



Asamblea General

Distr. general
5 de agosto de 2015
Español
Original: inglés

Septuagésimo período de sesiones

Tema 73 b) del programa provisional*

**Promoción y protección de los derechos humanos:
cuestiones de derechos humanos, incluidos otros
medios de mejorar el goce efectivo de los derechos
humanos y las libertades fundamentales**

Promoción de un orden internacional democrático y equitativo

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el cuarto informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 69/178.

* A/70/150.



Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo

Resumen

El presente informe, el cuarto del Experto Independiente a la Asamblea General, hace hincapié en los efectos de la solución de controversias entre los inversores y el Estado en un orden internacional democrático y equitativo y se basa en el próximo informe al Consejo de Derechos Humanos sobre los acuerdos internacionales de inversión (A/HRC/30/44). El Experto Independiente exhorta a la Asamblea General a que pida a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre la prioridad de la Carta de las Naciones Unidas y los convenios y convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas respecto de otros tratados.

I. Introducción

1. Según el *World Investment Report 2015*, la creciente preocupación por el funcionamiento corriente del régimen de acuerdos internacionales de inversión, junto con el imperativo del desarrollo sostenible de la actualidad, el mayor papel que desempeñan los gobiernos en la economía y la evolución del panorama de las inversiones, ha desencadenado un avance hacia la reforma de las normas internacionales sobre inversiones que tratan de hacerlas más adecuadas para los problemas de las políticas actuales. Como resultado de ello, el régimen está atravesando un período de reflexión, examen y revisión. Como queda de manifiesto del Foro Mundial sobre la Inversión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), celebrado en octubre de 2014, desde el acalorado debate público que tiene lugar en muchos países y de las deliberaciones de diversos procesos parlamentarios, incluso en el plano regional, está surgiendo una visión compartida acerca de la necesidad de reformar el régimen internacional de inversiones a fin de asegurar que beneficie a todos los interesados. No se trata de saber si hay que reformar o no, sino de reformar “qué”, “cómo” y en qué “medida”¹.

2. El presente informe, el cuarto del Experto Independiente a la Asamblea General, debe leerse junto con el informe que preparó para el próximo 30º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/30/44), en el que analiza el funcionamiento de los acuerdos internacionales de inversión. El presente informe centra la atención en la solución de controversias entre inversores y Estados que acompaña a muchos acuerdos internacionales de inversión y sus efectos adversos en un orden internacional democrático y equitativo. El Experto Independiente integra el análisis del *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo de 2014* de la UNCTAD y el *World Investment Report 2015*, así como informes del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas del Consejo de Derechos Humanos y los relatores especiales que se ocupan de cuestiones de la deuda externa, los alimentos, el agua, la salud, el medio ambiente, la pobreza extrema, los pueblos indígenas, la independencia de los magistrados y abogados y la solidaridad internacional^{2,3}. Reconoce trabajos académicos en la esfera de las obligaciones de los agentes no estatales en la esfera de los derechos humanos⁴.

¹ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.15. II.D.5, cap. IV, Introducción.

² Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.14. II.D.4.

³ Puede consultarse en www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Página/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx.

⁴ Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press, 2006); A. Clapham, ed., *Human Rights and Non-State Actors* (Elgar, 2013); O. De Schutter, “The accountability of multinationals for human rights violations in European law”, Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, 2004; O. De Schutter, “Human rights and transnational corporations: paving the way for a legally binding instrument”, taller celebrado en el Ecuador el 11 y 12 March 2014 durante el 25º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos; H. Verbitsky y J. Bohoslavsky, *Cuentas Pendientes: Los Cómplices Económicos de la Dictadura* (Buenos Aires, Siglo XXI, 2013); Comisión Internacional de Juristas, *Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights*; *Amnistía Internacional*, “India: court decision requires Dow Chemical to respond to Bhopal gas

3. El valor añadido del informe es la identificación de las amenazas al orden internacional democrático y equitativo que plantean los acuerdos internacionales de inversión que no están sostenidos en los derechos humanos y los regímenes de arbitraje para la solución de controversias entre inversores y Estados porque reducen el espacio reglamentario del Estado y no obligan a los árbitros a dar prioridad a las normas creadas en virtud de tratados de derechos humanos. Subraya la urgencia de elaborar acuerdos futuros de manera que impidan los abusos del pasado y hace un llamamiento a una reforma general de los 3.200 acuerdos internacionales de inversión, más de 1.500 de los cuales están por expirar⁵. El Experto Independiente ofrece una nueva opción desde una perspectiva independiente que sitúa los derechos humanos en su centro y pone de relieve las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados con miras a la revisión o la terminación de algunos de esos acuerdos y a la supresión de algunos de estos acuerdos de solución de controversias entre los inversores y el Estado contra bonos mores e incompatibles con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

4. De conformidad con el párrafo 6 de la resolución 69/178 de la Asamblea General, el Experto Independiente reconoce que un orden internacional democrático y equitativo requiere, entre otras cosas, la realización del derecho de los pueblos y las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales; el derecho de todo ser humano y todos los pueblos al desarrollo; la solidaridad internacional; la promoción del acceso equitativo a los beneficios de la distribución internacional de la riqueza mediante una mayor cooperación internacional, en particular en las relaciones económicas, comerciales y financieras; y la responsabilidad compartida entre las naciones del mundo de gestionar el desarrollo económico y social a nivel mundial, así como las amenazas a la paz y la seguridad internacionales, que debe ser ejercida multilateralmente.

5. De conformidad con el párrafo 11 de la resolución, el autor se ha esforzado por identificar los obstáculos y se ha comprometido a seguir trabajando con urgencia para establecer un nuevo orden económico internacional basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados. Tiene también consciencia del aspecto preventivo de su mandato y recuerda la reafirmación que figura en el párrafo 12, de que la comunidad internacional debe concebir los medios de eliminar los obstáculos actuales y resolver los problemas que impiden la plena realización de todos los derechos humanos y prevenir las continuas violaciones de los derechos humanos que de ella se derivan.

6. En los últimos años, Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales e instituciones religiosas han tomado más conciencia de que el régimen de acuerdos internacionales de inversión plantea graves peligros para el disfrute de los derechos humanos, pero no han propuesto ninguna solución mundial, probablemente debido a la complejidad de las cuestiones

tragedy”, 3 de julio de 2013; Wronka, J., *Human Rights and Social Justice: Social Action and Service for the Helping and Health Professions* (Sage, 2008); V. Nerlich, “Core crimes and transnational business corporations”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3 (julio de 2010), págs. 895-908.

⁵ UNCTAD, *World Investment Report*, cap. IV, pág. 162.

y el poder de las empresas transnacionales y los inversores, que continuamente se oponen a la reforma⁶. El observador imparcial no tendrá ningún problema en comprender las dos ontologías en juego. En primer lugar está la ontología del Estado, que es legislar en pro del interés público, adoptando leyes, reglamentos y prácticas para el bienestar de las personas que viven en su jurisdicción, incluido el mejoramiento de las normas laborales, la seguridad alimentaria, el agua potable, la atención médica, un medio ambiente saludable, vivienda adecuada y la administración de justicia por parte de un sistema transparente y responsable de tribunales. Esta ontología es considerada por algunos como un contrato social. La segunda ontología es la de la inversión, el comercio, las empresas, la banca y otras actividades económicas libres. Por su propia naturaleza, esas actividades entrañan asumir el riesgo que justifica una expectativa de lucro. Pero ¿puede haber una garantía de que un inversor que especula o un banco que ofrece préstamos sin suficiente patrimonio siempre va a obtener una ganancia? No, porque a veces los inversores ganan y a veces, pierden. Lo que es anormal es que un inversionista exija una garantía de lucro, cree un sistema paralelo extrajudicial de solución de controversias, que a menudo no es independiente o transparente, que no rinde cuentas de sus actos, o incluso que no permita las apelaciones, y que procure usurpar la función del Estado y se inmiscuya en la tarea del Estado de reglamentar cuestiones fiscales y presupuestarias en el interés público. Los últimos 25 años han dado numerosos ejemplos de violaciones de derechos por los inversionistas y sentencias arbitrales sin escrúpulos que no solo han dado lugar a violaciones de los derechos humanos, sino que han generado una “parálisis normativa” o incluso una “congelación”, impidiendo a los Estados adoptar reglamentos sobre la eliminación de los desechos o el control del tabaco por temor a ser demandados ante los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados que protegen a los especuladores que hacen inversiones de riesgo y privan a los Estados de su espacio normativo, imponiendo en su lugar “medidas de austeridad” en los servicios sociales. Se puede establecer un paralelismo entre el rescate de los bancos delincuentes durante la crisis financiera de 2007-2008, cuando miles de millones de dólares se sufragaron con cargo al erario público, y la práctica actual de rescatar a los inversionistas especulativos cuando asumen riesgos sin seguro. Esto es equivalente a la privatización de las ganancias y la socialización de las pérdidas. La cuestión, relacionada con el mandato, de los obstáculos que impiden la realización de un orden internacional democrático y equitativo requiere el reconocimiento de los efectos adversos de los acuerdos internacionales de inversión y la solución de controversias entre los inversores y los Estados en materia de derechos humanos.

⁶ Véase, entre otras cosas, el discurso del Papa Francisco en Santa Cruz (Bolivia), el 10 de julio de 2015: “El nuevo colonialismo adopta diferentes fachadas”. A veces se presenta como la influencia anónima de Mamón: empresas anónimas, organismos de préstamo, ciertos tratados de “libre comercio”, y la imposición de medidas de “austeridad”, que siempre reducen los recursos de los trabajadores y los pobres. Se trata quizá de un eco de San Jerónimo: *Homo Mercator vix aut nunquam potest Deo placere* (“un hombre que es un comerciante difícilmente o nunca complacerá a Dios”). http://en.radiovaticana.va/news/2015/07/10/pope_francis_speech_at_world_meeting_of_popular_movements/1157291; www.latribunadejulianromero.blogspot.com.es/2014/10/couple-of-couplespar-de-pares.html?m=1.

II. Paradojas

7. A lo largo de los últimos 70 años, las Naciones Unidas han montado una magnífica estructura normativa que ha puesto en el escenario mundial no solo la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también instrumentos jurídicamente vinculantes, entre ellos diez tratados fundamentales de derechos humanos e innumerables declaraciones y resoluciones, como la Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La noble tarea de codificación y perfeccionamiento de las normas de derechos humanos continúa. Por otra parte, las Naciones Unidas ha establecido mecanismos de aplicación, incluidos los órganos creados en virtud de tratados, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que han llevado adelante la labor de fijación de normas mediante la aprobación de observaciones generales sobre las disposiciones de los pactos internacionales y han participado en las actividades de vigilancia, el examen de los informes periódicos de los Estados partes y las visitas sobre el terreno. La Comisión de Derechos Humanos creó el mecanismo de los procedimientos especiales, que incluye grupos de trabajo, relatores especiales y expertos independientes, cada uno de los cuales tiene un mandato específico, temático o por países. Su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, ha desarrollado las cuestiones estudiadas por los titulares de mandatos de procedimientos especiales y ha creado el examen periódico universal. Los Estados han asumido compromisos, por ejemplo, en relación con los Objetivos de Desarrollo del Milenio y la agenda para el desarrollo después de 2015. La Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Addis Abeba en julio de 2015, culminó en el Programa de Acción de Addis Abeba y el acuerdo sobre un proyecto de documento final de la Cumbre de las Naciones Unidas para adoptar la agenda para el desarrollo después de 2015, que se celebrará en Nueva York en septiembre de 2015, que debiera ser fortalecido significativamente⁷. Si bien el Experto Independiente acoge con satisfacción que se preste más atención a la financiación para el desarrollo, expresa su preocupación por el hecho de que haya 3.200 acuerdos internacionales de inversión y, en particular, por que la solución de controversias entre inversores y el Estado puede hacer ilusoria la aplicación del Programa de Acción.

8. A nivel regional, se ha aprobado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y sus Protocolos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, todas ellas relativas a los tribunales de derechos humanos competentes para aprobar fallos vinculantes. Esta enorme actividad normativa, de supervisión y de aplicación manifiesta una *opinio juris*, generadora de una norma de derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos que ningún Estado o agente no estatal puede pasar por alto. Mucho se ha escrito sobre el carácter *erga omnes* del régimen internacional de derechos humanos. Lo que se necesita es una explicación de la

⁷“Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Se puede consultar en <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/7891TRANSFORMING%20OUR%20WORLD.pdf>.

mejor manera de aplicarlo y una declaración clara de la Corte Internacional de Justicia sobre la prioridad de las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos en relación con otros tratados.

9. Paradójicamente, los Estados conciertan tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio y tratados de inversiones que obstaculizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos y dan lugar a la violación de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Tal vez confíen en el crecimiento y el empleo prometidos, pero rara vez se dan cuenta de que los inversores están allí con fines de lucro, resistirán el escrutinio de los órganos de derechos humanos y rechazarán las obligaciones jurídicamente vinculantes. Pese a esto, los Estados siguen estando obligados en virtud de los pactos internacionales y deben garantizar que los agentes no estatales que operan en sus territorios no violen los derechos humanos. Los Estados tienen la responsabilidad de brindar protección, en particular con respecto a la administración de justicia. El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requiere que los Estados velen por que los actos judiciales sean examinados por tribunales competentes e independientes en un régimen de transparencia y rendición de cuentas⁸. Paradójicamente, los Estados han acordado la creación de tribunales ad hoc de solución de controversias entre inversores y Estados que no suelen ser independientes y transparentes y no suelen rendir cuentas. Se han publicado estudios que ponen de manifiesto complejos abusos de los bufetes de abogados en connivencia con los árbitros y las empresas privadas que utilizan este sistema de “justicia” para eludir la adopción de decisiones judiciales ante los tribunales públicos en virtud del artículo 14. En el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales bien afirmados que funcionan bien, la solución de controversias entre inversores y Estados no aporta valor añadido; sin embargo, poderosos intereses creados de los inversores y las empresas transnacionales han hecho que sea difícil su eliminación⁹.

10. Paradójicamente, aunque los Estados tienen la obligación de observar la cláusula del artículo 25 del Pacto Internacional sobre participación pública, negocian tratados en secreto y excluyen a los principales interesados, en particular los sindicatos, asociaciones de consumidores, profesionales de la salud y grupos de protección del medio ambiente. Algunas veces, los tratados secretos son examinados aceleradamente en los parlamentos a fin de evitar la participación pública. Esto hace que los acuerdos sean democráticamente ilegítimos.

11. Cabe preguntarse si las obligaciones jurídicamente vinculantes de los Estados en virtud de tratados de derechos humanos carecen de sentido, simplemente porque no existe ningún tribunal competente para imponer sanciones a los Estados que violan su responsabilidad de brindar protección y ningún mecanismo coercitivo contra los inversionistas. ¿Son las obligaciones jurídicas dimanantes de tratados de derechos humanos inferiores a las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos de libre comercio e inversión? ¿Son los tratados de derechos humanos solo un imperativo moral, no ejecutables de la globalización?

⁸ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 33 (2009).

⁹ Eberhardt P. y C. Olivet, *Profiting From Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Bruselas/Amsterdam, Corporate Europe Observatory, 2012); Corporate Europe Observatory, “Profiting from crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe’s crisis countries”, 2014.

12. A pesar de buenos diagnósticos formulados, entre otros, por la UNCTAD y el análisis agudo de expertos, entre ellos Joseph Stiglitz, Paul Krugman y Jeronim Capaldo, las presiones ejercidas por las empresas transnacionales siguen impulsando a los gobiernos a nuevos acuerdos internacionales de inversión con disposiciones de arreglo de controversias entre inversores y Estados que agravará y, en última instancia, dará lugar a un quebrantamiento del sistema o incluso una situación de crisis en la que a nivel local, regional o internacional se verán en peligro la paz y la seguridad.

13. Una razón aducida para el establecimiento de tribunales de solución de controversias entre los inversores y el Estado es que los inversores no confiaban en los sistemas nacionales de justicia y preferían crear una jurisdicción separada para las controversias comerciales. Es difícil entender por qué un Estado aceptaría la recusación de sus tribunales nacionales y daría su consentimiento para la constitución de un sistema privatizado de solución de controversias, considerado ampliamente como no independiente, sin transparencia y que no rinde cuentas.

III. Normas y principios básicos

14. Todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas están obligados por las disposiciones de la Carta, que es algo parecido a una constitución mundial. El Artículo 103 de la Carta dice lo siguiente: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Esto significa que los acuerdos de libre comercio bilaterales y multilaterales y los acuerdos de inversión que contienen disposiciones que estén en conflicto con la Carta, deben revisarse o revocarse, y deben suprimirse las disposiciones incompatibles con arreglo a la doctrina de la divisibilidad (*severability*)¹⁰.

15. De conformidad con lo dispuesto en la norma fundamental del derecho internacional “*pacta sunt servanda*”, consagrada en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los tratados existentes deben aplicarse “de buena fe”, y ningún tratado posterior puede considerarse legítimo si impide el cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud de los tratados en vigor, a menos que las partes convengan expresamente en modificar los tratados anteriores. Las incompatibilidades por inadvertencia se pueden resolver de buena fe, al interpretar un tratado posterior en consonancia con los anteriores tratados, aplicando los artículos 31 y 32 de la Convención. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta, los tratados posteriores deben en todo caso ajustarse a la Carta y no son válidos si obstaculizan la realización de sus propósitos y principios, incluidas sus disposiciones sobre derechos humanos. El argumento tiene mérito, ya que como la mayoría de los Estados partes en los acuerdos internacionales de inversión ya eran partes en los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, incluidos los pactos internacionales, el principio de “*pacta sunt servanda*” requiere la aplicación de esos tratados de las Naciones Unidas y los acuerdos

¹⁰ Véanse las actas resumidas de la Comisión de Derecho Internacional; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 24 (1994); Roslyn Moloney, “Incompatible reservations to human rights treaties: severability and the problem of State consent”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1 (mayo de 2004).

internacionales de inversión deben interpretarse y aplicarse de una manera que no contravenga la Carta o los tratados de las Naciones Unidas, incluido el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud (OMS), los convenios de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) de la Comisión Económica para Europa.

16. De conformidad con el derecho internacional consuetudinario y el artículo 53 de la Convención de Viena, los tratados o disposiciones de tratados que violan normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*) son *contra bonos mores* y, en consecuencia, nulas y carente de toda validez¹¹. Esto incluye una categoría de contratos y tratados que entrañan actividades contrarias a la ética, o cuyas consecuencias previsibles son contrarias a las funciones de protección del Estado. En consecuencia, todo tratado que obstaculiza la capacidad de un Estado de cumplir sus obligaciones en relación con los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas es incompatible con el *ordre public* internacional y con los compromisos asumidos por todos los Estados en virtud de la Carta. Del mismo modo, los denominados tratados “leoninos” o desequilibrados como los que existen entre algunos nuevos Estados y expotencias coloniales deben considerarse contrarios a la Carta e incompatibles con el principio de la igualdad de los Estados. El concepto de *jus cogens* también se aclaró en el proceso de codificación del artículo 41 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (véase A/56/10 y Corr.1) aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001¹².

¹¹ Hersch Lauterpacht, en su primer informe sobre el derecho de los tratados a la Comisión de Derecho Internacional, sugiere que las “normas de moralidad internacional convincentes” podrían constituir principios de política pública internacional que dejaran sin efecto los tratados. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1953*, vol. II. Véase también Michael Akehurst, que sostiene que la moral apunala el proceso mediante el cual las normas consuetudinarias adquieren un carácter perentorio. M. Akehurst, “The hierarchy of sources in international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 47, núm. 1 (1975), págs. 273, 283. Véase también Comisión de Derecho Internacional, acta resumida de la 683ª sesión (A/CN.4/SR.683) (1963), párr. 45; se puede consultar en http://legal.un.org/docs/?path=/.ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr683.pdf&lang=EFS. Alfred Verdross sostuvo la posición de que la “los más altos intereses de toda la comunidad internacional” son capaces de anular los “tratados inmorales” en violación de una norma obligatoria de derecho internacional general. Verdross, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Viena, 1926) Springer, págs. 21 ff. Véase también A. Verdross, “Jus dispositivum and jus cogens”, en *International Law in the Twentieth Century*, L. Gross, ed. (Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1969), págs. 222 y 223; Mosler, Hermann, *The International Society as a Legal Community* (Springer, 1980), pág. 142; R. Y. Jennings, “Nullity and effectiveness in International Law” en *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair* (Londres, 1965), págs. 64, 74; G. Hernandez, “A reluctant guardian: the International Court of Justice and the concept of ‘international community’”, *British Yearbook of International Law*, vol. 83, núm. 1 (2012), págs. 13 a 60.

¹² Tams, C. y colaboradores, eds., *Research Handbook on the Law of Treaties* (Elgar, 2014). Talmon, S., “The duty not to recognize as lawful a situation created by the illegal use of force

17. A la hora de abordar problemas macroeconómicos y violaciones de los derechos humanos resultantes de la usurpación de las funciones del Estado por empresas transnacionales, entran en juego los “principios generales del derecho” a que se hace referencia en el párrafo 1) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en particular el estoppel, *ex injuria jus non oritur*, la prohibición del abuso de derecho, un comportamiento *ultra vires* y la invalidez de los acuerdos *contra bonos mores*¹³. De hecho, todos los sistemas de justicia reconocen que hay ciertas leyes no escritas de la humanidad, como en *Antígona* de Sófocles, el verdadero espíritu de la ley (Montesquieu), esos valores inmanentes que preceden a la codificación de las normas. La experiencia adquirida en los acuerdos internacionales de inversiones ya existentes, en particular los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados, plantean múltiples cuestiones de abuso de los derechos. La esencia de la doctrina del abuso de los derechos se encuentra en el derecho romano, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, que estipula el ejercicio de los derechos individuales de tal manera que no perjudiquen a otros. Inherente a la doctrina jurídica es la noción de que, como todos los sujetos de derecho internacional pueden abusar de los derechos, los controles sobre el ejercicio de esos derechos deben establecerse como una cuestión de *ordre public*. Los tribunales judiciales y arbitrales deben respetar esos principios generales del derecho y el principio de la equidad reconocidos en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38 2)).

18. El derecho penal nacional e internacional, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional pueden ser pertinentes en el contexto de los delitos económicos, especialmente cuando las actividades económicas y financieras dan lugar a graves violaciones de los derechos humanos, en particular el desempleo masivo, el desplazamiento del sector agrícola, la destrucción de la seguridad alimentaria, o hasta la hambruna o incluso fraude alimentario, la devastación del medio ambiente, la contaminación del agua, la contaminación radiactiva que provoca la muerte por cáncer y otras complicaciones de salud, las deformaciones genéticas y la destrucción de los ecosistemas (ecocidio). Esas actividades son atentados contra la dignidad humana y crímenes de lesa humanidad justiciables en virtud del artículo 7 1) k) del Estatuto *juncto* el principio de derecho penal de imprudencia. Los autores pueden ser la industria farmacéutica; las empresas mineras, en particular las de extracción del oro y del uranio; las de petróleo y gas, la fracturación hidráulica y las empresas que agotan la capa de ozono. Esos delitos

or other serious breaches of a *jus cogens* obligación” in C. Tomuschat and J.-M. Thouvenin, eds., *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (Nijhoff, 2006).

¹³ Kiss, A., “Abuso de los derechos” en R. Wulfrum, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I (2006), págs. 20 a 26. M. Byers, “Abuse of rights: an old principle, a new age”, *McGill Law Journal*, vol. 47 (2002), págs. 389 a 431. Véase, por ejemplo, la referencia al abuso de los derechos en caso *Trail Smelter (Estados Unidos de América, Canadá)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pág. 1905 y en el artículo 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: “Los Estados Partes cumplirán de buena fe las obligaciones [...] de manera que no constituiría un abuso de derecho. “ Véase también Paul, V., “Abuse of rights and bona fides in international law” en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28 (1977), págs. 107-130; B. O. Iluyomade, “The scope and content of a complaint of abuse of right in international law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16 (1975), págs. 47 a 92.

deben estar sometidos a jurisdicción universal¹⁴. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 puede ser pertinente en lo que respecta a las actividades de las empresas, incluido el soborno de los funcionarios públicos. Hasta la fecha, los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados no han sido obligados a tener en cuenta esos tratados y han tendido a privilegiar los intereses económicos de los inversores frente a los imperativos de la protección de los derechos humanos y el medio ambiente.

19. Los tratados de derechos humanos, los principios generales del derecho, el derecho internacional consuetudinario, las declaraciones y las resoluciones constituyen una simbiosis de normas vinculantes y no vinculantes, un *ordre public* esencial para lograr un orden internacional democrático y equitativo. Junto con el *ordre public* nacional, este régimen jurídico prevalece sobre cualquier intento por parte de los inversores de subvertir el estado de derecho a través de los acuerdos internacionales de inversión que ponen en tela de juicio la salvaguardias democráticas de los órganos legislativos y judiciales nacionales.

20. Promover la estabilidad y la cooperación haciendo un llamamiento a los Estados a regular las actividades de los inversores y las empresas transnacionales registradas o que actúan en su jurisdicción y repeler la amenaza o el uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con la Carta, es compatible con el mandato de las Naciones Unidas.

IV. Solución de controversias entre inversores y Estados

21. La solución de controversias entre inversores y Estados es un mecanismo bastante reciente y arbitrario; es una forma privatizada de solucionar controversias que acompaña a muchos acuerdos internacionales de inversión. En lugar de litigar ante los tribunales locales o invocar la protección diplomática, los inversores recurren a tres árbitros que, en procedimientos confidenciales, deciden si sus derechos y la inversión han sido violados por un Estado. Los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados pueden entender en demandas de los inversores contra los Estados, pero no pueden hacerlo respecto de las demandas de los Estados contra los inversores, por ejemplo, cuando estos últimos violan leyes y reglamentos nacionales, contaminan el medio ambiente y el suministro de agua, introducen la utilización de organismos modificados genéticamente potencialmente peligrosos, etc. Un defecto de nacimiento de una solución de controversia entre inversores y Estados es su calidad de “caballo de Troya”: se introdujo en los acuerdos internacionales de inversión sin revelar plenamente su aplicación potencialmente invasivas, sin la participación de las principales partes interesadas en el momento de la elaboración y sin un referendo público, por lo que carece de legitimidad democrática. En vista de sus efectos, los Gobiernos tienen el deber de informar de manera proactiva a los usuarios. No hacerlo equivale a violar los artículos 19 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los textos de muchos acuerdos internacionales de inversión solo se han obtenido a través de demandas de libertad de información y de revelaciones de Wikileaks.

¹⁴ Pontell, H y G. Geis, eds., *White Collar and Corporate Crime* (Springer, 2007). Cf. Cesare Lombroso, “Delitti vecchi e delitti nuove”, 1902, que precede a *White Collar Crime* de Edwin Sutherland, 1949.

22. El *World Investment Report 2015* estudia la situación y presenta un menú de opciones. Una de las razones aducidas para establecer y mantener tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados es que abre un nuevo recurso jurídico y un sistema de ejecución más eficaz. Este argumento no aborda cuestiones como de si ese recurso es realmente necesario, si contribuye a una fragmentación del derecho internacional, si carece de coherencia en la jurisprudencia arbitral y de una falta general de previsibilidad, introduciendo un “efecto inhibitor” sobre la legítima reglamentación estatal en interés público. A veces, otro argumento a favor de la solución de controversias entre inversores y Estados es que evita los engorrosos trámites de la protección diplomática. Pero cabe preguntarse si es un argumento válido cuando se tienen en cuenta la Carta y el derecho internacional consuetudinario. La protección diplomática tiene una larga historia en las relaciones internacionales y ha demostrado ser un instrumento útil y con frecuencia efectivo para solucionar controversias, totalmente en el espíritu de los Artículos 1 y 2 de la Carta.

23. Hay múltiples razones para oponerse a la solución de controversias entre inversores y Estados sobre la base de las necesidades de una gobernanza democrática, la administración de justicia mediante tribunales transparentes y responsables, la doctrina de la soberanía del Estado y el derecho de los derechos humanos. Es difícil justificar que la solución de controversias entre inversores y Estados reconoce a los inversores extranjeros más derechos que a los inversores nacionales, con lo cual se establecen condiciones de competencia desigual. La falta de transparencia de los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados y las preocupaciones por la independencia y la imparcialidad de los árbitros son problemas fundamentales que no pueden ser resueltos “arreglando” los mecanismos existentes mediante el uso de filtros o limitando el acceso de los inversores, por ejemplo, reduciendo el alcance del tema. La solución de controversias entre inversores y Estados crea incentivos artificiales para acceder al arbitraje privatizado, lo que expone a los Estados receptores a considerables riesgos financieros y jurídicos. De hecho, tanto la remuneración de los árbitros como los honorarios de los abogados son desmesuradamente altos. Las sentencias que resuelven las controversias entre inversores y Estados han llevado a estos últimos a abandonar medidas para proteger la salud pública y a reducir las exigencias de las normas ambientales. La parálisis normativa derivada de la mera existencia de un sistema de solución de controversias entre inversores y Estados ha disuadido, y podría disuadir en el futuro a los Estados, de tomar medidas para respetar, proteger y cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos y, por lo tanto, tiene un efecto negativo en el orden internacional democrático y equitativo.

24. Lori Wallach, de la organización Public Citizen, ha demostrado la forma en que los tratados de inversiones “permiten a las empresas impugnar las normas de interés público fuera de los sistemas judiciales nacionales en tribunales en que tres abogados comerciales del sector privado operan en virtud de reglas mínimas o inexistentes sobre conflictos de intereses”. Ska Keller, Miembro del Parlamento Europeo en representación de los Verdes de la Unión Europea, escribió que “la adopción de decisiones en forma democrática está siendo eliminada por el arbitraje internacional. Los Estados acusados tienen solo dos opciones: o bien pueden proceder como otros y revocar las decisiones que han tomado, o pueden pagar enormes sumas en concepto de indemnización a los inversores”. Daniel J Ikenson, del Cato Institute llega a la conclusión de que “la solución de controversias entre

inversores y Estados da por tierra con el trato nacional del asunto, otorgando a las empresas extranjeras privilegios que no están a disposición para las empresas nacionales”¹⁵. Por cierto, la solución de controversias entre inversores y Estados plantea un desafío particular para el orden democrático, en particular cuando los Gobiernos que han sido elegidos democráticamente para llevar a cabo determinadas políticas sociales son demandados por los inversores precisamente en razón de esas políticas democráticamente escogidas.

25. Si bien los tribunales internacionales pueden y deben declarar inadmisibles los casos improcedentes de abuso del derecho a presentar comunicaciones (véase el artículo 3 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o de abuso de procedimiento, los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados rara vez lo hacen y aceptan los litigios improcedentes y vejatorios que ocasionan enormes gastos a las partes, lo cual es especialmente perjudicial para los países en desarrollo.

26. Según el *World Investment Report 2015* hay 608 casos conocidos de solución de controversias entre inversores y Estados en los que 99 Gobiernos han sido demandados en una o varias reclamaciones conocidas. Se sabe que en 2014, los inversores iniciaron 42 casos, 35 de los cuales fueron inversores de países desarrollados y 5 de inversores de países en desarrollo; en 2 casos, se desconoce la nacionalidad de los solicitantes. Desde el comienzo, los Estados de origen citados con más frecuencia fueron los Estados Unidos de América (129), los Países Bajos (67), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (51), Alemania (42) y Francia (36). Los Estados demandados con más frecuencia fueron la Argentina (56), Venezuela (36), la República Checa (29) y Egipto (24). La UNCTAD publica un gráfico que muestra los resultados de las decisiones sobre el fondo del asunto: en el 60% de los casos, la adjudicación era favorable al inversor y en el 40% al Estado. Cabe recordar que la solución de controversias entre inversores y Estados solo admite casos de inversores contra el Estado y no acepta demandas de los Estados contra los inversionistas. Por lo tanto, el 60% de los casos perdidos por los Estados tienen consecuencias perjudiciales y los miles de millones de dólares otorgados a los inversores son asumidos en última instancia por el público, lo que significa que hay mucho menos dinero disponible para educación, atención de la salud o infraestructura. Las estadísticas indican que aproximadamente el 64% de las adjudicaciones favoreció a empresas con más de 10.000 millones de dólares en ingresos anuales y el 29% a empresas con 1.000 y 10.000 millones de dólares en ingresos anuales, o a personas con un patrimonio neto de más de 100 millones de dólares, lo que indica que los principales beneficiarios de las transferencias financieras en las adjudicaciones favorecieron a megaempresas y particulares multimillonarios. La indemnización más grande, en los casos *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. la Federación de Rusia*, ascendió a más de 50.000 millones de dólares y los honorarios de los abogados a más de 60 millones de dólares. Otras adjudicaciones han afectado a países como el Ecuador, que en 2012 fue condenado a pagar la suma de 2,300 millones de dólares a Occidental Petroleum (véase el párr. 30 del presente documento).

27. Un informe a la Asamblea General es demasiado corto para establecer las incompatibilidades de derechos humanos del sistema de solución de controversias

¹⁵ http://csis.org/files/publication/141029_investor_state_dispute_settlement.pdf. Véase también <http://ttip2015.eu/blog-detail/blog/isds%20risks.html>.

entre inversores y Estados, pero se puede abordar un número reducido de problemas sintomáticos para los que no existe una “solución instantánea”. La lista *contra bonos mores* de adjudicaciones de solución de controversias entre inversores y Estados es larga. En el presente informe no se puede resumirlas, no solo debido a las limitaciones de espacio, sino de vértigo moral.

28. *Metalclad c. México*. Un caso con arreglo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se refería a una empresa de gestión de desechos, Metalclad, que presentó una demanda contra México alegando expropiación indirecta (E/CN.4/Sub.2/2003/9, párrs. 33). En 1993, Metalclad había comprado una empresa local de gestión de desechos con miras a construir y poner en funcionamiento un vertedero de desechos. El proyecto estaba sujeto a permisos en los planos municipal, estatal y federal de gobierno. Aunque el municipio anteriormente había denegado el permiso, Metalclad siguió adelante. Debido a las preocupaciones por el medio ambiente y la oposición de los habitantes locales, las autoridades municipales nunca expidieron los permisos. Por último, las autoridades estatales emitieron un decreto declarando que esa zona era una reserva natural, lo que obligó a dar por terminado el proyecto de gestión de desechos. El tribunal de solución de controversias llegó a la conclusión de que el Gobierno había adoptado una medida equivalente a la expropiación y ordenó a México a que pagara 16,7 millones de dólares en concepto de indemnización. México pidió la revisión de la decisión y el Gobierno del Canadá intervino en las actuaciones. Un magistrado del Tribunal Supremo de Columbia Británica llegó a la siguiente conclusión:

El Tribunal hizo una definición extremadamente amplia de expropiación a los fines del artículo 1110 [del Acuerdo]. Además de la noción de expropiación convencional que comprende el apoderamiento de bienes, el Tribunal sostuvo que la expropiación, en virtud del TLCAN, incluye la interferencia encubierta o incidental en la utilización de los bienes que tenga por efecto impedir al propietario, en todo o en gran medida, utilizar o razonablemente esperar obtener beneficios económicos del bien. Esta definición es suficientemente amplia como para abarcar una legítima la zonificación por un municipio u otra autoridad¹⁶.

29. En un estudio de la Sub-Comisión de promoción y protección de los derechos humanos realizado en 2003 se observó lo siguiente:

Esa amplia interpretación de las disposiciones de expropiación puede tener consecuencias directas para los reglamentos destinados a promover y proteger los derechos humanos ... la actuación del Gobierno en relación con los productos químicos y los desechos tóxicos tiene efectos en relación con el disfrute de los derechos humanos, como el derecho a la salud o el derecho al agua ... Un comentarista ha sugerido que una interpretación amplia de las disposiciones sobre expropiación podrían invertir el significado del principio esencial de la política ambiental de que los contaminadores deben sufragar el

¹⁶ *Los Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad Corporation*, Tribunal Supremo de British Columbia, Reasons for judgement of the Honourable Mr. Justice Tyson, 22 de mayo de 2001, párr. (99).

costo de la contaminación, en lugar de recibir una indemnización por no contaminar (E/CN.4/Sub.2/2003/9, párr. 35¹⁷).

30. *Occidental Petroleum c. Ecuador*. El 5 de octubre de 2012, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones determinó, en una decisión no unánime, que Ecuador había incumplido un tratado bilateral de inversiones entre los Estados Unidos y el Ecuador y otorgó una indemnización por daños y perjuicios por valor de 2.300 millones de dólares, la indemnización de monto más grande adjudicada por un tribunal de ese tipo. El laudo pone de manifiesto el gran poder que ejercen los tribunales y plantea cuestiones normativas importantes sobre el Centro Internacional¹⁸. Aunque el Tribunal llegó a la conclusión de que Occidental había vendido ilícitamente el 40% de sus derechos de producción a otra empresa, sin autorización del Gobierno, a pesar de una disposición específica del contrato de concesión, en la que se indicaba que la venta de derechos de producción sin aprobación previa del Gobierno constituiría una violación sustancial del contrato, y pese a que el contrato hacía cumplir expresamente la ley de hidrocarburos del Ecuador, que protege la prerrogativa del Gobierno de investigar a las empresas que producen petróleo en regiones ambientalmente sensibles del Amazonas, dos de los tres árbitros decidieron dejar de lado la preocupación del Ecuador por el incumplimiento del contrato en que había incurrido Occidental y falló a favor de la empresa transnacional, aplicando un argumento de proporcionalidad abstruso. El árbitro disidente expresó su total desacuerdo con la sentencia¹⁹. Ecuador presentó subsiguientemente una solicitud de anulación del laudo; la decisión está pendiente.

31. *Renco c. Perú*. El Grupo Renco utiliza actualmente el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados para evadir la acción de la justicia por causar contaminación masiva en La Oroya (Perú), donde su filial, Doe Run no ha cumplido sus compromisos para limitar las emisiones y limpiar la contaminación, que es grave. Perú dio a Doe Run dos prórrogas para detener la contaminación. Cuando el Gobierno se negó a conceder una tercera prórroga para que la empresa cumpliera el compromiso asumido en 1997 de instalar dispositivos de reducción de la contaminación y asumir su responsabilidad en los daños a la salud ya causados, Renco utilizó la táctica de la solución de controversias para ejercer presión sobre el Gobierno a fin de poder reabrir su fundición sin la instalación de dispositivos de captura de la contaminación. La solución de controversias entre inversores y Estados, por lo tanto, ha sido utilizada en el Perú para evadir la acción de la justicia. Mientras tanto, en los Estados Unidos, a partir de octubre de 1997, se presentaron en los tribunales estatales de Missouri 11 acciones judiciales por lesiones personales contra Renco y Doe Run en nombre de los 162 niños enfermos de Oroyan. Las

¹⁷ En referencia a *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights* (Winnipeg (Canadá), Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible y World Wildlife Fund, 2001), pág. 33. Véase también <https://gusvanharten.files.wordpress.com/2015/05/appendix-c-opinion-articles-of-g-camioneta-harten.pdf>.

¹⁸ <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>.

¹⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Occidental Petroleum Corporation c. Ecuador* (caso núm. ARB/06/11), laudo, 5 de octubre de 2012, párr. 527.

actuaciones judiciales en los casos se han detenido a la espera del resultado del laudo arbitral de solución de controversias entre inversores y Estados²⁰.

32. *Chevron c. Ecuador*. Uno de los casos más problemáticos desde el punto de vista de la conducta *contra bonos mores* y el abuso de los derechos por parte de los demandantes en las controversias entre inversores y Estados es *Chevron c. Ecuador*. El caso se inició con una serie de actuaciones judiciales en virtud de la legislación ecuatoriana contra Texaco (nombre anterior de la empresa), a causa de los daños ambientales causados por las operaciones de Texaco en la región amazónica. En una prístina pluviselva, Texaco perforó 350 pozos de petróleo y, al abandonar el Ecuador, dejó casi un millar de pozos al aire libre no recubiertos, llenos de desechos tóxicos y lodos de crudo. Los pozos posteriormente se escurrieron a la capa freática, contaminando ríos y arroyos de los que dependen decenas de miles de personas para beber, cocinar, para la higiene personal, para la pesca. Chevron también está acusado de verter en los ríos más de 18 mil millones de galones de desechos tóxicos de las aguas residuales, un subproducto del proceso de perforación. En el momento de mayor número de operaciones, la empresa vertía 4 millones de galones por día, una práctica prohibida en los principales Estados productores de petróleo de los Estados Unidos decenios antes de que la empresa iniciara en 1967 sus operaciones en el Ecuador. Al disponer de sus desechos tóxicos en el Ecuador en formas que eran ilícitas en su país de origen, Texaco ahorró unos 3 dólares por barril de petróleo producido. En la Amazonía ecuatoriana se produjo una crisis de salud pública de inmensas proporciones, cuya causa fundamental fue la enorme contaminación por petróleo durante 40 años de operaciones de perforación. La contaminación ha contribuido a distintos tipos de cáncer, defectos de nacimiento, abortos espontáneos y otras enfermedades. En 2011, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador condenó a Chevron a pagar 9.500 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios. Chevron se negó a pagar y en cambio presentó una demanda contra el Ecuador en virtud del Tratado bilateral de inversión entre los Estados Unidos y el Ecuador (véase A/HRC/21/47 y A/HRC/24/41) por pérdida de ganancias. El caso se ha prolongado durante varios años y los honorarios de los abogados ya ascienden a millones de dólares.

33. Mientras tanto, la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya falló a favor del Ecuador, que procuró continuar sus reclamaciones por daños causados al medio ambiente contra esa empresa a pesar de que el caso se había solucionado; sin embargo, nadie sabe cómo terminará el caso²¹.

34. *Vattenfall c. Alemania*. El proveedor de energía sueco Vattenfall presentó una demanda de solución de controversias entre inversores y Estados contra Alemania en mayo de 2012, en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía exigiendo, según se ha informado, unos 5.000 millones de dólares por la decisión de Alemania de eliminar gradualmente la energía nuclear, una decisión adoptada en respuesta a una difundida oposición del público alemán a la generación de energía nuclear a raíz del desastre ocurrido en 2011 en Fukushima (Japón). El Parlamento alemán enmendó la Ley de Energía Atómica para volver al plan de 2010 de ampliar la vida

²⁰ www.italaw.com/cases/906.

<https://systemicdisorder.wordpress.com/tag/trans-pacific-partnership/>.

²¹ <http://business-humanrights.org/en/hague-tribunal-rules-for-ecuador-in-investment-arbitration-with-chevron-govt%E2%80%99s-settlement-with-firm-did-not-preclude-oil-pollution-case-by-ecuadorian-plaintiffs>.

útil de las centrales nucleares y abandonar el uso de la energía nuclear para el año 2022. Vattenfall sostiene que el cambio de política de Alemania incumple sus obligaciones frente a los inversores extranjeros en relación con el Tratado sobre la Carta de la Energía. Aunque Alemania objetó la afirmación de Vattenfall de que “manifiestamente carece de fondo”, la solución de controversias entre inversores y Estados decidió en 2013 permitir que la demanda siguiera adelante²².

35. *Philip Morris c. Uruguay*. La OMS ha formulado repetidas advertencias sobre los peligros para la salud mundial que plantea el consumo de tabaco y 180 Estados se han adherido al Convenio Marco para el Control del Tabaco. Se calcula que el 70% de los 8,4 millones de muertes atribuibles al tabaco en 2020 se producirá en los países en desarrollo. Un país que ha tomado en serio la Convención Marco de las Naciones Unidas es el Uruguay. En un enfrentamiento entre Goliat y David, el gigante tabacalero Philip Morris ha interpuesto una demanda contra el Uruguay por sus regulaciones contra el tabaco. El producto interno bruto (PIB) de Uruguay en 2013 fue de unos 55.700 millones de dólares, mientras que el mismo año los ingresos de Philip Morris ascendieron a 80.200 millones de dólares. Philip Morris demanda a Uruguay por 25 millones de dólares en concepto de indemnización. De ganar Philip Morris, es probable que se pusiera en grave peligro la campaña de la OMS contra el tabaco²³. Se espera una decisión del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas Inversiones a más tardar en 2015.

36. *Philip Morris c. Australia*²⁴. Este caso es similar en cuanto al fondo, pero desde el punto de vista del procedimiento demuestra el abuso de los derechos que prevalece en el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados. Para entablar una acción contra Australia, Philip Morris ha establecido una empresa “buzón” o “ficticia” en Hong Kong, a fin de aprovechar las ventajas del tratado bilateral de inversión entre Hong Kong y Australia²⁵.

37. *Vodafone c. la India*²⁶. Utilizando su filial de los Países Bajos en la India, Vodafone ha interpuesto una demanda por valor de 2.200 millones de dólares en relación con el gravamen impuesto por la India a las actividades de Vodafone proveniente de una operación llevada a cabo en un paraíso fiscal (Islas Caimán), aunque todos los bienes están en la India. El caso que se plantea es si un Estado puede adoptar legislación para poner fin a la elusión tributaria, por ejemplo, mediante la regla general de lucha contra la evasión, de la Ley de finanzas de 2012.

²² www.isdscorporateattacks.org/#!energy/cqoo.

²³ www.who.int/fctc/signatories_parties/en/. www.triplepundit.com/2015/04/philip-morris-vs-uruguay-lawsuit-a-threat-to-smoking-restrictions-worldwide/. www.italaw.com/cases/460.

²⁴ *Philip Morris Asia Limited c. The Commonwealth of Australia*, Order of the Court of Australia (Tobacco Plain Packaging Act). www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1103.pdf.

www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging.

²⁵ www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_en.pdf.

²⁶ www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB3_India's-Experience-with-BITs_ENdf.

A. Conflictos con la legislación regional, las decisiones de los tribunales de derechos humanos y la separación constitucional de poderes

38. El conflicto entre las decisiones del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados y el Derecho de la Unión Europea ha dado lugar a incertidumbre jurídica y obligaciones contrapuestas de los Estados Miembros. El caso *Micula c. Rumania* se refería a una empresa sueca que habían invertido en Rumania, antes de que el país se adhiriera a la Unión Europea. La empresa había aprovechado los incentivos ofrecidos por el Gobierno de Rumania. Sin embargo, para cumplir las normas sobre la ayuda estatal cuando se adhirió a la Unión Europea, Rumania suspendió su programa de incentivos. Micula demandó a Rumania en virtud del tratado bilateral de inversión entre Rumania y Suecia. El laudo del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados concedió a Micula 250 millones de dólares por violación del acuerdo de inversión. En 2014, la Unión Europea aplicó una medida cautelar a Rumania ordenándole provisionalmente no pagar la indemnización, ya que hacerlo sería contrario a la legislación europea. Esta situación ilustra el riesgo en que incurren los Estados Miembros cuando armonizan la legislación con las normas de la Unión Europea²⁷.

39. En el caso de la mina Marlin, explotada por la empresa Goldcorp en Guatemala, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que las actividades relativas a la mina debían suspenderse debido a los peligros para la salud que planteaba su explotación. Sometida a una presión considerable, sin embargo, la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue retirada, aunque el caso sigue a consideración de la Corte sobre la base de la incapacidad de garantizar la falta de consentimiento libre, previo e informado²⁸. En el caso de la mina Mayoc, en el Perú, el Tribunal declaró admisible el caso, pero no ordenó la suspensión de las operaciones, a pesar de los peligros para la salud de las comunidades indígenas de la región²⁹. En otros casos relativos a la minería, se utilizaron fuerzas militares para reprimir protestas públicas, en su mayor parte contra las poblaciones indígenas locales.

40. En el litigio en curso *Chevron c. Ecuador*, los árbitros del sistema de solución de controversias entre el inversor y el Estado ordenaron repetidas veces al poder ejecutivo del Ecuador que prohibiera la aplicación de las decisiones de las más altas instancias judiciales del país. Ello equivale a dismantelar los controles y constituye una violación del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si algo es *contra bonos mores* es este ataque contra el estado de derecho y contra la separación constitucional de poderes.

²⁷ www.beuc.eu/blog/the-micula-case-when-isds-messes-with-eu-law/.

²⁸ <https://intercontinentalcry.org/Comisión-Interamericana-de-Derechos-Humanos-gives-in-to-pressure-from-guatemala/>; www.oas.org/en/iachr/autóctono/protección/precautionary.asp; http://en.centralamericadata.com/en/article/home/Temporary_Closure_of_Marlin_Mine_Ordered_in_Guatemala. http://en.centralamericadata.com/en/search?q1=content_en_le:%22Inter-American+Commission+on+Human+Rights+%28IACHR%29%22.

²⁹ www1.umn.edu/humanrts/cases/69-04.html.

B. Efecto inhibitor

41. En su informe de 2014 a la Asamblea General (A/69/299), el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental observó que los Estados son vulnerables a los procedimientos de solución de controversias cuando dan prioridad a las obligaciones que les incumben en virtud de tratados de derechos humanos y, por lo tanto, violan sus obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo internacional de inversión. Esto sucedió cuando Ethyl Corporation presentó una demanda contra una decisión de salud pública hecha por el Gobierno del Canadá de imponer una prohibición de comercializar un aditivo de la gasolina producido por la empresa³⁰. El Canadá decidió aceptar la demanda debido a los altos costos del arbitraje y el peligro de un laudo adverso. Esto pone de manifiesto la forma en que la mera existencia de un sistema de solución de controversias entre inversores y Estados puede crear un efecto inhibitor en los Estados y disuadirlos de cumplir sus obligaciones con respecto al derecho a la salud³¹. Esas controversias pueden también agotar los recursos de los Estados y perjudicar su capacidad para realizar progresivamente los aspectos que dependen de los recursos del derecho a la salud. Los acuerdos de inversión internacionales se tratan como un código jurídico independiente y a menudo no contienen referencias al derecho a la salud, contraviniendo de esta forma el *ordre public*. Sin embargo, deben interpretarse de un modo que no entre en conflicto con la normativa de derechos humanos porque el objetivo de los tratados de inversión destinados a estimular el desarrollo y las normas de derechos humanos es beneficiar a las personas (A/69/299, párrs. 45 y 55).

42. En el estudio de 2003 de la Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos a que se hace referencia más arriba se ha señalado el abuso de los derechos perpetrado por los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados (E/CN.4/Sub.2/2003/9, párr. 32). Ese informe contiene muchos ejemplos del efecto disuasivo, incluida la desmesurada demanda interpuesta por Ethyl Corporation contra el Canadá, para ilustrar el modo en que se desperdician recursos del Gobierno en litigios y la forma en que las medidas legítimas adoptadas por los Estados se han visto frustradas por la solución de controversias entre inversores y Estados³².

43. En el caso *Philip Morris c. Uruguay*, es probable que este último se hubiera rendido. Ante la posibilidad de pagar a los abogados contratados 1.500 dólares por hora durante varios años, el Presidente José Mujica casi resolvió la demanda y solo decidió defender el derecho después de que el exPresidente Vázquez expresó su protesta y Michael Bloomberg, el exalcalde de la ciudad de Nueva York, decidió ayudar a financiar el equipo de la defensa³³. Esto justifica el establecimiento de un fondo internacional para la defensa en casos de solución de controversias entre

³⁰ *Ethyl Corporation c. Canadá*, laudo sobre la jurisdicción, dictamen de 24 de junio de 1998.

³¹ Gantz, D., "The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 4 (2003), pág. 684.

³² El caso de la Ethyl Corporation (1996-1998) se examina en *Private Rights, Public Problems*, págs. 71 y 72.

³³ Stumberg, R., "Safeguards for tobacco control: options for the TPPA", *American Journal of Law and Medicine*, vol. 39, núms. 2 and 3 (2013), págs. 382 a 441. TPPA son las siglas del Trans-Pacific Partnership Agreement (Acuerdo de Asociación Transpacífico).

inversores y Estados, siguiendo el modelo del fondo fiduciario de expertos técnicos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la solución de controversias³⁴.

44. Se dijo que la mera amenaza de un caso de solución de controversias entre inversores y Estados hizo que el Canadá no prohibiera las palabras “light” y “mild” en su legislación de lucha contra el tabaco³⁵.

45. La regulación ambiental también ha sido objeto de ataques en el Canadá, como informó un ex funcionario del Gobierno: “he visto las cartas de bufetes de abogados de Nueva York y Washington D.C. dirigidas al Gobierno del Canadá sobre prácticamente todos los nuevos reglamentos ambientales [...], prácticamente se atacaba a todas las iniciativas y la mayoría de ellas nunca vio la luz del día”³⁶.

46. Las amenazas de costosas demandas contra los gobiernos son cada vez más frecuentes que las propias demandas. De esta forma, el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados ha cambiado de un escudo de protección contra el comportamiento presuntamente injusto de los Estados a un arma táctica para demorar, debilitar y e impedir una regulación. Bufetes de abogados especializados alientan a sus clientes multinacionales a atemorizar a los gobiernos hasta la sumisión: “es un instrumento de presión que permite decir, ‘Muy bien, si hacen eso los demandaremos por daños y perjuicios’. En ciertos casos, hasta modifica el comportamiento”³⁷.

C. Dudosa imparcialidad de los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados

47. Críticos de este sistema de solución de controversias han señalado que muchos de los árbitros y las empresas tienen “relaciones demasiado cercanas”. Un ejemplo patente de las deficiencias del procedimiento de anulación por conflicto de intereses es el de *Vivendi c. Argentina*³⁸.

48. Argentina afirmó que uno de los árbitros, Gabrielle Kaufmann-Kohler, era miembro de la Junta de Directores y miembro de la Comisión la Responsabilidad Corporativa del banco suizo UBS, que era el principal accionista de Vivendi. Argentina alegó además que la Sra. Kaufmann-Kohler, fue parcialmente remunerada con acciones de UBS. Si bien la Argentina reconoció que toda cuestión relacionada con la capacidad de un árbitro debería plantearse sin demora durante el procedimiento de arbitraje, en este caso no fue posible hacerlo porque la Argentina solo se enteró de los hechos y circunstancias que afectaban a su capacidad para actuar como árbitro en noviembre de 2007, después del laudo arbitral de 20 de agosto de 2007. Si bien el Comité de examen criticó la sentencia del árbitro y estuvo de acuerdo con la Argentina en que el tribunal no se había constituido adecuadamente y se podía hacer lugar a esa anulación con arreglo al artículo 52 1) a) del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y

³⁴ www.acwl.ch/e/disputes/tech_exp_fund.html.

³⁵ www.citizen.org/documents/NAFTAREport_Final.pdf.

³⁶ <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade>.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ www.italaw.com/documents/VivendiSecondAnnulmentDecision.pdf.

nacionales de otros Estados, decidió no anular el laudo sosteniendo que: a) en realidad no se había perjudicado realmente la posibilidad de que el árbitro emitiera un juicio independiente; b) que sería injusto negar a los demandantes el beneficio de la adjudicación debido a fallas del árbitro; y c) la larga duración del procedimiento debía “llegar a un punto final”. Este caso, adjudicado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, demuestra que las normas del Centro Internacional son insuficientes para tratar los conflictos de intereses.

49. Con arreglo al actual procedimiento de anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, no pueden revocarse las adjudicaciones arbitrales, incluso las infundadas. No se permite un examen del fondo de la cuestión; el examen se limita a los motivos, como la constitución irregular o la corrupción del tribunal arbitral, una grave desviación de una norma fundamental de procedimiento, el no poder exponer los motivos para la adjudicación o un abuso manifiesto del poder. Por lo tanto, el comité de anulación del Centro Internacional puede ser incapaz de anular o corregir un laudo aun después de haber determinado “errores manifiestos”³⁹.

50. Para combatir el uso indebido del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, los tribunales nacionales deberían denegar la ejecución de las sentencias cuando esa ejecución pueda ser contraria al orden público de sus respectivos países. Esta “excepción de política pública” relativa a la ejecución de laudos arbitrales se encuentra en el artículo V 2) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958 (Convención de Nueva York) y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁴⁰. Se deben activar las normas y códigos de conducta contra todo abuso en la solución de controversias entre inversores y Estados para eliminar la impunidad de que disfrutaba hasta ahora el sistema de solución de controversias⁴¹. Abogados que se determine que se han beneficiado directa o indirectamente de los laudos emitidos, por ejemplo, cuando posteriormente son contratados por los inversionistas que representan, deben ser investigados y, si fuera necesario, suspendidos. Las investigaciones por supuestas violaciones de la conducta ética deben realizarse sistemáticamente en los bufetes de abogados y los árbitros con arreglo a normas establecidas sobre conflictos de intereses y conspiración.

51. Los acuerdos internacionales de inversión indudablemente se deben revisar a fin de que sean compatibles con el derecho internacional moderno, en particular el que reconoce la primacía de la Carta de las Naciones Unidas de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 103. La conclusión ineludible es que, si bien los acuerdos internacionales de inversión pueden modificarse de manera que puedan promover los derechos humanos y el desarrollo sostenible, los sistemas de solución de controversias entre inversores y Estados y los tribunales arbitrales son deficientes y

³⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, pág. 180.

⁴⁰ Ma, Winnie, “Public policy in the judicial enforcement of arbitral awards”, tesis doctoral en ciencias jurídicas, Bond University (Australia), 2005.

⁴¹ Olivet, C., y P. Eberhardt, *Profiting from Crisis: How Corporations and Lawyers are Scavenging Profits from Europe's Crisis Countries* (Amsterdam/Bruselas, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, 2014. Véase también www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy.

desde el punto de vista conceptual y ontológico no superan la prueba de la compatibilidad con la Carta y las normas de derechos humanos. Las lecciones aprendidas en los últimos decenios indican que las “buenas prácticas” en la solución de controversias entre inversores y Estados son escasas y que el daño causado por este sistema justifica su abolición. Otra cuestión que se plantea en relación con la responsabilidad penal de los inversores y las empresas transnacionales cuando sus actividades causan un grave daño al medio ambiente, contaminan el abastecimiento de agua, ponen en peligro la salud pública, destruyen la seguridad alimentaria o dan lugar a traslados en masa de poblaciones, por ejemplo, en relación con el desarrollo de proyectos de grandes proporciones, a veces acompañados de violencia y muerte. Está emergiendo gradualmente un derecho penal internacional en esta esfera⁴². Hasta ahora, el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados parecía supuestamente inmune a esas consideraciones.

52. El argumento más fundamental contra la solución de controversias entre inversores y Estados es que socava el estado de derecho tan laboriosamente construido a lo largo de los dos últimos siglos tratando de privatizar la justicia. El establecimiento de un sistema paralelo de solución de controversias, que no es transparente, responsable, o incluso independiente, no puede tolerarse. Por otra parte, no se perjudica a los inversores, ya que tienen opciones de recurso válidas y siempre pueden contar con el funcionamiento de la administración interna de justicia y/o la protección diplomática.

V. Perspectivas

53. “En casos de inversiones, el arbitraje, tal como está constituido actualmente no es un método justo, independiente y equilibrado para la solución de controversias entre naciones soberanas e inversores privados.”⁴³

54. En la “lista de medidas para la acción” de la UNCTAD expuesta en el *World Investment Report 2015* se presentan varias opciones de reforma, pero no llega a recomendar la abolición de la solución de controversias entre inversores y Estados. El Experto Independiente cree firmemente que el mantenimiento de la solución de controversias entre inversores y Estados no es una opción y se llega a la conclusión

⁴² www.chathamhouse.org/event/corporate-responsibility-international-crimes. [Www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_publication_docs/INTA91_1_03_Ainley.pdf](http://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_publication_docs/INTA91_1_03_Ainley.pdf). En una importante conferencia que se celebró en el Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Jaén (España), del 20 al 24 de julio de 2015 sobre las cuestiones de los delitos económicos y la jurisdicción universal, se realizó una mesa redonda titulada “Delitos económicos y financieros”, moderada por el Juez Baltasar Garzón y la Profesora Carmen Márquez; los participantes estuvieron de acuerdo en que algunos delitos económicos tienen consecuencias tales que se justifica su elevación a la jurisdicción universal. Véase también Wells, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2002). Kaplan, L., “Some reflections on corporate criminal responsibility”; exposición ante el Colegio de Abogados del Estado de Nueva York, 24 de enero de 2007. Madrid Principles on Universal Jurisdiction; se puede consultar en <https://ujprinciples.wordpress.com/principles/>.

⁴³ En http://works.bepress.com/matthew_rimmer/178/; reflejado en una carta abierta firmada por 100 profesores eminentes, jueces y abogados de los países miembros de la Trans-Pacific Partnership, incluida la Magistrada Elizabeth Evatt, exmiembro del Comité de Derechos Humanos. En que se insta a rechazar la solución de controversias entre inversores y Estados. Puede consultarse en <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>.

de que debería abolirse por ser un sistema fundamentalmente erróneo que tiene consecuencias negativas sobre los derechos humanos y porque su operación ha alterado el orden internacional al debilitar a los Estados, inmiscuirse en su espacio normativo y agravar la desigualdad y la falta de equidad en el mundo. Un historial de abusos por los árbitros y las prácticas interpretativas más allá de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados vicia el sistema. A pesar de las reiteradas conclusiones de los órganos de las Naciones Unidas, incluido el informe de 2003 de la Subcomisión y los informes de varios titulares de mandatos de los procedimientos especiales, se han mantenido sin efecto y los árbitros han seguido su práctica de aplicar amplias interpretaciones y hacer caso omiso de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos⁴⁴. Sobre la base de la doctrina del abuso de los derechos y la prohibición de los acuerdos *contra bonos mores*, la solución de controversias entre inversores y Estados debería abolirse junto con las “cláusulas de supervivencia” que permiten la continuación de la aplicación de los tratados después de su terminación. Esto puede hacerse de conformidad con la doctrina de la separación sin abandonar la totalidad de los acuerdos internacionales de inversión.

55. La solución de controversias entre inversores y Estados se podría reemplazar por cualquiera de las siguientes opciones, o una combinación de ellas:

a) La creación de un tribunal internacional de inversiones en que los jueces estuvieran obligados no solo a tener en cuenta sino a dar prioridad a la Carta y los tratados básicos de derechos humanos de las Naciones Unidas; un tribunal que tendría competencia profesional para examinar demandas iniciadas por inversores contra Estados y por éstos contra inversores y que permitiera reclamaciones mutuas. Un tribunal internacional permanente de inversiones, que reemplazaría el sistema de tribunales arbitrales especiales múltiples con una estructura institucional única. El tribunal se establecería por tratado y podría tener alguna relación institucional con las Naciones Unidas, como el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y la Corte Penal Internacional. El tribunal podría también ser incorporado al sistema de las Naciones Unidas de conformidad con los Artículos 57 y 63 de la Carta como, por ejemplo, un tribunal mundial que todavía no se ha creado sobre derechos humanos o un tribunal mundial sobre el medio ambiente. Los magistrados serían designados o elegidos por los Estados sobre una base permanente. Sumamente importante sería que el tribunal internacional de inversiones tuviera una Sala de Apelaciones;

b) Un mecanismo para el arreglo de controversias similar al de la OMC. En virtud de este procedimiento, el Estado receptor podría, a su discreción, decidir si presentaría una demanda y los Estados determinarían qué tribunal entendería del caso, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia o tribunales especiales con salas de apelaciones;

c) Dependencia exclusiva de la solución nacional de las controversias. Esta opción eliminaría el derecho de los inversores de iniciar demandas con Estados receptores en tribunales internacionales y los orientaría hacia la jurisdicción de los

⁴⁴ A/69/299, A/HRC/19/59/Add.5, A/HRC/25/57 y los próximos informes del experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, y del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas a la Asamblea General en su actual período de sesiones.

Estados en que operan y obtienen una ganancia. Esta es la esencia de la doctrina Calvo⁴⁵.

56. El Experto Independiente hace suyas las conclusiones del Relator Especial sobre el derecho a la salud que figura en su informe anterior a la Asamblea General, y en particular su conclusión de que si bien los acuerdos internacionales de inversión pueden contribuir al desarrollo económico de un país, los Estados deben velar por que la protección de los derechos humanos, incluido el derecho a la salud, se incorpore en esos acuerdos:

... Los derechos humanos deben respetarse, protegerse y hacerse efectivos en todo momento, y deben ser la principal preocupación en todas las actividades de los Estados. Por lo tanto, los acuerdos de inversión internacionales deben prever de manera expresa las obligaciones de derechos humanos de los Estados, que deben poder derogar los derechos de los inversores en casos concretos.

La capacidad de las personas para disfrutar de su derecho a la salud no puede estar sujeta a los derechos contractuales de los inversores, ya que el derecho a la salud es fundamental para la dignidad de las personas (A/69/299, párrs. 57 y 58).

57. El Experto Independiente hace suya la conclusión del Relator Especial de que:

La magnitud de las violaciones cometidas por las empresas transnacionales y la facilidad con la que pueden evadir la responsabilidad por estas violaciones hacen que sea necesario un mecanismo internacional para hacer rendir cuentas a las empresas transnacionales por los abusos de los derechos humanos. Este mecanismo debe complementar las leyes internas y no reducir la importancia del derecho interno. Por tanto, el mecanismo debe permitir a los Estados y las personas hacer rendir cuentas a las sociedades transnacionales por sus violaciones de los derechos humano (*ibid.*, párr. 38).

58. El Experto Independiente concluye que la abolición de solución de controversias entre inversores y Estados no constituye una injusticia contra los inversores, que todavía puede valerse de los tribunales nacionales o del mecanismo ya probado de la protección diplomática. Además, el Banco Mundial ofrece seguros contra riesgos, y ello debe tenerse en cuenta como un costo normal de los negocios. A pesar de la imposición de algunos límites necesarios a los dogmas híbridos del fundamentalismo de mercado y a la doxología del libre comercio, los inversores continuarán obteniendo buenas ganancias y, precisamente en virtud de la aceptación de los principios de transparencia, rendición de cuentas y otras normas razonables orientadas al público que garanticen la continuidad de un sistema de libre mercado saludable acompañado por el desarrollo sostenible.

⁴⁵ P. Juillard, "doctrina Calvo/cláusula Calvo", en Wolfrum, págs. 1086-1093 (2012). Véase también Comisión de Derecho Internacional, "Third report on diplomatic protection, por John Dugard, Relator Especial" (2002) (A/CN.4/523/Add.1); Dalrymple, C., "Politics and foreign direct investment: the Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause", *Cornell International Law Journal*, vol. 29 ,núm. 1 (1996), págs. 1161 a 1189.

VI. Recomendaciones

59. A la luz de los obstáculos a un orden internacional democrático y equitativo que se han señalado anteriormente, el Experto Independiente se refiere al Plan de acción que formuló en su informe al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/30/44, secc. VII) y ofrece otras recomendaciones.

A. A los Estados

60. Los Estados deben abolir el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados y reemplazarlo con un tribunal internacional en materia de inversiones, la solución de controversias ante la Corte Internacional de Justicia o tribunales nacionales obligados por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

61. Los Estados deben tratar de modificar o terminar los acuerdos internacionales de inversiones ya existentes y abstenerse de concertar acuerdos con disposiciones de arreglo de controversias entre el inversor y el Estado. Antes de entrar en cualesquiera nuevos acuerdos internacionales de inversión, los Estados deben velar por que *a priori* se realicen evaluaciones de los derechos humanos, la salud y el impacto ambiental. Se debe prever la realización de evaluaciones *ex post*.

62. Los Estados deberían utilizar el derecho nacional e internacional, incluido el derecho penal, para reprimir los delitos económicos y financieros y la especulación bancaria, aplicar y fortalecer el principio de precaución en la protección de la salud y el medio ambiente, y velar por la rigurosa observancia de las normas ambientales y de salud.

63. Los Estados deberían imponer sanciones penales a los delitos de guante blanco y la corrupción. Deberían también ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

64. Los Estados deben concertar y aprobar una convención jurídicamente vinculante que abarque la responsabilidad social empresarial y fortalezca la aplicación de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

65. Hasta que se elimine el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, estos últimos deberían establecer un Fondo para la defensa de casos de solución de controversias entre inversores y Estados siguiendo el modelo del Centro de Asesoramiento de la OMC sobre las normas de la OMC.

B. A la Asamblea General

66. La Asamblea General podría considerar la posibilidad de invitar a la UNCTAD a que convocara una conferencia para revisar o dar por terminado los acuerdos internacionales de inversión que han dado lugar a violaciones de los derechos humanos.

67. La Asamblea General podría considerar la posibilidad de encomendar al Consejo de Derechos Humanos un mandato específico con respecto a la vigilancia periódica de los efectos negativos del régimen de inversiones internacionales sobre el disfrute de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, por ejemplo, ampliando el alcance del examen en el marco del examen periódico universal.

68. La Asamblea General podría considerar la forma de poner en práctica la iniciativa de la OIT y el Banco Mundial para la protección social universal y garantizarle una adecuada financiación⁴⁶.

69. La Asamblea General podría considerar la posibilidad de establecer una comisión encargada de supervisar los efectos de las sentencias arbitrales sobre la obligación primordial de los Estados de promover y proteger los derechos humanos.

70. Habida cuenta de que la Corte Internacional de Justicia, como órgano judicial superior de las Naciones Unidas puede emitir una declaración jurídica de gran peso sobre los acuerdos internacionales de inversión, incluida la solución de controversias entre inversores y Estados, la Asamblea General podría, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 96 de la Carta, solicitar una opinión consultiva sobre:

a) Las consecuencias jurídicas de la prelación de la Carta sobre todos los demás tratados, de conformidad con su Artículo 103, en particular en lo que respecta a los acuerdos internacionales de inversión y las adjudicaciones de la solución de controversias entre inversores y Estados;

b) La prelación del régimen internacional de derechos humanos, incluidos los pactos internacionales, así como los convenios y convenciones de la FAO, la OIT, el UNICEF y la OMS, en caso de conflicto entre las obligaciones que le incumben en virtud de los acuerdos de comercio e inversión;

c) La aplicación de las normas del derecho internacional consuetudinario a los agentes no estatales, en particular el respeto de la soberanía y la independencia de los Estados y la prohibición de interferir en asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados;

d) La responsabilidad de un Estado de origen o receptor de las acciones de las empresas transnacionales registradas o que operan en su territorio;

e) El alcance de la soberanía del Estado y la obligación ontológica de todo Estado de legislar y regular para el bienestar de la población, en particular la obligación de los Estados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos de no retroceder en la protección de los derechos humanos y no permitir que agentes externos impongan sus políticas fiscales, presupuestarias, sociales, laborales, de salud, educación o ambientales;

f) La aplicación del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a los acuerdos de inversión que contienen disposiciones *contra bonos mores* ni infringir el *jus cogen*;

⁴⁶ www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_378984/lang--en/index.htm.

g) La condición jurídica de los sistemas de justicia privatizados que no son transparentes, no rinden cuentas y no están sujetos a apelación, especialmente a la luz del artículo 14 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la compatibilidad de los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados con el principio del estado de derecho; la obligación de los árbitros de solución de controversias entre inversores y Estados de tener en cuenta los tratados internacionales de derechos humanos;

h) La validez de las adjudicaciones de solución de controversias entre inversores y Estados, la necesidad de apelar y las consecuencias de su invalidez *ex tunc*;

i) La prelación de la soberanía del Estado sobre los tribunales de arbitraje y el derecho de los Estados soberanos a negarse a ejecutar laudos arbitrales que entrañen violaciones de los derechos humanos;

j) El derecho de terceros Estados a rehusar la ejecución de los laudos arbitrales que son *contra bonos mores*, sin perjuicio de lo dispuesto en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras;

k) La obligación de los Estados de modificar o terminar los acuerdos internacionales de inversión que han dado lugar o puedan dar lugar a violaciones de los derechos humanos;

l) Las modalidades de modificación o terminación de los acuerdos de libre comercio bilaterales y multilaterales y los acuerdos de inversión, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y la aplicación del principio de divisibilidad;

m) La responsabilidad de los tribunales de los Estados de investigar la corrupción y la colusión en relación con el funcionamiento de la solución de controversias entre inversores y Estados e imponer una indemnización por daños y perjuicios a los inversionistas que participan en litigios improcedentes o vejatorios contra la competencia reguladora del Estado.

C. A las empresas transnacionales

71. En el mundo interdependientes e interrelacionado del Siglo XXI, asolado por la pobreza extrema y donde el crecimiento de la población anuncia las amenazas a la seguridad alimentaria, la escasez de energía y el medio ambiente, etc., la solidaridad internacional debería generar medidas concretas. Las empresas deben gastar una proporción mayor de sus ganancias en la promoción de los derechos humanos en los países en que operan. Deberían, entre otras cosas, adoptar todas las medidas necesarias para velar por que, entre otras cosas, sus actividades no perjudiquen al medio ambiente, no contaminen, no limiten el acceso a medicamentos genéricos. Deberían cumplir con la regulación nacional e internacional en virtud de la cual el público tiene que ser informado de los peligros del consumo de tabaco, los organismos genéticamente modificados, la eliminación de los desechos, la contaminación del agua, etc.

72. Las empresas transnacionales que se vean negativamente afectadas por las sanciones unilaterales aplicadas por la Asamblea General y el Consejo de

Derechos Humanos deberían poner a prueba su validez ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, la CNUDMI o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones o invocar las cláusulas pertinentes de los tratados de amistad, comercio y navegación para remitir las controversias a la Corte Internacional de Justicia.

D. A la sociedad civil

73. Teniendo en cuenta el grave déficit democrático de los acuerdos internacionales de inversión, en particular el secreto de su elaboración y negociación, la exclusión de las principales partes interesadas y las consecuencias negativas de estos acuerdos sobre los derechos humanos, la sociedad civil debe exigir que en el futuro se celebren referendos sobre todos los acuerdos internacionales de inversión, incluidos los tratados bilaterales de inversión, la Trans-Pacific Partnership, la Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership y los acuerdo de servicios, y que se organicen referendos en relación con la revisión urgente o la terminación de los acuerdos internacionales de inversión existentes, como el TLCAN y el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica (CAFTA).

74. Los individuos y los grupos deben presentar a los tribunales regionales de derechos humanos los casos de violaciones de estos derechos causadas por la aplicación de los acuerdos internacionales de inversión, y denunciarlos en los medios sociales.

75. La sociedad civil debe exigir la ampliación del concepto de crímenes de lesa humanidad a fin de abarcar los delitos económicos que entrañan la destrucción de ecosistemas o los trastornos financieros graves mediante la manipulación de los mercados de productos básicos o la especulación con divisas que tienen las más graves consecuencias para millones de personas.

VII. Posdata

76. El Experto Independiente se complace en observar que el creciente reconocimiento del mandato está dando lugar a mayores aportaciones de los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales, la sociedad civil y los círculos académicos. Acoge con beneplácito los contactos con las partes interesadas de todos los ámbitos conexos, y espera con interés participar con ellos en el próximo año de presentación de informes.

77. Para concluir, el Experto Independiente desea reiterar su agradecimiento al personal muy trabajador y competente de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), y pide a la Asamblea General que asigne más recursos a la Oficina.

78. El Experto Independiente concluye con una nota de optimismo sobre la posibilidad de crear, con buena voluntad y la solidaridad internacional, un orden internacional, pacífico, democrático y equitativo. Deben superarse los principales obstáculos, incluidos los mitos y fundamentalismos del mercado. En la novena Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Bali (Indonesia) en

diciembre de 2013, el Arzobispo Silvano Tomasi, en nombre de la Santa Sede, presentó un análisis serio sobre esta cuestión:

Mientras una minoría experimenta un crecimiento exponencial de la riqueza, se ensancha la brecha que separa a la gran mayoría de la prosperidad de que gozan unos pocos afortunados. Este desequilibrio es el resultado de las ideologías que defienden el carácter absoluto de la autonomía del mercado y de la especulación financiera. En consecuencia, hay un rechazo absoluto del derecho del Estado, encargado de la vigilancia en aras del bien común, a ejercer cualquier tipo de control. Nace de esta forma una nueva tiranía, invisible y a menudo virtual, que unilateralmente y sin descanso impone sus propias leyes y normas. Peor aún es el hecho de que esas políticas a veces están insertadas en las normas del comercio negociadas en la OMC o en acuerdos de libre comercio bilaterales o regionales. La deuda y la acumulación de intereses, también hacen que los países tengan dificultades para realizar el potencial de sus propias economías y mantener a sus ciudadanos en el disfrute de su poder adquisitivo real. A todo esto, podemos añadir la corrupción generalizada y la evasión de impuestos en beneficio propio, que han adquirido dimensiones mundiales. La sed de poder y posesiones no conoce límites. En este sistema, que tiende a devorar todo lo que se interpone al aumento de los beneficios, lo que es frágil, como el medio ambiente, está indefenso frente a los intereses de un mercado ensoberbecido, que pasan a ser la única norma⁴⁷.

⁴⁷ www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/stat_e/vat.pdf.