

# La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos

**Sébastien Manciaux**

Maître de conférences en la Université de Bourgogne,  
membre del Centre de recherches sur le droit des marchés  
et des investissements internationaux (CREDIMI)

Traducción: **Carlos Hecker**, Abogado  
Magister en Derecho de los mercados, de los negocios  
y de la economía en la Université de Bourgogne

1. Es difícil imaginar dos ramas del derecho tan alejadas la una de la otra, como el derecho de las inversiones internacionales y los derechos humanos.<sup>1</sup> La primera está destinada a regir la actividad de los agentes económicos internacionales, dentro de los cuales destacan las grandes multinacionales; la segunda, a establecer y a hacer respetar los derechos fundamentales reconocidos a todo ser humano. Sin embargo, las relaciones entre ambas ramas no tienen nada de novedoso, ya que existe, al menos desde 1974, fecha en que se inició en el seno de la Comisión de Naciones Unidas sobre las sociedades transnacionales, un *Proyecto de Código de conducta de las sociedades transnacionales*. El instrumento que se debía elaborar tenía como finalidad la regulación de la actividad de las multinacionales en el contexto general de las reivindicaciones por un nuevo orden económico internacional; su carácter coercitivo (fuerza obligatoria o no) formaba parte de los asuntos que debían resolverse.<sup>2</sup> Entre los deberes de la sociedad transnacional en cada uno de los Estados donde ejerce su actividad,

<sup>1</sup> En realidad, los derechos humanos no constituyen, dentro del plano académico, una rama del derecho; sin embargo, forman parte de una rama que luego de llamarse "libertades públicas", se denomina actualmente "derecho de las libertades fundamentales".

<sup>2</sup> Al respecto, ver por ejemplo A. A. Fatouros, "Le projet de Code International de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évaluation", JDI 1980, p. 5, y asimismo el documento de la federación internacional de derechos humanos de fecha 15 de marzo de 2006, "*Comments to the interim report of the Special representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and others business enterprises, february 22, 2006*", disponible en el sitio Internet <http://www.fidh.org> con las referencias a los documentos pertinentes desarrollados por la ONU.

figuraban el respeto de la soberanía del Estado receptor de la inversión, la obediencia de las leyes, la no ingerencia en materia política, así como el respeto por los derechos humanos.<sup>3</sup> Dada la reticencia expresada por los países de origen de las multinacionales, el proyecto nunca pudo ver la luz, a pesar de largas negociaciones, ratificándose expresamente su fracaso en 1992.

2. Bajo la forma de recomendaciones desprovistas de fuerza obligatoria, otros dos proyectos destinados al mismo fin fueron adoptados durante la segunda mitad de los años 70. Se trata de las *Directrices de la OCDE* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) *para empresas multinacionales*, adoptadas en 1976 y de la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, elaborada por el Consejo de Administración de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) en 1977.

Haciendo referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a cierto número de convenciones internacionales de la OIT, la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* –en sus sucesivas modificaciones– se circunscribirá de forma natural a la esfera de las relaciones de trabajo; las recomendaciones contenidas en ella dicen relación esencialmente con las condiciones de trabajo (salario decente, seguridad) y con el derecho de los trabajadores a asociarse y sindicalizarse.<sup>4</sup>

Las *Directrices de la OCDE para empresas multinacionales* no mencionan expresamente los derechos humanos, sin embargo, hacen referencia a algunos de ellos cuando tratan la participación de las multinacionales en el bienestar económico, la preservación del medio ambiente y el respeto del derecho de los trabajadores a asociarse y sindicalizarse.<sup>5</sup> Tal y como el instrumento anterior –modificado varias veces desde 1976–, éste también carece de fuerza obligatoria, aun cuando sea justo agregar que no quedó del todo sin efecto, gracias a la puesta en marcha de procedimientos de verificación de su aplicación.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Para profundizar este tema, ver A. A. Fatouros, "Le projet de Code International de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évaluation", op. cit., nota 3; ver asimismo Samuel K. B. Asante, "The concept of the Good Corporate Citizen in International Business", *ICSID Review*, FILJ 1989, pp.1 y ss.

<sup>4</sup> Texto reproducido en *International Investment Instruments: a Compendium*, Nueva York y Ginebra, 1996, vol. I, pp. 89 y ss.

<sup>5</sup> Texto reproducido en *International Investment Instruments: a Compendium*, Nueva York y Ginebra, 1996, vol. I, pp. 183 y ss.

<sup>6</sup> Al respecto, ver A. A. Fatouros, "Le projet de Code International de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évaluation", op. cit., nota 3, así como las referencias citadas por el autor, p. 16. Ver asimismo M. Snoussi "Les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Aspects récents", in *Mélanges offerts au Doyen Abdelfattah Amor*, Túnez, Centre de Publication Universitaire, 2005, pp. 907 y ss., especialmente p. 913.

3. Desde fines de los años 70 hasta mediados de los 90, la confrontación entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos fue perdiendo intensidad, principalmente debido al progresivo debilitamiento de la reivindicación de un nuevo orden económico. No obstante, desde hace una década la aludida confrontación ha resurgido, como consecuencia del importante lugar que las inversiones internacionales ocupan en la mundialización de la economía y de la importancia que han ido adquiriendo las problemáticas no comerciales en las relaciones económicas internacionales. Dichas problemáticas son diversas y conciernen a variados temas, como la lucha contra el trabajo forzado o contra el trabajo de los niños, el derecho a la preservación de la cultura de los pueblos, el respeto por el medio ambiente, etc.

Estas problemáticas que han logrado acaparar el centro de la atención como consecuencia de ciertos hechos o acontecimientos lamentables,<sup>7</sup> a menudo revelados por ONG (organizaciones no gubernamentales), marcan la irrupción de la “sociedad civil internacional” para la resolución de las grandes preguntas de nuestra época, preguntas que hasta hace poco sólo eran tratadas en esferas restringidas a algunas organizaciones internacionales o en el ámbito de las relaciones intergubernamentales.

4. Las nuevas interpelaciones a las multinacionales, acerca de las consecuencias de sus comportamientos, han suscitado dos tipos de respuestas. Por una parte, las multinacionales decidieron, en su gran mayoría, adoptar un “código de buena conducta”, verdadera “guía ética” destinada a delimitar y moralizar su comportamiento y el de sus empleados. Por otra parte, la Organización de las Naciones Unidas ha vuelto a lanzar diversos proyectos destinados a regular el comportamiento de las multinacionales. Formando parte las unas de la autorregulación, y las otras de la regulación consentida, estas iniciativas cuya gran mayoría aun se encuentra en curso, suscitan y han suscitado muchas dudas.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Acusaciones contra el grupo total de haberse aprovechado del trabajo forzado de prisioneros en Birmania, inclusión de la excepción cultural durante las negociaciones –que finalmente fracasaron– para lograr un acuerdo multilateral de inversión (el conocido AMI), campañas contra el trabajo infantil con la emblemática figura del joven Iqbal Masih, asesinado en 1995, multiplicación de los “accidentes” climáticos que ponen de relieve la incidencia de las actividades económicas humanas sobre la evolución del clima, etc.

<sup>8</sup> En cuanto a los códigos creados por las multinacionales, ver por ejemplo A. Martin-Serf, “La modélisation des instruments juridiques”, en *La mondialisation du droit*, obra colectiva realizada bajo la dirección de Eric Loquin y Catherine Kessedjian, Paris, Litec, 2000, pp. 179 y ss., especialmente pp. 191-192; G. Farjat, “Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés”) en *Les transformations de la régulation juridique*, obra colectiva realizada bajo la dirección de G. Matin y J. Clam, Paris, LGDJ, 1998, pp. 151-164; M. Snoussi, “Les sociétés transnationales et les droits de l’homme. Aspects récents”, op. cit. nota 7, especialmente pp. 915-917. En cuanto a los nuevos proyectos iniciados en el marco de Naciones Unidas, ver por ejemplo M. Snoussi, “Les sociétés transnationales et les droits de l’homme. Aspects récents”, op. cit., nota 7, especialmente pp. 908-915, Ph. Kahn, “Investissements internationaux et droits de l’homme”, en *Où va le droit des investissements?*, obra colectiva realizada bajo la dirección de F. Horchani, Paris,

5. En el marco de los litigios relativos al derecho de las inversiones, y hasta el día de hoy, es a favor de los inversionistas extranjeros que se invocan los derechos humanos, ya sea en el plano procesal (derecho a un proceso justo),<sup>9</sup> ya sea en cuanto al fondo del asunto (derecho al respeto de la propiedad, indemnización en caso de expropiación).<sup>10</sup> Aunque ello pueda parecer paradójico, no lo es realmente, pues luego de un análisis serio, el derecho de las inversiones y los derechos fundamentales comparten algunos puntos en común. El uno como el otro fueron creados históricamente para proteger a las personas, naturales o jurídicas, contra un abuso de parte del poder público; en un caso, protección contra las expropiaciones y otras medidas estatales arbitrarias, y en el otro caso, protección contra las restricciones ejercidas contra la libertad individual, de la cual dos de sus componentes son precisamente el derecho de propiedad, y en caso de litigio, el derecho a un proceso justo. Sin embargo, cuando hacemos referencia a la interacción entre los derechos de las inversiones y derechos humanos, lo hacemos más bien pensando en la limitación de aquél por parte de éstos. Esa será precisamente la perspectiva desde la cual realizaremos nuestro estudio.

6. La mayor parte del tiempo, una operación de inversión se realiza a través de la creación de una empresa o a través de la adquisición de todo o parte de una empresa ya existente. Es difícil imaginar que una operación económica como esa pudiere, por sí sola, vulnerar los derechos humanos. Sin embargo, tomando en consideración que la actividad se materializa en un territorio determinado, es evidente que toda operación de inversión provoca un impacto en las personas que allí se encuentren. Es al momento de la explotación de dicha inversión que los eventuales atentados contra los derechos humanos pueden aparecer. El estudio de diversas hipótesis de violación de derechos humanos producidas por una operación de inversión (I) deberá acompañarse de los procedimientos susceptibles de ser utilizados para sancionarlas (II).

## **I. La violación de los derechos humanos como consecuencia de una operación de inversión**

7. Pueden vislumbrarse dos hipótesis en relación a la violación de los derechos humanos como consecuencia de una operación de inversión; la primera es

---

Pedone, 2006, o el documento precitado de la Federación internacional de derechos humanos (ver infra nota 3).

<sup>9</sup> Caso *Biloune c. Ghana*, sentencias ad hoc de 27 de octubre de 1989 y de 30 de junio de 1990, caso *Loewen Group c. Estados Unidos* (ARB (AF)/98/3), sentencia Ciadi (Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones) sobre el fondo, de fecha 26 de junio de 2003.

<sup>10</sup> Caso *Amco Asia c. Indonesia* (ARB/81/1), sentencia Ciadi de 31 de mayo de 1990, § 125, caso *Tecmed c. México* (ARB (AF)/00/2), sentencia Ciadi de 29 de mayo de 2003, § 122.

aquella en que el inversionista extranjero es el autor de la violación, mientras que en la segunda, el inversionista simplemente se beneficia con ella. La diferencia entre ambas hipótesis será determinada por la actitud que adopte el Estado receptor de la inversión (en adelante Estado receptor). En el primer caso, no tiene responsabilidad en la violación y podrá prevalerse de ella y oponerla al inversionista en caso de litigio; en el segundo caso, el Estado es el autor de la violación de los derechos humanos que beneficia al inversionista; por consiguiente, la posibilidad de un eventual diferendo entre ambos protagonistas es difícil de imaginar.

### **A. El inversionista extranjero autor de la violación de los derechos humanos**

8. La situación en que el inversionista extranjero sea apuntado como el único autor de una violación a los derechos humanos –cometida entonces a espaldas del Estado receptor– no ha tenido lugar hasta nuestros días, en ningún tipo de procedimiento. Jamás se ha alegado, en materia de arbitraje internacional para la solución de diferendos relativos a inversiones, que un inversionista extranjero haya realizado una tal actividad. Lo anterior no quiere decir que ello no haya tenido lugar o que no sea una situación susceptible de ocurrir; y debemos agregar que con ocasión de litigios relativos a concesiones de distribución de agua, varias ONG opusieron a los derechos del operador extranjero el derecho de la población al acceso al agua potable, subentendiendo entonces que la actividad del inversionista no respetaría lo que se considera como un derecho fundamental.<sup>11</sup> Por consiguiente, aun cuando en la actualidad ningún caso de violación de derechos humanos realizada exclusivamente por el inversionista extranjero haya sido sancionado, ello no debe conducir a la renuncia de un estudio prospectivo sobre la materia.

9. El primer punto a destacar es que los inversionistas, en su calidad de entidades privadas, no son los garantes del respeto de los derechos humanos. Los garantes de éstos son los Estados que se han obligado a respetarlos, principalmente por medio de sus respectivas Constituciones, y en el plano internacional, a través de la ratificación de acuerdos y convenios internacionales, entre los cuales se encuentran la Declaración universal de derechos humanos o las convenciones regionales (europea o americana por ejemplo) de derechos humanos. Ahora bien, a pesar de no ser los garantes del respeto de los derechos humanos, los

---

<sup>11</sup> A este respecto pensamos principalmente en el caso Aguas del Tunari c. Bolivia (ARB/02/3), que vio la luz luego de la rescisión de un contrato de distribución de agua. A pesar de haber obtenido en 2005 una resolución en cuanto a la competencia por parte del tribunal arbitral Ciadi, en enero de 2006 la empresa se desistió de su pretensión, poniendo fin al litigio, como consecuencia de una fuerte campaña internacional iniciada en su contra por numerosas ONG.

inversionistas deben respetarlos. En derecho francés todo titular de un derecho fundamental puede hacerlo valer contra los poderes públicos (relación vertical), pero también contra otras entidades del mundo privado (relación horizontal), dentro de las cuales encontramos los inversionistas extranjeros,<sup>12</sup> sin embargo, aun en las relaciones entre privados, el poder público debe intervenir. En efecto, si un privado alega que otro ha transgredido uno de sus derechos fundamentales, aquél debe iniciar un proceso judicial si pretende lograr el cese de la violación y/o la reparación de los daños. A este respecto, debemos señalar que es en función del derecho penal llamado a reprimir la transgresión a los derechos humanos que se determinará si se está en el plano interno (derecho penal interno) o internacional (derecho penal internacional). Tratándose del orden jurídico internacional, se ha sostenido que ciertas empresas multinacionales podrían quedar sometidas a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en función de su actividad ejercida en el extranjero.<sup>13</sup>

10. ¿Quiere decir entonces que no hay violación alguna a los derechos humanos por parte de los inversionistas, sino hasta que el comportamiento que se les reprocha corresponda a una infracción penal? Esta interpretación es correcta siempre que se trate de algún tipo grave de violación a los derechos humanos, tales como un atentado contra la vida, a la integridad corporal, a la libertad de movimiento, al derecho de propiedad, etc., a las cuales corresponden las siguientes infracciones penales respectivamente: homicidio, lesiones, secuestro, robo, etc. Pero es muy difícil que dichos actos tengan lugar, dado que suponen que empleados del inversionista, o bien milicias a sus órdenes, los realicen directamente; por lo demás, no se trata de un accionar que el inversionista esté dispuesto a realizar, debido a los efectos que ello podría acarrearle tanto en el Estado receptor como en su país de origen e incluso en los demás Estados en que opera: intervención del poder público en el primer caso, repudio generalizado o incluso recursos en su contra, en los otros dos.<sup>14</sup>

11. La relación derechos humanos/infracciones penales es mucho más difícil de establecer respecto de ciertos derechos que actualmente se enfrentan con la actividad del inversionista, directa o indirectamente. Hacemos referencia principalmente a una serie de diferendos nacidos de la privatización de servicios de distribución de agua o de manejo de desperdicios. Para poner término a los contratos de concesión suscritos con los inversionistas extranjeros, los poderes públicos (Estados o colectividades locales) reprocharon a los dichos inversionis-

<sup>12</sup> Ver por ejemplo, *Droit des libertés fondamentales*, obra colectiva, París, Dalloz, 2ª ed., 2002, especialmente p. 156.

<sup>13</sup> J.-Ph. Bufferne, "La mise en œuvre du statut de la Cour pénale internationale et la responsabilité des entreprises multinationales", *Revue Juridique d'Auvergne* 2005, vol. 2, p. 127.

<sup>14</sup> Ver *infra*, II.

tas el establecimiento de tarifas que hacían muy oneroso el acceso al agua o el peligro para la población cercana que podría representar el hecho de continuar con sus actividades de almacenaje de desperdicios, respectivamente.<sup>15</sup> Vemos entonces que están en juego el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho de acceso al agua potable.

12. Tratándose del “derecho-acreencia” a un medio ambiente libre de contaminación, su puesta en práctica resulta bastante difícil; ya que por una parte la determinación de sus titulares (¿cada individuo o la humanidad?) y de sus acreedores (¿cada Estado o la comunidad internacional?) aún no es clara, y por otra, este derecho reviste la mayor parte del tiempo la forma de disposiciones “programáticas” que definen principalmente objetivos para los Estados.<sup>16</sup> Lo anterior se ve agravado si consideramos que dicho derecho no se encuentra protegido por normas penales. A modo de ejemplo, el derecho penal francés aborda el tema del derecho a un medio ambiente libre de contaminación solamente desde el punto de vista de la polución del agua (Código del Medio Ambiente) o de las amenazas de orden ecológico que pudieren derivar de actividades terroristas (art. L. 421-2 del Código Penal).

Dentro del marco europeo, a falta de disposición relativa al tema ambiental en la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte europea reprime los atentados al medio ambiente a través de otras disposiciones, como aquellas relativas al respeto del domicilio o de la vida privada y familiar.<sup>17</sup> Así las cosas, la sanción a las infracciones medioambientales cometidas por un inversionista se encuentra asegurada por las sanciones penales que reprimen atentados a otros derechos humanos, como lo son el derecho al respeto del domicilio o el derecho a la integridad física. ¿Pero qué ocurre si el atentado al medio ambiente no produce un daño directo ni a un ser humano ni al agua?

13. El derecho de acceso al agua potable, que aparece en una serie de litigios que oponen a los inversionistas con los Estados, presenta aun más dificultades. El principal reproche que se hace a los inversionistas concierne el aumento de las tarifas, que vuelve el acceso al agua mucho más difícil, especialmente para el sector más pobre de la población.<sup>18</sup> Desde el momento en que puede darse

<sup>15</sup> Esa fue la situación en los casos *Ciadi Metalclad c. México* (ARB (AF)/97/1); *Vivendi Universal c. Argentina* (ARB/97/3); *Waste Management c. México* (ARB (AF)/98/2), y *Aguas del Tunari c. Bolivia* (ARB/02/3).

<sup>16</sup> Ver *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., nota 13, p. 47.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 342.

<sup>18</sup> Ver los casos *Vivendi Universal c. Argentina* (ARB/97/3), y *Aguas del Tunari c. Bolivia* (ARB/02/3). Estos litigios muestran además una cierta responsabilidad por parte de las autoridades públicas que permitieron las tarifas aplicadas por los concesionarios extranjeros; la mayor parte del tiempo, dichas alzas tarifarias se encontraban previstas en el contrato de concesión como contrapartida de la renovación de los sistemas de distribución, muchas veces antiguos e insuficientes, a cargo de los propios inversionistas

por sentado que el derecho de acceso al agua es un derecho fundamental reconocido a todo ser humano, así como a toda población y a todo Estado,<sup>19</sup> la pregunta que queda por resolver es saber si el inversionista viola o no este derecho al aumentar las tarifas del agua, o bien al disminuir o incluso cortar su distribución a quienes no pueden permitirse el pago de las facturas.

La pregunta es difícil de responder, sin embargo, podemos realizar ciertas observaciones, como por ejemplo, que en el derecho francés no existe un reconocimiento incondicional del acceso al agua para las personas. Así, el artículo 6-1 de la ley de 31 de mayo de 1990 (reformada por la ley de 13 de agosto de 2004), destinado a regular la puesta en marcha del derecho a la vivienda, dispone que “medidas de urgencia deben preverse para la concesión o pago de ayudas, desde el momento en que ellas condicionan la firma de un arriendo, evitan cortes de agua, de energía...”. Por consiguiente, cortar el agua en caso de facturas impagas no es ilegal en Francia, y la mayor parte de los contratos de distribución de dicho elemento prevén efectivamente ese tipo de sanción, aun cuando sea muy raramente aplicada en la práctica. Los tribunales no han logrado uniformar jurisprudencia respecto de este tema sensible; a veces se ha decidido que el contrato entre el granjero y el usuario es un contrato sinalagmático que da derecho a una de las partes a no ejecutar sus obligaciones cuando la otra incumple a su vez las propias (TGI Sarreguemines, ord. ref., 8 de marzo de 1994, CGE c. *SCP Résidence Rive Droite*), y que el corte en el servicio de distribución de agua se encuentra justificado si el usuario no logra demostrar el pago de sus facturas (TGI París, ord. ref., 25 de marzo de 1996, CGE c. *Louisg*). No obstante lo anterior, otras decisiones han rechazado la interrupción en la prestación de tales servicios, fundadas en que ella “no sería una actuación humanamente tolerable” (TGI París, ord. ref., 20 de noviembre de 1992, CEP c. *Sté Pari*), o incluso sin motivación alguna (TGI Paris, ord. ref., 20 de abril de 1993, CEP c. *Sté Viletta*).

Asimismo, podemos observar que en el litigio entre Vivendi Universal y Argentina, el inversionista reprochaba a la colectividad pública que le otorgó la concesión, la provincia argentina de Tucumán, de haber intentado, al momento de renegociar el contrato de concesión, privarlo del derecho a cortar el suministro de agua potable a los usuarios que no habían pagado. Lo anterior implica que el contrato inicial reconocía dicho derecho al concesionario extranjero.<sup>20</sup>

---

extranjeros. Claro está, esta forma de proceder se debe a que ciertos Estados no tienen la capacidad financiera y/o tecnológica para efectuar dichas renovaciones.

<sup>19</sup> A este respecto, ver el estudio de P.-M. Dupuy, “Le droit à l’eau, un droit international?”, *EUI Working Paper Law*, N° 2006/6, susceptible de ser consultado en internet en el sitio de la European University Institute de Florencia (<http://cadmus.iue.it>).

<sup>20</sup> Caso Vivendi Universal c. Argentina (ARB/97/3), sentencia Ciadi de 21 de noviembre de 2000, § 66.

14. En base al análisis efectuado, se podría afirmar que el derecho de acceso al agua para todo ser humano todavía forma parte de las disposiciones programáticas, de aquellos objetivos que los Estados deben alcanzar, y que corresponde a estos últimos asegurar su efectividad, estableciendo, por ejemplo, un servicio mínimo de acceso al agua. En efecto, no sería justo ni realista hacer recaer, sin compensación, toda la responsabilidad de respetar este derecho sobre el inversionista extranjero; el único efecto de una medida como esa sería la partida de los inversionistas del territorio de los Estados que se comporten de dicha manera, dejándolos sin recursos ni tecnología para satisfacer este derecho fundamental.

La cuestión sobre la influencia del Estado en el comportamiento del inversionista adquiere otra dimensión en la hipótesis que abordaremos a continuación, esto es, en aquellos casos en que el inversionista no hace más que "beneficiarse" con la violación de los derechos humanos llevada a cabo por el Estado receptor.

## **B. El inversionista extranjero como beneficiario de la violación a los derechos humanos**

15. Numerosos son los países que hoy en día continúan ignorando, o incluso pisoteando, los derechos humanos más esenciales, y no parece ser que con la mundialización de la economía esta situación de hecho vaya a modificarse. Muy por el contrario, la vulneración del derecho de propiedad de las poblaciones locales, la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, pueden significar una ventaja comparativa importante a los ojos de algún inversionista poco escrupuloso que vea en dichos Estados la mano de obra dócil que necesita.

En esta materia, los casos que alcanzaron pública notoriedad son numerosos. El primero de ellos afectó a la sociedad norteamericana Unocal, acusada en 1997 de haberse beneficiado del trabajo forzado organizado por los militares birmanos, para la construcción de un gasoducto necesario para la explotación de su inversión. Un caso similar en el mismo país tuvo como protagonista, tiempo después, a la sociedad francesa Total. Pero esos no son los únicos casos, las actividades de otras multinacionales occidentales también fueron puestas en tela de juicio, tal fue el caso de Royal Dutch por el homicidio de varios aldeanos por parte del ejército nigeriano, de Chevron por razones similares en el mismo país, y de Firestone, debido a las condiciones de trabajo impuestas en las plantaciones de caucho que eran explotadas en su beneficio en Liberia. Y esta lista no es exhaustiva...

16. En el plano jurídico, las sociedades concernidas se defienden señalando que no son ellas las culpables de dichos actos, culpabilidad que recaería en el Estado

receptor o en alguna de sus emanaciones, y ello lo argumentan formulando las siguientes preguntas:

– ¿Puede un inversionista extranjero tener conocimiento del comportamiento reprochable de las autoridades del Estado receptor? y al mismo tiempo, ¿está el inversionista en posición de ejercer un control sobre las actividades del último o de influir en ellas?

- Desde un punto de vista más general, ¿puede un inversionista ser considerado responsable del comportamiento de las autoridades de un Estado soberano?<sup>21</sup>

17. De inmediato surgieron respuestas a dichas interrogantes. En primer lugar, si un inversionista extranjero no puede ser considerado como responsable del comportamiento de las autoridades de un Estado soberano, no puede tampoco pretender ignorarlo. Ya en 1997, en el caso *Unlocal*, una jurisdicción norteamericana estimó que la sociedad “sabía o debería haber sabido que el ejército cometería abusos”. Por lo tanto, es de cargo del inversionista la responsabilidad de informarse acerca del contexto económico-social del país en el que pretende invertir y de continuar haciéndolo durante toda la duración de la explotación de dicha inversión. Esta obligación de información deriva en una alternativa para el inversionista, en caso de violación a los derechos humanos por parte de las autoridades del Estado receptor: salir del país incriminado (tal como lo han hecho ya numerosas empresas en el caso de Birmania) o quedarse y arriesgar su responsabilidad.

18. En caso de adoptar la segunda alternativa, es conveniente distinguir según se trate de responsabilidad penal o de responsabilidad civil. En lo tocante a la responsabilidad penal, parece ser que contra la sociedad *Unlocal* se estableció la calificación de “complicidad por suministro de medios”. Si la incriminación por complicidad corresponde a la hipótesis en estudio (inversionista no como autor sino que como beneficiario de la violación a los derechos humanos), el elemento revelador de dicha complicidad (el suministro de medios) nos parece vago. Si pudiera simplemente perseguirse la responsabilidad de los inversionistas extranjeros que operan en países que no respetan los derechos humanos, prácticamente todos serían considerados más o menos responsables, puesto que son pocos los Estados que respetan los derechos fundamentales en todo momento y en todo lugar. Las democracias occidentales no escapan a esta realidad, sobre todo en materia de proceso justo, de ausencia de discriminación, etc.

<sup>21</sup> Preguntas formuladas, por ejemplo, en el sitio web de Total, consagrado al caso birmano recién expuesto (<http://birmanie.total.com/fr>).

Por lo tanto, el inversionista extranjero no puede ser considerado como cómplice en la violación de los derechos humanos, sino cuando ésta haya sido cometida en su beneficio directo y siempre que esté consciente de este hecho (una presunción en este sentido ya se ha establecido). De este modo, la complicidad del inversionista no puede resultar por el sólo hecho de encontrarse en el territorio de un Estado incriminado.

19. En materia civil, la responsabilidad del inversionista extranjero es evidentemente más difícil de comprometer si no hace más que beneficiarse de la violación de los derechos humanos. Sin embargo, al menos en derecho francés, existen diversas alternativas. Por ejemplo, si las autoridades estatales actuaron a solicitud del inversionista, podría pensarse en una coautoría. Podemos también pensar que en caso de trabajo forzado impuesto por el Estado a favor del inversionista, las víctimas podrían intentar hacer valer la responsabilidad del artesano o empresario por los hechos del aprendiz o dependiente. Además de estas hipótesis que forman parte de la responsabilidad por el hecho ajeno, ¿podría invocarse contra el inversionista extranjero la responsabilidad por negligencia o imprudencia contemplada en el artículo 1383 del Código Civil?

Finalmente, y si ninguna de las alternativas analizadas permite a las víctimas lograr su objetivo, aún queda la acción por enriquecimiento sin causa (acción *in rem verso*), siempre y cuando el patrimonio del inversionista haya aumentado sin causa legítima o en detrimento del de la víctima.

## **II. Los procedimientos susceptibles de utilizarse para sancionar las violaciones**

20. Los procedimientos a utilizar para sancionar la violación a los derechos humanos por parte de un inversionista extranjero difieren según quien inicie la acción. Debemos entonces analizar sucesivamente los procedimientos a disposición de las víctimas, del Estado de origen del inversionista y del Estado receptor.

### **A. Los procedimientos a disposición de las víctimas**

21. La vía normal que tiene una persona para reclamar contra una violación a alguno de sus derechos fundamentales, es recurrir a los tribunales del lugar en que se cometió la infracción, sea que ésta haya sido cometida por un privado o por alguna emanación del Estado. Recurrir a las jurisdicciones internacionales, como son por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos o su homóloga interamericana, no es concebible sino en una segunda etapa, luego de haber

agotado todas las instancias internas.<sup>22</sup> En los casos en que el ordenamiento jurídico lo permita, la denuncia de tales hechos debería igualmente dar lugar al inicio de acciones por parte del Estado en cuyo territorio acaecieron.<sup>23</sup>

22. Sin embargo, y tal como lo han demostrado los razonamientos antes expuestos, la mayor parte del tiempo será el Estado receptor el autor de dichas violaciones, mientras que el inversionista extranjero se limitará sólo a beneficiarse de ellas. Por ello es absolutamente comprensible que las víctimas no puedan o no deseen dirigirse a las jurisdicciones internas, por temor a que, en caso de que éstas sean dependientes del poder central, su situación se vea incluso agravada. ¿Podría entonces vislumbrarse la posibilidad de que las víctimas recurran a otros tribunales nacionales, específicamente aquellos del país de origen del inversionista? Nada se opone a esta solución, siempre y cuando existan disposiciones jurídicas que lo permitan, es decir, normas positivas que otorguen competencia a dichos tribunales para tomar conocimiento de hechos ocurridos en el territorio de otro Estado.

23. Tales reglas existen hoy en día en diversos ordenamientos jurídicos y han sido ya utilizadas por las víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas como consecuencia de una operación de inversión.

En primer lugar destacamos, por ser la regla más antigua y la primera en su clase en ser utilizada, la *Alien Tort Claim Act*, adoptada por el congreso de los Estados Unidos en 1789. Esta ley otorga competencia a las jurisdicciones federales estadounidenses para pronunciar las consecuencias civiles de daños cometidos a extranjeros que deriven de la violación del derecho internacional o de un tratado del cual Estados Unidos sea parte. Esta ley fue utilizada en 1997 por demandantes birmanos en el caso *Unlocal*, y también en otros casos citados precedentemente.<sup>24</sup> La nacionalidad norteamericana o extranjera poco importa para esta norma. Dentro del tema que nos ocupa, basta con que el demandante extranjero pretenda obtener la reparación de un perjuicio sufrido como resultado de una violación a los derechos humanos, vale decir, la violación de una obligación internacional relativa a los derechos humanos suscrita por cualquier Estado. El demandado no será el Estado autor del acto (quien

<sup>22</sup> A este respecto, ver por ejemplo *Droit des libertés fondamentales*, op. cit. nota 13, p. 356. Para la CEDH se trata del agotamiento de las vías procesales de derecho interno, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de un recurso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>23</sup> Hipótesis analizada *infra*, § 29 y ss.

<sup>24</sup> Para un mayor desarrollo sobre el tema, ver por ejemplo Ph. Kahn "*Investissements internationaux et droits de l'homme*", en *Où va le droit des investissements?*, op. cit., nota 9; P. Abadie, "*A new story of David and Goliath: The ATCA gives victims of environmental injustice in the developing world a viable claim against multinational corporations*", *Environmental Law Journal*, *Golden Gate univ. law rev.*, vol. 34, N° 3, 2004, pp. 745 y ss.

posee inmunidad de jurisdicción), sino que el inversionista extranjero acusado de complicidad en la realización del acto, siempre que dicha complicidad se encuentre debidamente establecida.

Este sutil mecanismo jurídico posee ciertos problemas, al menos desde el punto de vista del derecho francés, por cuanto parece haber una clara diferencia entre la "complicidad por suministro de medios financieros", la cual supone una simple actitud pasiva del "cómplice", y la responsabilidad civil derivada de la intervención directa de esta persona en la ejecución del acto.<sup>25</sup>

24. Habrá que esperar, en todo caso, para saber cuál es la postura del derecho estadounidense al respecto, puesto que el caso Unlocal terminó por transacción, de acuerdo a la cual los demandantes birmanos retiraron su demanda a cambio de una indemnización para cada una de las víctimas y de la creación de un fondo, por parte del inversionista, destinado a mejorar las condiciones de vida, de educación y de salud de los aldeanos residentes en las proximidades del lugar donde se sitúa la inversión. Los demás casos están en curso, sin embargo hay que destacar el reconocimiento de su competencia por parte de las jurisdicciones norteamericanas.

25. Un mecanismo de competencia aun más ambicioso había sido ideado por el legislador belga en beneficio de los tribunales de su país. Se trataba de la ley de "competencia universal", la cual permitía a los tribunales belgas conocer cualquier violación a los derechos humanos cometida en el mundo, quienquiera que fuera su autor o sus víctimas. Sin embargo, dicha ley fue abolida en agosto de 2003, como consecuencia de las dificultades políticas que creaba para Bélgica: muchos jefes de Estado o de gobierno invitados a dicho país se vieron amenazados por posibles procesos en su contra, dejando en una posición muy delicada a la diplomacia belga.

26. Una acción como aquellas iniciadas en Estados Unidos contra los inversionistas precitados ¿es posible de ejercer en Francia? Ciertamente, la ley penal francesa permite la aplicación extraterritorial de la misma, pero a condición que el autor (artículo L.113-6 del Código Penal) o la víctima (artículo L.113-7 del mismo cuerpo normativo) de la infracción tengan nacionalidad francesa. Luego, no existe una competencia universal, mas sirve al menos para perseguir los delitos y crímenes cometidos por un francés, persona natural o jurídica, en el extranjero. Este tipo de competencia explica que el tribunal de Nanterre haya podido en 2002 iniciar una investigación, luego de la demanda interpuesta por ocho aldeanos birmanos que acusaban al grupo francés Total de secuestro y trabajo forzado (efectuado bajo presión del ejército birmano). Lamentable-

<sup>25</sup> Ver sin embargo *supra*, § 19.

mente para nuestro análisis, este caso también concluyó en una transacción el año 2005: indemnización para las víctimas por un monto de 10.000 euros por trabajador y la creación por parte del grupo Total de un fondo en beneficio de los aldeanos por un monto de 5.2 millones de euros.<sup>26</sup> Ahora, tratándose de una acción destinada a perseguir la responsabilidad civil independiente de toda responsabilidad penal, las reglas de conflictos de jurisdicción (artículos 15 del Código Civil y 42 del nuevo Código de Procedimiento Civil o del Reglamento Bruselas I) otorgan asimismo competencia a las jurisdicciones francesas para conocer un asunto que oponga a un extranjero con un inversionista francés.

Si bien lo importante es que esas vías de derecho existen, dados los resultados de los casos Unlocal y Total, uno podría preguntarse si no sería una buena medida permitir que los Estados de origen de los inversionistas puedan también sancionar las violaciones a derechos humanos que cometan sus nacionales en el extranjero.

## **B. Los procedimientos a disposición del Estado de origen de los inversionistas**

27. La primera vía a explorar es la puesta en marcha, por parte de las autoridades del Estado, de un procedimiento judicial de oficio, sin necesidad de una demanda interpuesta por la víctima extranjera. Esto no sería posible de acuerdo a la interpretación efectuada por las jurisdicciones norteamericanas respecto de la *Alien Tort Claim*, según la cual para aplicar esta ley, es necesaria una demanda interpuesta por un extranjero. En el derecho francés, la persecución de delitos cometidos por un francés fuera del territorio de la República no es posible sino en virtud de una solicitud de la víctima (artículo L.113-8 del Código Penal), lo que impide el ejercicio de cualquier actividad a realizarse de oficio por el ministerio público. Los crímenes, en todo caso, no se encuentran cubiertos por esta restricción, lo que abre la posibilidad de perseguirlos sin necesidad de intervención de la víctima.

28. Otra vía merece también ser mencionada. Puesto que el Estado de origen propone a sus inversionistas mecanismos destinados a facilitar y/o garantizar sus actividades en el extranjero, cabe preguntarse si dichas medidas no podrían quedar sólo reservadas a aquellos inversionistas que respeten los derechos humanos en los países donde operan. Esta condición supone la instauración

---

<sup>26</sup> *Le Monde*, 30 de noviembre de 2005. En este caso, la fiscalía de Nanterre consideró que la investigación efectuada "no acreditó los arrestos ni los secuestros, pero sí el trabajo forzado", delito que no se encuentra, como tal, reprimido por el derecho francés, y por consiguiente solicitó no se diera lugar a los argumentos de los demandantes. En enero de 2005, esta solicitud fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Versailles. Cuando la investigación retomó su curso, Total y la asociación Sherpa (representante de los demandantes) acordaron una transacción.

de un mecanismo de control sobre las actividades en el extranjero de los inversionistas nacionales. Una iniciativa en este sentido fue propuesta por una comisión parlamentaria canadiense que recomendó el 23 de junio de 2005 que las ayudas gubernamentales a favor de actividades económicas en el extranjero, estuvieran sujetas a la condición de respetar los estándares de responsabilidad social y de derechos humanos, principalmente a través del estudio de impacto sobre los derechos humanos. La comisión, igualmente, hizo un llamado a la elaboración de normas claras, que permitieran perseguir la responsabilidad de las empresas canadienses que no respetaran el medioambiente o los derechos humanos en el extranjero; posteriormente, y como consecuencia de esta normativa, las actividades de la compañía minera canadiense TVI Pacific Inc. en Filipinas fueron puestas en tela de juicio.<sup>27</sup> Sin embargo, el gobierno canadiense, hasta el día de hoy, no ha tomado en consideración esta denuncia, llegando incluso a negarse a adoptar cualquier acción específica contra dicho inversionista, contentándose con responder que las vías procesales ordinarias se encuentran disponibles para iniciar cualquier demanda en su contra.<sup>28</sup> La feroz competencia a la que se enfrentan los países industrializados a través de "sus empresas", con el fin de marcar presencia en la economía mundial, explica por qué los Estados prefieren no hacerlas cargar con obligaciones que no deben soportar sus competidores.

### C. Los procedimientos a disposición del Estado receptor

29. El Estado receptor que constata la infracción constitutiva de violación a los derechos humanos cometida por un inversionista, debe estar facultado para actuar de oficio, sin solicitud previa por parte de la víctima, de acuerdo a su propio ordenamiento jurídico; en este sentido podrán utilizarse los procedimientos penales antes citados o aquellos específicos destinados a las inversiones. Estos procedimientos, que pueden ser judiciales o administrativos, tienen por objetivo sancionar las faltas cometidas por el inversionista respecto de las obligaciones que pesan sobre él y que contrajo al momento de tomar la decisión de invertir en un país determinado. Estas obligaciones son de diversos tipos, las hay técnicas (por ejemplo respeto de las normas contables), pero otras son más generales, dentro de las cuales encontramos frecuentemente el respeto de la legislación del Estado receptor (y en consecuencia, de los derechos humanos) por parte del inversionistas. Así las cosas, si dicho inversionista viola por ejemplo los derechos fundamentales de los trabajadores o el derecho de propiedad de las personas que habitan en las cercanías del lugar donde se explota la inversión, aquél estará al mismo tiempo violando la legislación nacional

<sup>27</sup> Fuente: *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, 30 de junio de 2005, difundida por el Instituto internacional del desarrollo sustentable (<http://www.iisd.org>).

<sup>28</sup> Fuente: *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, 26 de octubre de 2005.

del Estado receptor, exponiéndose entonces a las sanciones que correspondan, las cuales pueden ir desde una multa hasta el retiro del permiso administrativo que autorizaba la inversión (o incluso a la resolución del contrato de inversión, si dicho instrumento fue utilizado para formalizar la operación).

30. Si un Estado actúa de la manera recién señalada, ¿puede temer que el inversionista (alegando que la medida adoptada por el Estado constituye una expropiación no indemnizada o una medida equivalente a una indemnización) persiga internacionalmente su responsabilidad? En este punto conviene precisar que todos los tratados internacionales relativos a inversiones y la gran mayoría de las legislaciones internas, prevén la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional como forma de arreglo de diferencias.<sup>29</sup>

31. La respuesta a la pregunta recién formulada debe responderse negativamente. El tribunal arbitral que se constituya para determinar si efectivamente se está en presencia de una expropiación sin su correlativa indemnización, deberá tomar en consideración las explicaciones del Estado en cuanto a las medidas adoptadas por éste contra el inversionista,<sup>30</sup> cualquiera que sea el derecho aplicable. Las normas relativas a la protección de los derechos humanos pertenecen tanto a la esfera del derecho interno como a la del derecho internacional, aun cuando existan diferencias en cuanto al contenido de dichos derechos en ambos órdenes.<sup>31</sup> Según algunos autores, el problema en este caso consistiría en establecer una jerarquía entre las reglas que protegen al inversionista y aquellas que protegen los derechos humanos, especialmente en los casos en que las primeras se encuentren contenidas en un tratado internacional. Ahora bien, no vemos cómo el encuentro entre ambos cuerpos normativos de derecho internacional podría no beneficiar la protección de los derechos humanos; cuando éstas se encuentran claramente identificadas por el derecho internacional, la regla destinada a asegurar la protección de los derechos humanos adquiere el valor de *jus cogens*, es decir, de una norma imperativa ante la cual las demás normas internacionales deben subordinarse, incluidas aquellas contenidas en

<sup>29</sup> En relación a la problemática entre los derechos humanos, por una parte, y los tratados bilaterales de inversión y arbitraje en materia de inversiones, por otra, ver L. E. Peterson y K. R. Gray, "International Human Rights in bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration", estudio que data de abril de 2003, realizado por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable y disponible en su sitio web (<http://www.iisd.org>).

<sup>30</sup> A estas alturas, conviene precisar que esta situación es la única en la que las jurisdicciones internacionales del derecho de las inversiones pueden enfrentarse a la problemática de los derechos humanos. Ello, en razón de su competencia *ratione personae* (competencia para conocer de los litigios entre inversionistas y Estados receptores de inversión) y *ratione materiae* (competencia para conocer exclusivamente litigios derivados de las operaciones de inversión). La víctima de la violación de alguno de sus derechos fundamentales carece de la posibilidad de acceder a dichas jurisdicciones, lo mismo para los Estados de origen del inversionista.

<sup>31</sup> Una ilustración muy clara del asunto puede encontrarse en la obra colectiva citada precedentemente, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit. nota 13.

los tratados relativos a las inversiones.<sup>32</sup> La intervención de jueces privados (árbitros internacionales) en la materia no nos parece del todo incorrecta, ya que aun cuando no son los guardianes de ningún ordenamiento jurídico, tienen la responsabilidad de velar por el respeto del orden público internacional, el cual ordena, a su vez, que los derechos fundamentales sean respetados.

32. Por lo demás, no es del todo seguro que el derecho de las inversiones y los derechos humanos se opongan sobre este punto. Si el derecho de las inversiones internacionales tiene una función de protección para los inversionistas extranjeros, esta protección no es de ningún modo absoluta y no les permite por consiguiente actuar del modo que les plazca. Sobre este punto, se ha demostrado que la jurisprudencia arbitral internacional en materia de diferencias relativas a inversiones no reconoce como equivalente a una expropiación una medida adoptada por un Estado para sancionar el comportamiento ilícito del inversionista.<sup>33</sup> Y cabe preguntarse, ¿la violación de los derechos humanos no es acaso el arquetipo de comportamiento ilícito que se puede reprochar a un inversionista extranjero?

Nada permite entonces imaginar que pueda algún día reprochársele a un Estado el haber sancionado a un inversionista extranjero culpable de la violación de un derecho fundamental.

33. El problema en este caso es otro y reside en la identificación precisa de aquello que compone los derechos humanos; ya que tampoco debe caerse en el extremo de considerar como un atentado a los derechos humanos toda actitud reprochable del inversionista.

Sobre este punto, recordémoslo, la protección de los derechos humanos pasa necesariamente por la definición precisa de los mismos, principalmente a través de la "penalización" de los atentados en su contra, tarea que corresponde a los Estados y no a los particulares. Lo anterior pone de manifiesto el auge de la persecución de la responsabilidad de los inversionistas extranjeros involucrados en violaciones a los derechos humanos, auge que podría constituir *in fine* un excelente medio para expandir y desarrollar estos últimos en el mundo.

---

<sup>32</sup> En este sentido, ver R. Bachand, M. Gaillé y S. Rousseau, "*Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques*", AFDI 2003, pp. 575 y ss., especialmente p. 605. Estos autores desarrollan además otros argumentos interesantes destinados a establecer la supremacía de los derechos humanos sobre el derecho de los inversionistas, como por ejemplo, la inserción de dichos derechos humanos en la declaración de Naciones Unidas y la superioridad de la misma sobre toda otra convención internacional concluida por sus miembros.

<sup>33</sup> Ver nota de estudio "*Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux investissements*", en *Où va le droit des investissements?*, obra colectiva realizada bajo la dirección de F. Horchani, cit. nota 8.