derecho humano al agua. Por tanto, afirmó que:

La situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violen los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no solo respecto de los Estados, sino también respecto de las personas físicas y otros particulares. Sin embargo, en lo que respecta al presente caso, no es eso lo que está en discusión.¹⁴

De esta manera, el laudo en el caso *Urbaser versus Argentina* se caracteriza no solo por reconocer el espacio regulatorio del Estado desde un enfoque de derechos humanos, sino también por ser el primero en el que un tribunal arbitral considera la posibilidad de que existan obligaciones de derechos humanos para las empresas. Desde este enfoque, el Estado tendría la obligación de regular con base en las normas

14. Ciadi, caso ARB/07/26, mencionado anteriormente. Conclusiones del tribunal, letra b), numeral 1210, página 348.

de derechos humanos, y el inversor no podría cuestionar esas medidas, puesto que estaría igualmente obligado por ellas; aunque, como se ve en el último párrafo citado, esta obligación solo considera un deber de «no hacer» algo que impida el goce de un derecho.

El caso *South American Silver versus Bolivia*

Este caso se relaciona con el reclamo presentado ante la Corte Permanente de Arbitraje por un inversor (*South American Silver Limited*) que cuestionó el Decreto Supremo 1308, del 1 de agosto de 2012, de reversión de las concesiones mineras en Bolivia, adoptado por las autoridades del país para la protección de comunidades indígenas. La compañía minera alegó la violación de las cláusulas de expropiación directa e indirecta, trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, medidas arbitrarias o discriminatorias, trato nacional y cláusula paraguas del tratado bilateral de inversiones entre Bolivia y Reino Unido de 1988.¹⁵

En su defensa, el Estado boliviano argumentó que debido a que el tratado no contiene una cláusula al respecto, y dada la falta de un acuerdo afín entre las partes, el derecho aplicable se debía regir por el artículo 31 número 5 del Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el artículo 1054 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos, sede de la disputa arbitral, por lo que, sostuvo: «En ejercicio de esta amplia discrecionalidad, el tribunal deberá concluir que es apropiado y necesario en este caso interpretar el tratado a la luz de las fuentes de derecho internacional e interno que garantizan la protección de los derechos de las comunidades originarias que habitan el área del proyecto». Para efectuar esa interpretación se debía recurrir al artículo 31 número 3 letra c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En tal sentido, Bolivia indicó que tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como la Corte IDH ya habían remarcado la primacía de los derechos humanos por sobre las obligaciones comerciales del Estado. Asimismo, afirmó que esa jerarquía se deriva tanto del artículo 103 de la carta de la ONU como del carácter *erga omnes* de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de las personas. También sostuvo que para que la decisión del tribunal respetara los derechos de los pueblos originarios resultaba necesario que tuviera en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la Constitución Política del Estado Plurina-

15. Corte Permanente de Arbitraje, caso 2013-15, *South American Silver Limited (Bermudas) y Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponible en <https://bit.ly/3RqXNxo>.

cional de Bolivia. Y señaló que debía considerarse la costumbre internacional, que exige la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, los principios rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, y las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales.

Al momento de pronunciarse, la Corte descartó la aplicación automática del artículo 31 número 3 letra c) de la Convención de Viena e indicó que Bolivia no había justificado:

Por qué en este caso particular el tribunal debe aplicar ciertas normas que no hacen parte del derecho consuetudinario y tampoco ha demostrado que tanto Bolivia como el Reino Unido son parte de los tratados de protección de derechos humanos invocados. La demandada tampoco ha explicado cómo esas normas invocadas entran en conflicto con el tratado y por qué deben prevalecer frente a sus disposiciones.¹⁶

Por el contrario, destacó que el derecho boliviano, incluyendo los tratados incorporados al ordenamiento jurídico interno, resultaban relevantes para el análisis del caso, aunque no podía afirmarse que existiera una regla general en virtud de la cual el derecho de Bolivia debía prevalecer por sobre el acuerdo bilateral.

Frente al argumento de Bolivia de que la actividad del inversor no era legal y, por lo tanto, no estaba protegida por el tratado con Reino Unido, debido a que violaba el derecho a la autodeterminación de las comunidades originarias, al ambiente sano y a la integridad personal de las mujeres, la Corte indicó que «ninguna de las alegadas violaciones tiene como consecuencia jurídica, bajo derecho boliviano o derecho internacional, eliminar la titularidad o los derechos del inversor sobre el activo correspondiente o suprimir la existencia de la inversión». Y añadió que «el tribunal no puede concluir que las supuestas conductas ilegales del inversor hayan resultado en que la inversión —reconocida como tal bajo derecho boliviano— no pueda ser reconocida como una inversión legal bajo el derecho internacional».

En cuanto al análisis del caso, se tuvo en cuenta la oposición de las comunidades que habitan zonas cercanas al proyecto desde 2010, que la actividad del inversor a partir de 2011 contribuyó a incrementar el malestar de estas comunidades, y que en lugar de buscar el consenso de los pobladores en torno al proyecto, la empresa tuvo por objeto distanciarlos, incluyendo el inicio de acciones penales para amedrentar a posibles opositores. Asimismo, el tribunal reconoció que el mecanismo de adopción de decisiones de la comunidad era por unanimidad, por lo cual el argumento de que existía un apoyo mayoritario para avanzar con los trabajos no resultaba suficiente.

En relación con el reclamo de expropiación, Bolivia argumentó que la medida cuestionada había sido adoptada en el ejercicio de sus poderes regulatorios para proteger los derechos humanos y de los pueblos indígenas. Señaló que la medida persi-

16. Corte Permanente de Arbitraje, caso 2013-15.

que un fin de utilidad pública, de conformidad con el derecho boliviano, que consiste en la protección de las poblaciones originarias. Como argumento alternativo, Bolivia planteó que actuó bajo estado de necesidad, de conformidad con lo estipulado en el artículo 25 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, dado que sería «el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave a inminente».

La Corte rechazó las defensas de Bolivia centradas en sus poderes de «policía» y en la existencia de un estado de necesidad, y consideró que existió una expropiación en los términos del tratado con Reino Unido. Si bien entendió que la medida había sido adoptada por causa de utilidad pública, y de conformidad con el mismo acuerdo para la protección del derecho a la vida de las comunidades indígenas afectadas, el tribunal decidió finalmente condenar al Estado por no haber pagado la compensación establecida en el tratado.

Bear Creek Mining versus Perú

El tribunal Ciadi se ocupó del reclamo que realizó una empresa minera por una supuesta violación del tratado de libre comercio entre Canadá y Perú, en virtud de la derogación de un decreto nacional que permitía a dicha empresa desarrollar el proyecto minero Santa Ana, ubicado en el extremo sur-este del país.¹⁷ El Estado cuestionaba, entre otros asuntos, que el inversor ya conocía la oposición de las comunidades vecinas, que además exigían acceso a beneficios de la iniciativa, cuando dio los primeros pasos para operar en la zona.

En 2011, una alianza de comunidades presentó una queja ante las autoridades locales y exigió la prohibición de las actividades mineras en la región de Puno, donde se desarrollaría el proyecto Santa Ana. En consecuencia, el gobierno nacional derogó el decreto nacional que permitía a los inversores operar en el lugar, basándose en la ausencia de acuerdo con las comunidades locales y la no aprobación de la evaluación de impacto ambiental presentada por la empresa. También ordenó al Ministerio de Energía que adoptara medidas para garantizar el consentimiento de las comunidades locales con relación a las licencias mineras ya concedidas, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT. Finalmente, el Estado adoptó un decreto para prohibir las actividades mineras si no obtenían el consentimiento de los habitantes de las zonas aledañas.

El tribunal examinó los hechos en relación con varias disposiciones del TLC entre Perú y Canadá. En cuanto a la expropiación indirecta, comprobó si la decisión del gobierno local de retirar el permiso de explotación era compatible con las disposiciones del tratado y se refirió expresamente a la declaración de las Naciones Unidas sobre los

17. Ciadi, caso ARB/14/21, *Bear Creek Mining Corporation (Canadá) y República del Perú*. Disponible en <https://bit.ly/4ajGkQ9>.

derechos de los pueblos originarios al afirmar que las comunidades indígenas debían ser consultadas.

Los árbitros subrayaron que, aun cuando la empresa minera había realizado un proceso de consultas que no incluían a todas las comunidades y tampoco cumplía con los estándares requeridos, el Estado había sido consciente de esta situación y la había avalado. En ese escenario, afirmó el tribunal, el inversor consideró que había cumplido con sus obligaciones y, por ende, que las autoridades no podían alegar que esta conducta era contraria al Convenio 169 de la OIT o el trabajo insuficiente.

En su voto particular, el árbitro Phillippe Sands discrepó de la mayoría en cuanto al monto de la indemnización por daños y perjuicios estipulada, al considerar que los inversores habían contribuido al malestar social que obligó al Estado a tener que retirar el permiso concedido. El juez se refirió al artículo 837 del TLC, que exige la aplicabilidad de normas de derecho internacional para decidir una controversia. También tuvo en cuenta las normas del Convenio 169 de la OIT sobre consulta previa, aunque indicó que ellas obligan al Estado, no a los privados.

En su conclusión, Sands destacó la decisión del Ciadi en el caso *Urbaser*, en la que se subrayó que «el hecho de que el Convenio no imponga obligaciones directamente a un inversor privado extranjero como tal no significa, sin embargo, que carezca de importancia o de efectos jurídicos para ellos».

Después de una larga descripción de las medidas adoptadas por el Estado y los esfuerzos de la empresa minera en el proceso de consulta a las comunidades locales, Sands afirmó:

Puede ser la función de un Estado o de su gobierno central ofrecer un marco de derecho interno que garantice que un proceso de consulta y sus resultados sean coherentes con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, pero no es su función sostener la mano de un inversor y entregar una «licencia social» a partir de esos procesos. Es el inversor quien debe obtener la «licencia social», y en este caso no pudo hacerlo en gran medida por sus propios fallos.¹⁸

Aportes del sistema interamericano para la armonización de los derechos humanos con los intereses de los inversores

Se ha observado que la colisión de normas ocurre en el marco de la explotación de recursos en territorios indígenas, así como también las medidas de prohibición que los Estados adoptan para proteger a las comunidades. Asimismo, se advierte que los tribunales arbitrales están incorporando consideraciones por fuera de lo que establece el tratado bilateral de inversiones firmado por las partes, a fin de tomar en cuenta

18. Ciadi, caso ARB/14/21, antes citado, voto disidente numeral 37.

lo que establecen otros cuerpos normativos. Aunque, a la fecha, con resultados mayormente favorables para el inversor (Perrone, 2022: 839).

El sistema interamericano de derechos humanos desarrolló estándares para la protección de los pueblos originarios a partir del derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente en relación con su derecho a las tierras y recursos tradicionales. En este sistema regional, las normas relativas a la biodiversidad y a los derechos de las personas se fusionan para proteger a la población indígena en general.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aprobado varios informes sobre los derechos de los pueblos originarios, sobre sus tierras y recursos. El más reciente se refiere a estos y a las obligaciones de las industrias extractivas cuando planean intervenir los territorios. Este informe hace hincapié en la necesidad irrestricta de garantizar la participación efectiva de las comunidades en el proceso de diseño, ejecución y desarrollo de proyectos, así como en una auténtica aplicación del derecho a una consulta libre, previa e informada.

Este involucramiento es fundamental para la protección de otros derechos, como a la vida, a la integridad, a la salud, a la participación, al territorio y a la protección del medioambiente. Además, la obligación de consulta no es un fin en sí mismo ni puede considerarse un mero trámite, sino que debe tener como objetivo informar con veracidad para obtener una respuesta consciente, un consentimiento y acuerdo que perdure. Y sobre todo cuando están en juego proyectos a gran escala, el principal responsable de hacer valer y velar por un consentimiento libre, previo e informado de las comunidades debe ser el Estado (CIDH, 2015: 172-183).

La jurisprudencia de la Corte IDH también ha sentado, a lo largo de los años, una sólida base sobre la que ha incorporado varios instrumentos para la protección de las comunidades indígenas. En el caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam* antes citado, el tribunal se refirió al artículo 1 común a los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales para reconocer aquellos de las poblaciones originarias sobre sus tierras y recursos, en virtud del derecho a la libre determinación, leído conjuntamente con el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte IDH, además, reconoce el vínculo entre el disfrute del derecho a la tierra y los recursos con el reconocimiento a la cultura como minoría, refiriéndose también al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En particular, tanto este como el artículo 21 de la Convención y el artículo 1 común de los pactos mencionados protegen «el derecho al disfrute de sus bienes conforme a su tradición comunitaria».¹⁹

19. Corte IDH, sentencia del 25 de noviembre de 2015 (fondo, reparaciones y costas), en caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, serie C número 309. Disponible en <https://bit.ly/3tlqN1A>.

La Corte también analiza la importancia de las tradiciones y destaca que:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.²⁰

Entre los instrumentos para la protección de los pueblos, la Corte IDH determina las obligaciones que incumben a los Estados, señalando que deben adoptar acciones positivas para asegurar la propiedad efectiva sobre sus tierras y recursos, y una obligación que consiste en abstenerse de adoptar medidas que puedan conducir a que agentes del Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o tolerancia, afecten negativamente la existencia, el valor, el uso o el disfrute de su territorio. Según la institución judicial, el Estado también debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas a controlar, poseer y utilizar su territorio y recursos naturales sin ningún tipo de injerencia externa.

Además, el organismo reconoció que la relación de una comunidad indígena con su tierra no es evidente por sí misma, lo que significa que debe probar, entre otros elementos, que el uso de los recursos naturales está vinculado a sus costumbres y tradiciones. En este sentido, la Corte restringe la protección de los recursos presentes en territorios indígenas solo a aquellos que son relevantes para el disfrute de su cultura y tradiciones.

Una novedad introducida por la Corte IDH es el establecimiento de un estándar que vincula los derechos de los pueblos originarios y la protección del medio ambiente. En este sentido, destaca:

En general, los pueblos indígenas pueden desempeñar un papel importante en la conservación de la naturaleza, ya que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas sostenibles y se consideran esenciales para la eficacia de las estrategias de conservación. En consecuencia, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas puede repercutir positivamente en la conservación del medioambiente. De ahí que los derechos de los pueblos indígenas y las leyes medioambientales internacionales deban entenderse como derechos complementarios y no excluyentes.²¹

Asimismo, el tribunal hace referencia a la protección de las prácticas tradicionales consagradas en el artículo 8 letra j) y en el artículo 10 letra c) del Convenio sobre la diversidad biológica, y tiene en cuenta el principio 22 de la Declaración de Río y el

20. Corte IDH, misma sentencia anterior, página 38.

21. Corte IDH, sentencia citada en caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*.

artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En cuanto a la injerencia en tierras y recursos indígenas por parte de particulares, la Corte recuerda su jurisprudencia, en la que subraya que las comunidades deben tener una participación efectiva en cualquier plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo en sus territorios; y que el Estado tiene la obligación de garantizar que los pueblos indígenas puedan gozar de los beneficios derivados del plan de explotación de sus tierras, así como de velar porque se efectúe el indispensable trabajo de evaluación de impacto social y ambiental antes de otorgar concesiones sobre territorios y recursos indígenas. Estas tres condiciones son acumulativas, lo que significa que, por ejemplo, no es posible obtener el consentimiento libre, previo e informado, pero no llegar a un acuerdo para compartir los beneficios, ni viceversa.

Conclusión

América Latina y el Caribe cuentan con una sólida red de normas que protegen tanto los derechos de las personas como el correcto funcionamiento de los negocios, con distintos órganos regionales que se han encargado de desarrollar su alcance y velar por que las acciones de resguardo social que impulsan los Estados no transgredan sus compromisos internacionales adquiridos.

Muchas veces, esta protección estatal se pone a prueba cuando presiones políticas y sociales internas se topan con cláusulas dispuestas en tratados bilaterales que protegen los intereses del inversor internacional. Y si bien los organismos internacionales de protección de derechos humanos han dado cuenta de esta situación, no se advierte que los Estados de la región estén adoptando de forma proactiva las medidas necesarias para compatibilizar las obligaciones internacionales comprometidas en la materia con los acuerdos de inversión extranjera alcanzados.

Sin embargo, resulta destacable que los tribunales arbitrales comiencen a incorporar las normas de derechos humanos en la interpretación y aplicación de las cláusulas de los tratados de inversión, puesto que, aun cuando a la fecha el resultado sigue siendo desfavorable para la plena vigencia de los derechos fundamentales, pone presión al trabajo que deben realizar los Estados frente a acuerdos ya firmados y en el desarrollo de compromisos futuros.

En tal sentido, sería recomendable que los Estados de la región promuevan la renegociación de los tratados bilaterales adquiridos, junto con buscar la modificación del sistema de resolución de controversias, de manera tal que se reconozca el espacio regulatorio que tiene el Estado para la adopción de medidas de protección de derechos y se permita el acceso a la información y participación pública de aquellas personas afectadas en casos sometidos a arbitraje internacional. Una posible solución, como se pudo ver en este trabajo, la brinda el sistema interamericano de derechos

humanos, que establece estándares de protección con elementos para el diseño de marcos normativos que cumplan con el objetivo de lograr un equilibrio entre el cuidado de las personas y el medio ambiente y un correcto desarrollo y cumplimiento de compromisos adquiridos con inversores extranjeros.

Referencias

- ALEXY, Robert (2005). «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático». En Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, (pp. 31-48). Madrid: Trotta.
- BAS VILIZZIO, Magdalena y Felipe Michelini (2019). *Arbitraje de inversiones y derechos humanos: Un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay*. Montevideo: Udelar.
- CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2019). *Panorama social de América Latina*. Disponible en <https://bit.ly/3GRYpXY>.
- CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos*. Disponible en <https://bit.ly/48gNsLP>.
- . (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Disponible en <https://bit.ly/3GLqct2>.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo y Carlos María Pelayo Möller (2019). «Deberes de los Estados y derechos protegidos. Artículo 1. Obligación de respetar los derechos». En Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, (pp. 42-69). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung. Disponible en <https://bit.ly/3t6n8o7>.
- LAVOPA, Federico, Lucas Barreiros y María Victoria Bruno (2013). «How to kill a BIT and not die trying: Legal and political challenges of denouncing or renegotiating bilateral investment treaties». *Journal of International Economic Law*, 16: 869-891. DOI: 10.1093/jiel/jgt025.
- LOVERA, Domingo (2017). «Destinatarios de los derechos fundamentales». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*, (pp. 161-192). Santiago: LOM.
- MONTT, Santiago (2009). *State liability in investment treaty arbitration. Global constitutional and administrative law in the BIT generation*. Portland: Hart Publishing.
- PERRONE, Nicolás (2022). «Local communities, extractivism and international investment law: The case of five Colombian communities». *Globalizations*, 19: 837-853. DOI: 10.1080/14747731.2022.2035494.
- PETERS, Anne (2016). *Beyond human rights: The legal status of the individual in international law*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9781316687123.

- PINTO, Mónica (2004). «Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano». *Revista IIDH*, 40: 25-86. Disponible en <https://bit.ly/3uMbbVd>.
- POLANCO, Rodrigo (2016). «Dos mundos aparte: Las cambiantes características de los tratados internacionales de inversión en América Latina». En Attila Tanzi, Alessandra Asteriti, Rodrigo Polanco Lazo y Paolo Turrini (editores), *Derecho internacional de las inversiones en América Latina* (pp. 68-97). Leiden: Brill - Nijhoff. DOI: 10.1163/9789004311473_004.

Sobre el autor

PABLO DAMIÁN COLMEGNA es abogado *cum laude* y maestrando en Relaciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires (UBA), especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho por el Centro Latinoamericano de Ciencias Sociales y en Derechos Humanos y Estudios Constitucionales por la Universidad de Bologna. También es coordinador de la maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la UBA. Su correo electrónico es pablocolmegna@derecho.uba.ar.  <https://orcid.org/0000-0001-7798-3955>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Javiera Astudillo López,
Loreto Sánchez Guevara

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).