

El poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones internacionales

CARLOS HECKER PADILLA

LL.M. Derecho Económico Internacional

Profesor Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO,

UNIVERSIDAD DE TALCA,

UNIVERSIDAD MAYOR

RESUMEN: Atraer la inversión extranjera no es algo fácil para ningún Estado. Los niveles de seguridad requeridos por los inversionistas implican, muchas veces, para dichos Estados la necesidad de recurrir a mecanismos que neutralizarán su poder normativo; ello presenta un doble inconveniente: Por una parte, los Estados soberanos se verán a menudo impedidos de poder proceder a modificaciones legítimas de su propio ordenamiento jurídico, y por otra, los habitantes de este Estado receptor de la inversión podrán verse indefensos ante eventuales violaciones de sus derechos por parte de los inversionistas.

Debe, en todo caso, precisarse que existen posibles vías de solución a dichos problemas. En primer lugar, debemos tener presente que los Estados, aun cuando limiten en cierta medida su soberanía, jamás dejan de tener su poder intrínseco de sanción para castigar a aquel inversionista que viole su legislación. En segundo lugar, y para el caso en que ni siquiera el propio Estado quisiese o se atreviese a intervenir, los habitantes podrán intentar recursos contra los inversionistas por eventuales violaciones a sus derechos, en forma directa ante otras jurisdicciones nacionales, ya sea a través del uso de la vía civil o criminal, en virtud de las llamadas "leyes de competencia universal".

1. Introducción.

El derecho de las inversiones internacionales exige que dos partes bien diferentes, y por consiguiente con intereses a su vez bien diferentes, entren en contacto: Por una parte el Estado, sujeto de Derecho Público y por otra un particular, el inversionista, sujeto de Derecho Privado.

Esta diferencia irreconciliable entre ambos (sujeto de Derecho Público el primero y sujeto de Derecho Privado el segundo) se encuentra en el origen de

las interferencias entre las ramas jurídicas de los derechos humanos y de la inversión internacional, las que se manifiestan especialmente al momento de ejercerse el poder inherente a todo Estado soberano, con miras a proteger el interés general.

2. El poder de los Estados soberanos.

Todo Estado independiente es soberano. Tiene, por lo tanto, un poder absoluto¹ para dictar las reglas que estime necesarias para su existencia, así como para proteger el interés general de sus habitantes; sin embargo, y derivado de ello, es importante recalcar que se encuentra además provisto de un poder sancionatorio destinado a castigar las infracciones que se comentan contra su propio orden jurídico.

El inversionista extranjero, al igual que toda persona, debe aceptar y adaptarse a las reglas antes mencionadas, sin que ello signifique descuidar la seguridad de su inversión. La posibilidad de que un conflicto se presente entre ambos intereses es, por tanto, evidente.

2.1. El poder normativo de los Estados.

Todo Estado tiene el poder para dotarse de un ordenamiento jurídico propio, así como para modificarlo según su conveniencia; sería inconcebible pensar en la existencia de un Estado soberano² que no se encontrase dotado de dicha prerrogativa. Con miras a fomentar la inversión extranjera, sin embargo, dicho poder puede ser neutralizado por el propio Estado, con el fin de dar garantías suplementarias a los inversionistas; dicha neutralización nunca será, en todo caso, total (algo impensable), sino que limitada, pues dicho poder es esencial a la noción misma de Estado.

2.1.1. La neutralización del poder normativo de los Estados.

Como ya lo señaláramos, con la finalidad de atraer la inversión extranjera, los Estados pueden recurrir a la neutralización de su poder normativo, obligándose, por ejemplo, a no modificar su legislación tributaria o laboral durante un cierto lapso. Se trata, en efecto, de una garantía que busca compensar el desequilibrio inherente a una operación de inversión extranjera.

¹ Esta afirmación debe entenderse sin perjuicio de la autolimitación a sus facultades que los Estados pueden aceptar, en virtud de los tratados internacionales suscritos en el ejercicio de su propio poder soberano.

² Pueden, a lo largo de la historia, citarse ejemplos de Estados carentes de poder normativo, como fue el caso de Austria durante el *Anschluss*, o el caso de las colonias y reinos dependientes de las potencias europeas, cuyo ordenamiento jurídico se imponía desde la Metrópolis. Sin embargo, ninguno de los casos mencionados corresponde a la noción de Estado soberano.

En materia de inversión internacional, debemos recalcar, los Estados están provistos “de un privilegio de que su contraparte carece: él es juez y legislador, en otras palabras, posee un poder normativo. Resulta evidente que el deseo de los Estados receptores de inversión extranjera sea el de ver los contratos relativos a dichas operaciones sometidos a su propia jurisdicción”³.

Los inversionistas, por su parte, buscan proteger su inversión del riesgo de parcialidad, propio en este tipo de situaciones, derivado de su condición de extranjeros. Por ello, se exigen ciertas garantías, y la mejor sin lugar a dudas, será aquella en que el Estado receptor de la inversión, en virtud de su propia soberanía, restrinja su poder normativo. La práctica en esta materia exige generalmente⁴ recurrir a dos medios de protección: las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión, y las cláusulas paraguas o *umbrella clauses* en los TBIs.

2.1.1.1. En los contratos de inversión. Las cláusulas de estabilización.

En los contratos de inversión⁵, suscritos entre un Estado y un inversionista, el desequilibrio de poder entre las partes es cierto; el principal riesgo para el inversionista es de que modificaciones arbitrarias tengan lugar. Con el fin de alcanzar el objetivo de equilibrar a las partes en esta relación⁶, varias son las cláusulas que pueden insertarse, a saber:

- a. *La elección de la ley aplicable al contrato*⁷: Las partes pueden perfectamente determinar cuál será la legislación aplicable para resolver eventuales diferendos que pudieren surgir; entre las posibles elecciones destacan la legislación interna del Estado receptor de la inversión, la legislación de un tercer Estado, la *Lex Mercatoria*, el Derecho Internacional Público, entre otras posibilidades.
- b. *Las cláusulas de estabilización y de intangibilidad*: La cláusula de estabilización pretende “impedir que el Estado modifique en su favor el ordenamiento jurídico, es decir, la ley aplicable al contrato. [Mientras que la cláusula de

³ P. MAYER, “La neutralisation du pouvoir normatif de l’Etat en matière de contrats d’Etat”, JDI, 1986, p. 5

⁴ Decimos “generalmente”, pues tal como veremos, si un contrato de inversión contiene una cláusula de estabilización en conjunto con una cláusula de arbitraje, la *umbrella clause* prácticamente no será necesaria; esta última, recordemos, tiene por finalidad elevar una infracción al contrato al nivel de una infracción a una cláusula del TBI.

⁵ Ya sea que se trate o no de contratos celebrados en el marco de un TBI.

⁶ Al respecto ver J.-F. LALIVE “Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents”, RCADI, vol. 181, 1983, pp. 37 y ss.; P. MAYER, op. cit. n° 3, pp. 6-7.

⁷ Según las palabras de P. MAYER, la elección de la legislación aplicable es un medio cuya aplicación resulta ser bastante delicada, puesto que los Estados aceptan muy rara vez someter un contrato en el cual son parte a una ley extranjera. P. MAYER, op. cit. n° 3, p. 6.

intangibilidad] es aquella que impide toda modificación directa o indirecta al espíritu del contrato, a menos que exista acuerdo entre las partes”⁸.

- c. *El arbitraje*: El arbitraje tiene por finalidad “resolver el contencioso a través de un procedimiento expedito, y en especial objetivo y equitativo”⁹. La idea consiste en evitar que cualquier diferendo relativo a inversiones pueda recaer en la jurisdicción del Estado receptor de la inversión; ello con el fin de lograr una justicia lo más imparcial posible. Este riesgo de inequidad se concretiza especialmente cuando las inversiones se han efectuado en países con ordenamientos jurídicos o autoridades poco confiables, o bien, cuya separación de poderes sea poco clara.
- d. *El contrato de seguro respecto de inversiones y exportaciones*: Se trata de un contrato de seguro que tiene la particularidad de cubrir el riesgo de no pago, excluido generalmente en los contratos comerciales ordinarios de seguro¹⁰.

La cláusula de estabilización es evidentemente de enorme importancia para los inversionistas, en los contratos de inversión de larga duración; en su virtud, se encuentran protegidos de todo azar legislativo. El Estado, “potencia soberana, no podrá, invocando dicha calidad, modificar unilateralmente el equilibrio contractual, incluso en pos de consideraciones de interés general, como podría, en principio, hacerlo en el marco del Derecho Administrativo”¹¹.

A pesar de la innegable importancia de esta cláusula, no es menos cierto que en sí ella no elimina completamente el riesgo de parcialidad en las decisiones judiciales¹²; es por ello que una cláusula de arbitraje debe, a menudo, insertarse en conjunto¹³.

⁸ J.-F. LALIVE, op. cit. n° 6, p. 56.

⁹ Ibíd. p. 61.

¹⁰ Ibíd. p. 68.

¹¹ P. CHRESTIA, *Relations Internationales*, Studyrama, París, 2004, p. 68.

¹² Debemos recordar que los tribunales, aun cuando deben ser autónomos, “a menudo se les considera –con o sin razón– como dependientes del Estado al que sirven”, S. MANCIAUX, “Changement de législation fiscale et arbitrage international”, TDM, vol. 2 – issue 3, junio de 2005, p.2.

¹³ Es, por ejemplo, el caso del modelo de contrato de producción compartida de Marruecos de 2006 que contiene una cláusula de estabilización cuyo inciso final dispone que: “[i]f the Parties fail to agree on such changes within a term of sixty (60) days from the date on which [Contractor] delivers a notice on this regard to [Ministry], the matter may be referred to Arbitration...”; Ver en este sentido C. DUVAL et al. *International petroleum exploration and exploitation agreements: Legal economic & policy aspects*, Barrows, 2ª ed., 2009, p. 344. Otro ejemplo que podemos citar es el del contrato de exploración y extracción de gas natural celebrado entre la República de Azerbaiyán y un consorcio compuesto por varias empresas del sector (BP, Total, Turkish Petroleum, etc.) en 2002; este contrato contiene, por una parte, una cláusula de estabilización en su artículo 5.2 (iii) y por otra, una cláusula que somete los diferendos al arbitraje del Ciadi (Art. 17). En efecto, el artículo 5.2 (iii) dispone que el Gobierno de la República de Azerbaiyán se compromete a no actuar “in any manner that could hinder or delay any SCP Activity or otherwise negatively affect the Project or impair any rights granted under any Project Agreement (including such action or inaction predicated on security, health, environmental or safety

2.1.1.2. En los TBIs. Las *umbrella clauses*.

Hoy en día, a pesar de que aún continúan en vigor algunos Contratos de Estado relativos a inversiones, es en virtud de los TBIs que la mayor parte de la inversión extranjera directa se promueve y protege. Ya no es necesario para un inversionista tener que negociar caso a caso con cada Estado; hoy le basta con actuar dentro del marco normativo general, donde los límites a la soberanía de cada Estado fueron ya discutidos y aceptados por este último. Fundadas hoy por hoy, generalmente, en la noción de la no-discriminación, numerosas cláusulas¹⁴ se integran en los TBIs, adoptando la forma jurídica de verdaderas obligaciones positivas del Estado suscriptor para con todos los inversionistas extranjeros que decidan invertir en él en virtud de aquél¹⁵.

En lo tocante a nuestro estudio, la limitación al poder normativo del Estado continúa todavía contenida en las llamadas cláusulas de estabilización. Es evidente que ningún Estado querría limitar su soberanía de forma general en el marco de un tratado.

En este contexto, la pregunta que surge casi de inmediato es de saber cómo el inversionista puede hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado, si las obligaciones relativas a la estabilidad normativa se encuentran tan sólo en un contrato regido, en principio, por su derecho interno. En otras palabras, ¿cómo escapar a la jurisdicción interna del Estado receptor de la inversión? La respuesta se encuentra en las *umbrella clauses*, negociadas a nivel internacional por los Estados parte de los TBIs, con el fin de otorgar una protección suplementaria a sus nacionales.

Las *umbrella clauses* elevan “todo o parte de las infracciones a un contrato privado, al nivel de infracción del TBI, es decir, al nivel de infracción a un tratado regido por el Derecho Internacional Público”¹⁶. No se trata entonces de otra cosa que de una cláusula del TBI que impone a cada Estado parte del mismo, el

considerations that, directly or indirectly, interrupt, impede or limit the receipt, flow or delivery of Natural Gas in, from or through the Facilities...”; por su parte, el artículo 17.2 señala que “the Government and all other Parties hereby consent to arbitrate any [...] dispute pursuant to the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules. The Government shall take any actions or decisions as may be necessary to ensure the effectiveness of the State Authorities’ consent to ICSID jurisdiction for all disputes arising under this Agreement or in any way connected with this Agreement”.

¹⁴ Dentro de estas cláusulas podemos citar la “Cláusula del trato nacional”, “Cláusula del trato de la nación más favorecida”, “Cláusula del trato justo y equitativo”, “Cláusula de protección y seguridad plenas”; ver a este respecto, C. HECKER, “La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales”, *Actualidad Jurídica*, n° 26, Año XIII, julio de 2012, pp. 125-135.

¹⁵ Este inversionista extranjero debe, evidentemente, ser nacional del país con el cual el Estado receptor de la inversión celebró el TBI.

¹⁶ A. SCHULZ, “La future convention sur les accords exclusifs d’élection de for et l’arbitrage. Procédures parallèles et conflits de traités éventuels, notamment avec le CIRDI et la Convention de New York pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, HCCH, La Haya, junio de 2005, p. 15.

deber de respetar las garantías a las cuales se obligó para con los nacionales del otro Estado parte. Ello tiene un enorme interés, pues el efecto práctico de una *umbrella clause* será el de volver internacional una responsabilidad susceptible de ser perseguida únicamente por vía interna. Tal como el profesor Emmanuel Gaillard sostuvo, dichas cláusulas podrían ser calificadas como “cláusulas de efecto espejo”, puesto que “[e]l tratado tiene en efecto como consecuencia, reflejar en el plano del derecho internacional aquello que en el derecho privado se analiza como simples infracciones contractuales”¹⁷.

Ya el primer TBI, celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959, recurría a esta dualidad *umbrella clause* – arbitraje. Así, según su artículo 7 “[e]ither Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party”, a lo que el TBI agregó en su artículo 11 la obligación para los Estados parte de someter a arbitraje internacional sus diferencias relativas a inversiones, en caso de no ser posible alcanzar previamente una solución amistosa¹⁸.

Aun cuando muchos otros TBIs pueden ser señalados¹⁹ para continuar ejemplificando nuestras afirmaciones, estimamos que no es necesario recurrir a ello, dadas las similitudes que todos presentan en su redacción.

Recurrir entonces a cláusulas de estabilización acompañadas por cláusulas de arbitraje parece ser un medio bastante eficaz para borrar los riesgos inherentes de una operación donde el desequilibrio de poderes resulta tan evidente. Debemos en todo caso ser claros al respecto, el alcance de esta solución es bastante limitado.

3. Los límites a la renuncia.

Proteger sus inversiones de cambios legislativos arbitrarios es, para los inversionistas, un tema de vital importancia, en especial si se trata de operaciones económicas previstas para durar un largo período. Las cláusulas de estabilización son muy útiles para lograr dicho objetivo, puesto que en su virtud el

¹⁷ E. GAILLARD, “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”, *Revue de l’arbitrage*, 2003-3, p. 868.

¹⁸ Art. 11 (1) y (2): “(1) In the event of disputes as to the interpretation or application of the present Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship.

(2) If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted

(a) to the International Court of Justice if both Parties so agree or

(b) if they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party”.

¹⁹ Ya en 2004 más del 40% de los TBIs contenían una *umbrella clause*; ver OCDE “Interpretation of the umbrella clause in investment agreements”, Working papers on international investment, n° 2006/3, octubre de 2003, p. 5.

Estado receptor de la inversión se obligará a no modificar las reglas del juego en perjuicio de los intereses de los inversionistas.

Un Estado no podría limitar su capacidad de dictar normas jurídicas sin al mismo tiempo poner en juego su calidad de Estado soberano. De este modo, el desconocimiento por parte del Estado de las obligaciones impuestas en virtud de las cláusulas de estabilización es un riesgo real; ya que la posibilidad de modificar la legislación es indisoluble de la noción de Estado²⁰.

A pesar de ello, el Estado puede, en efecto, renunciar a parte de su soberanía otorgando un régimen excepcional a los inversionistas; renuncia que será en todo caso limitada, tanto en lo que respecta a su contenido, como a sus efectos.

3.1. El contenido de la renuncia.

La renuncia por parte del Estado a su soberanía, como ya hemos avanzado, no puede ser total; siempre se encuentra enmarcada a sólo ciertos sectores específicos²¹, donde el inversionista teme que en virtud de una modificación legal su inversión pueda ya no resultarle rentable. No es menos cierto, en todo caso, que muchas cláusulas de estabilización se encuentran redactadas de forma amplia²², precisamente con el fin de proteger la inversión de toda modificación legislativa que pudiese afectarla.

3.1.1. Una renuncia restringida.

Por renuncia restringida queremos hacer referencia a las cláusulas de estabilización que se refieren exclusivamente a algunos aspectos de la economía del contrato, en especial al aspecto tributario, sin buscar una estabilización global del poder normativo del Estado.

Así por ejemplo, el modelo de contrato de producción compartida²³ de Bahrein de 1998, contiene una cláusula de estabilización que dispone que

“[t]he Parties acknowledge that their fiscal position has been based on this Agreement and the laws which are in force in the State of Bahrain as

²⁰ No puede impedirse a un Estado modificar su legislación, cualquiera que sea el instrumento en virtud del cual asumió dicha obligación. En caso que ello ocurra, el tema a analizar es más bien si, en virtud de dicha actuación, se debe o no una compensación monetaria al inversionista. Al respecto ver C. HECKER, “El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho comparado”, *Actualidad Jurídica*, n° 19, Año X, T. I, enero de 2009, pp. 139-207.

²¹ Los sectores elegidos por excelencia son el derecho tributario, el derecho laboral y el derecho ambiental. Ver al respecto C. KABANGE NKONGOLO, “La révision par l’Etat des contrats conclus avec les personnes privées: cas des contrats miniers en RD Congo”, disponible en el sitio <http://www.leganet.cd> [Consulta: 07 de octubre de 2013].

²² C. DUVAL et al., op. cit. n° 13, pp. 340 y ss.

²³ Production Sharing Contract o PSC.

of the Effective Date. The Parties agree that in the event the Government of the State shall enact any new law or decree which demonstrably has a material adverse effect on...[Contractor's] fiscal position with respect to the Petroleum Operations...[NOC] shall take all steps as may be necessary to restore the fiscal benefit contemplated to be enjoyed by...[Contractor] under this Agreement"²⁴.

Otro ejemplo interesante a ser citado es el del modelo de PSC de Yemen de 2006, el cual en vez de exigir modificaciones legislativas destinadas a mantener la estabilidad de la economía del contrato, pone de cargo del gobierno el pago de eventuales nuevos impuestos, para el evento de una modificación de la normativa tributaria del país. La cláusula de estabilización del contrato señala, a este respecto, que "[t]he MINISTRY shall assume, pay and discharge on behalf of CONTRACTOR, contractor's [Republic of Yemen]...Income Taxes out of the ministry's share of Crude Oil under this Agreement"²⁵.

3.1.2. Una renuncia amplia.

El modelo sirio de PSC de 2002 contiene en efecto una cláusula de estabilización de este segundo tipo, vale decir, una renuncia amplia en materia de soberanía. Señala este contrato que

"[i]f a material change occurs to the CONTRACTOR's economic benefits after the Effective Date of the Contract due to the promulgation of new laws, decrees, rules and regulations, any amendment to the applicable laws, decrees, rules and regulations or any reinterpretation of any of the foregoing made by the Government, the Parties shall consult promptly and make all necessary revisions or adjustment to the relevant provisions of the Contract in order to maintain the CONTRACTOR's normal economic benefit hereunder"²⁶.

En el mismo sentido podemos citar el artículo 43.3 del modelo de PSC de 2006 de la región de Kurdistán en Irak. Se trata de una disposición muy interesante, puesto que además de buscar la estabilización económica del contrato, se da el tiempo de explicar la razón subyacente: el inversionista decidió invertir en un país luego de haber tomado en consideración el marco normativo que rige la economía del contrato.

En efecto, la disposición es bastante clara al señalar que

"[t]he GOVERNMENT guarantees to the CONTRACTOR, for the entire duration of this Contract, that it will maintain the stability of the fiscal and

²⁴ C. DUVAL et. al., op. cit. n° 13, p. 341.

²⁵ *Ibíd.*, p. 344.

²⁶ *Ibíd.*, p. 345.

economic conditions of this Contract, as they result from this Contract and as the result from the laws and regulations in force on the date of signature of this Contract. The CONTRACTOR has entered into this Contract on the basis of the legal, fiscal and economic framework prevailing at the Effective Date. If, at any time after the Effective Date, there is any change in the legal, fiscal and/or economic framework under the Kurdistan Region Law or other Law applicable in the Kurdistan Region which detrimentally affects the CONTRACTOR, the terms and conditions of the Contract shall be altered so as to restore the CONTRACTOR to the same overall economic position as that which CONTRACTOR would have been in, had no such change in the legal, fiscal and/or economic framework occurred"²⁷.

Finalmente, no podemos dejar de citar el modelo vietnamita de PSC de 2007, cuya cláusula de estabilización dispone que

"[i]f after the Effective Date, existing law(s) and regulation(s) are amended or annulled or new law(s) and regulation(s) are introduced in Vietnam, or an official interpretation or application of changes of regulations of a law, or license is cancelled, not renewed, or the conditions therefore are revised adversely affecting the economic interest of the CONTRACTOR under this Contract, then upon notice from the CONTRACTOR the Parties shall consult promptly with each other and make such changes to this Contract as are necessary both to maintain the CONTRACTOR's rights, benefits and interests hereunder, including CONTRACTOR's share of Profit Oil or Profit Gas, as at the Effective Date and to ensure that any revenues or incomes or profits, including any one or more of the foregoing, derived or to be derived to the CONTRACTOR under this Contract, shall not in any way be diminished in comparison to that which was originally contemplated as a result of such changes of laws or annulment therefrom or their interpretation or application or as a result of such changes, cancellation or nonrenewal of approvals for licenses"²⁸.

3.2. Los efectos de la renuncia.

El principal efecto de esta renuncia es, como lo hemos venido diciendo, limitar el poder normativo de los Estados, los que ejerciendo libremente su poder soberano, decidieron actuar de este modo con el fin de promover o atraer las inversiones en su territorio.

Sin embargo, no debe caerse en el error de pensar que una cláusula de estabilización tiene el poder suficiente como para impedir toda ulterior modificación del ordenamiento jurídico que pudiese afectar la economía del contrato, por

²⁷ Disponible en el sitio http://web.krg.org/pdf/3_KRG_Model_PSC.pdf [Consulta: 07 de octubre de 2013].

²⁸ C. DUVAL et al., op. cit. n° 13, p. 346.

parte del Estado. Todo Estado soberano tiene el poder inherente de modificar su propia legislación; el efecto de la cláusula se traduce entonces sólo en un reforzamiento de la posición del inversionista para solicitar una justa indemnización, para el caso en que el acuerdo se infrinja²⁹.

En este punto, una duda parece surgir de toda lógica; si todo Estado soberano tiene el poder de modificar sus leyes, y ello se trata de una manifestación de dicha soberanía, ¿por qué el Estado tendría la obligación de respetar una obligación asumida con un simple particular, si ella viene a limitar dicho poder, en principio, inalienable? La respuesta se encuentra en el principio del respeto de la buena fe respecto de los acuerdos celebrados³⁰; principio invocado por los árbitros en numerosas sentencias dictadas en esta materia.

Así, en el caso *Power and Traction c. Grecia*³¹, el tribunal señaló en su sentencia de 18 de marzo de 1930, que

“[I]a convención de 17 de octubre de 1925 ¿se trata más bien de una concesión de servicio público que de un contrato civil? De acuerdo al criterio de los árbitros, esta distinción carece de importancia. Sea que la convención se trate de una concesión de servicio público o de un contrato de derecho civil, es indudable que tanto en uno como en otro caso, ella supone acuerdos *bona fide* que deben ser respetados”.

Más tarde, y en el mismo sentido, en el caso *Petrola Hellas c. Grecia*³², la sentencia dictada por el tribunal el 22 de abril de 1978 señaló que

“[s]ubsidiariamente, el demandante alegó que debió incurrir en pagos por impuestos excepcionales; [es por ello que] el Estado griego deberá considerarse como responsable de los perjuicios sufridos por el demandante, fundado en que, ejerciendo su poder soberano, violó unilateralmente sus obligaciones contractuales. Tal perjuicio debe ser efectivamente compensado por el Estado griego, teniendo por fundamento el principio de buena fe”.

Podemos concluir entonces que el Estado debe cumplir con sus obligaciones contractuales, contraídas respecto de los inversionistas; sin embargo, tenemos que dejar muy en claro que los efectos de la neutralización del poder normativo son, en todo caso, muy limitados. Tal como lo constató S. Manciaux, “si bien existe renuncia a parte de la soberanía, constatamos que ella es mínima, en la medida que la cláusula de estabilización sólo hace inoponible a la operación en

²⁹ *Ibíd.*, p. 341.

³⁰ S. MANCIAUX, *op. cit.* n° 12, p. 18.

³¹ *Power and Traction Finance Company Ltd. c. Grecia*, arbitraje *ad hoc*, sentencia de 18 de marzo de 1930.

³² *Petrola Hellas S.A. c. Grecia*, arbitraje *ad hoc*, sentencia de 22 de abril de 1978.

curso –y sólo a ella– toda modificación legislativa o reglamentaria dictada con posterioridad y sólo respecto de las materias abarcadas por dicha cláusula”³³.

De hecho, esa ha sido la postura adoptada por la justicia arbitral en diversos casos, entre los cuales podemos citar *Agip c. Congo*³⁴, donde los jueces decidieron que

“[d]ichas cláusulas de estabilización que fueron libremente acordadas por el Gobierno no afectan, en principio, su soberanía legislativa ni reglamentaria, pues conserva tanto la una como la otra respecto de aquellos, nacionales o extranjeros, con quienes el Gobierno no suscribió dichos acuerdos, y además, puesto que ellas se limitan exclusivamente, en este caso, a hacer inoponibles respecto de su contraparte, las modificaciones a las disposiciones legislativas y reglamentarias señaladas en el acuerdo”.

4. El poder de sanción de los Estados.

Otro aspecto de la soberanía susceptible de crear interferencias entre los derechos humanos y el derecho de las inversiones internacionales, es el poder de sanción de los Estados, ejercido ya sea en virtud de un acto de la Administración, ya sea a través de las jurisdicciones internas.

Si los inversionistas infringen los derechos humanos de la población, podríamos concluir que los Estados están facultados para adoptar medidas de sanción; una situación bastante más complicada podría presentarse en caso de que dichos Estados no se decidan a actuar. Analicemos ambas situaciones.

4.1. Las sanciones impuestas por el Estado receptor de la inversión.

Pocas han sido las veces que hemos podido apreciar casos llevados ante las jurisdicciones internas de los Estados relativas a la violación directa de los derechos humanos, por parte de los inversionistas³⁵. Sin embargo, obrando por analogía, como para el caso de las infracciones a las obligaciones del derecho común, según nuestro entender, la violación de los derechos humanos por

³³ S. Manciaux, op. cit. n° 12, p. 15.

³⁴ *Agip S.p.A c. República Popular del Congo*, arbitraje Ciadi n° ARB/77/1, sentencia de 30 de noviembre de 1979, §85.

³⁵ Que un inversionista sea responsable de infracciones penales relativas a los derechos humanos es una situación relativamente difícil de imaginar. De existir dichos casos, sería muy probablemente con el beneplácito del Estado receptor de la inversión; no es por consiguiente difícil entender por qué dichas situaciones no se han planteado nunca ante las jurisdicciones internas. Para un análisis de esta situación, vid. infra. 3.2 “Las posibles vías a utilizar por los afectados cuando el Estado receptor de la inversión no interviene”.

parte de un inversionista, debe descartar de plano la aplicación del derecho de las inversiones internacionales.

En otras palabras, si el inversionista no respecta los acuerdos celebrados o actúa dolosamente, la protección de que goza, emanada del derecho de las inversiones internacionales, debe dar lugar a la aplicación de las reglas de derecho interno del Estado³⁶ en que dichas infracciones se cometieron.

Tomemos por ejemplo el célebre caso *Genin c. Estonia*³⁷, donde el Banco Central estonio revocó la autorización de inversión otorgada al Estonian Innovation Bank, por cuanto este último se rehusó a presentar una serie de informaciones solicitadas por la Administración, durante el primer semestre de 1997³⁸.

En efecto, el artículo 17(5) de la *Law of the Central Bank of the Republic of Estonia* dispone que

“*Eesti Pank* has the right to request from all credit institutions data, documents, reports and agreements as well to require appropriate explanations of these data”. La infracción a esta obligación justificó, a ojos del tribunal arbitral, la revocación de la autorización de invertir, puesto que “the decision taken by the Bank of Estonia must be considered in its proper context—a context comprised of serious and entirely reasonable misgivings regarding EIB’s management, its operations, its investments and, ultimately, its soundness as a financial institution”³⁹. Por consiguiente, ninguna violación a las disposiciones del TBI pudo constatarse⁴⁰.

En el mismo sentido, en el caso *Azinian c. México*⁴¹, el tribunal estimó que la anulación del contrato de concesión por parte de las autoridades, no constituía de ninguna manera una infracción a las disposiciones del TLCAN, como consecuencia de actuaciones fraudulentas realizadas por el inversionista.

³⁶ O al menos, a las reglas del orden jurídico elegido por las partes en el contrato.

³⁷ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. & A.S. Baltoil c. República de Estonia*, arbitraje Ciadi n° ARB/99/2, sentencia de 25 de junio de 2001. Señalemos que este caso no nació de un contrato—como ocurre la mayor parte del tiempo—sino de que una autorización para invertir y su posterior revocación por parte del Estado.

³⁸ S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d’autres États. Trente années d’activité du Cirdi*, Litec, Dijon, 2004, p. 397.

³⁹ *Genin c. Estonia*, cit. supra., n° 37 §361

⁴⁰ *Ibid.*, §365.

⁴¹ *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, arbitraje Ciadi, n° ARB(AF)/97/2, sentencia de 01 de noviembre de 1992, Parte VI.C, §124; en el mismo orden de ideas, *Biloune & Marine Drive Complex c. Ghana Investments Centre & Government of Ghana*, arbitraje Cnudmi, sentencia de 27 de octubre de 1989, §26, “In the view of the Tribunal, such prevention of MDCL from pursuing its approved project would constitute constructive expropriation of MDCL’s contractual rights in the project and, accordingly, the expropriation of the value of Mr. Bioune’s interest in MDLC, unless the respondent can establish by persuasive evidence sufficient for these events”. Para una explicación completa de este tema, así como para una mayor cantidad de ejemplos, v. S. MANCIAUX, “Les mesures équivalentes à une expropriation dans l’arbitrage international relatif aux investissements”, en F. HORCHANI, *Où va le droit de l’investissement?*, Pedone, 2006, Túnez, p. 82.

Podemos entonces constatar que los Estados tienen poder para sancionar las infracciones cometidas por los inversionistas, sin que ello implique una infracción al TBI que enmarca la operación de inversión; una interpretación analógica resulta necesaria, a nuestro entender, cuando la infracción implique una violación contra los derechos humanos de la población. ¿Pero qué ocurre si el inversionista es acusado por la población de haber violado diversos derechos humanos y el Estado receptor de la inversión no actúa? ¿*Quid* del caso en que ni siquiera existan las garantías suficientes para iniciar tal acción ante las jurisdicciones internas?

4.2. Las posibles vías a utilizar por los afectados cuando el Estado receptor de la inversión no interviene.

Cuando los derechos de la población han sido infringidos por un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión no adopta ninguna medida al respecto, diversas vías parecen existir para permitir a las víctimas el acceso a la justicia y a la obtención de una eventual indemnización. El poder de sanción no surge en este caso, evidentemente, del Estado en que se produjo la infracción, sino que de aquellos Estados cuyas jurisdicciones internas se han considerado competentes para resolver el litigio. Procederemos al análisis de esta situación a la luz de un célebre y muy mediático caso: Total-Unlocal en Birmania, el cual fue juzgado tanto en Europa como en Estados Unidos.

4.2.1. La vía penal contra Total en Europa.

Dos fueron las vías utilizadas por las víctimas, con el fin de hacer efectiva la responsabilidad penal de Total. Primero en Francia, en virtud de los artículos 224-1 y siguientes del Código Penal francés; luego en Bélgica, en virtud de la ley belga sobre competencia universal de 1993.

4.2.1.1. Querrela interpuesta en virtud del derecho penal francés.

Una primera posibilidad a tener en consideración, es la de entablar una acción penal ante las jurisdicciones del Estado de la nacionalidad del inversionista. En los hechos, querrellarse ante las jurisdicciones birmanas estaba fuera de toda discusión –debido al régimen represivo en el poder–; se decidió entonces recurrir a los tribunales franceses, en virtud de la nacionalidad que ligaba a Total con dicho país⁴².

Entablar una acción penal presenta, en todo caso, un inconveniente mayor que debe ser sorteado por los querellantes: la interpretación estricta del derecho penal, lo que podría traducirse fácilmente en un no ha lugar, como consecuencia

⁴² L. HENNEBEL, *L'affaire Total-Unlocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis*, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, Universidad Católica de Lovaina, CRIDHO, working paper, 2006/09, pp. 11-12.

de no lograr cumplir con todos los exigentes requisitos exigidos por esta rama del Derecho. Fue, de hecho, lo que ocurrió en el caso en cuestión.

Los querellantes alegaban haber sido secuestrados, por el hecho de haber sido forzados a "trabajar bajo la permanente amenaza de violencia por parte de los militares [birmanos], quienes los maltrataban en caso de no cumplir con las tareas que les eran impuestas por la fuerza. [Asimismo], afirman haber sido testigos de malos tratos y violencia por parte de dichos militares en contra de otros trabajadores en el mismo campo de trabajo"⁴³. El responsable de esta situación sería Total, puesto que el lugar de trabajo a que hacen referencia se encontraba bajo la responsabilidad directa de la petrolera francesa, por intermedio de su filial *Total Myanmar Exploration Production*⁴⁴.

El problema que se presentó es que el secuestro reprimido en el Código Penal francés no cubre la hipótesis del trabajo forzado⁴⁵⁻⁴⁶, razón por la cual el fiscal solicitó que el tribunal declarase no ha lugar a las pretensiones de los querellantes. La Corte de Apelaciones señaló, sin embargo, que "los males sufridos por los civiles van más allá del trabajo forzado mismo, que conciernen en realidad, las condiciones en las que los querellantes alegan haber tenido que dejar sus pueblos, y haber visto limitada su libertad de movimiento, por períodos que podían incluso alcanzar un mes o más, al ser conducidos a los lugares donde tenían lugar los trabajos forzados, siendo obligados a permanecer en dicho lugar; que tales hechos, si lograsen ser acreditados, podrían recibir las calificaciones sucesivas de arresto y de secuestro de los artículos 224-1 y siguientes del Código Penal; que la existencia del trabajo forzado al que habrían sido sometido los querellantes constituye un elemento fáctico susceptible de corroborar la realidad de los arrestos y secuestros denunciados; que por consiguiente no debe el tribunal declarar no ha lugar, sino que continuar con las investigaciones tendientes a dilucidar la existencia de los crímenes denunciados por los querellantes y sus responsables"⁴⁷.

⁴³ Corte de Apelaciones de Versalles, Sala de Instrucción, 10ª sala-sección A, sentencia de 11 de enero de 2005, p. 8.

⁴⁴ L. HENNEBEL, op. cit., n° 42, p. 12.

⁴⁵ Los artículos 224-1 a 224-5-2 del Código Penal francés no parecen cubrir la hipótesis de un secuestro cometido con el fin de forzar a alguien a trabajar.

⁴⁶ Una discusión interesante a este respecto tuvo lugar durante el proceso. Los querellantes birmanos señalaron que el derecho francés reconoce el trabajo forzado como un tipo de secuestro, puesto que según el artículo 2 n° 5, 6 y 7 de la ordenanza de 28 de agosto de 1944 relativa a la represión de crímenes de guerra, la noción de secuestro cubre respectivamente: 5) *el trabajo forzado de civiles y la deportación, por cualquier motivo que se invoque, de un individuo detenido o internado sin que una condena regular, impuesta conforme a las leyes y costumbres de la guerra, haya sido definitivamente pronunciada en su contra*; 6) *emplear a prisioneros de guerra o civiles detenidos para fabricar armamento*; 7) *emplear prisioneros de guerra o civiles como escudos para la protección del enemigo*. La situación era, para los afectados birmanos, perfectamente equivalente. El fiscal por su parte, señaló que la ordenanza de 28 de agosto de 1944 era una ley excepcional e imperativa, sometida por consiguiente a reglas de interpretación restrictiva, no susceptible de extenderse a los casos expuestos en la querrela. C. Apelaciones Versalles, Sala de Instrucción, 10ª Sala-sección A, sentencia de 11 de enero de 2005, p. 15.

⁴⁷ C. Apelaciones Versalles, Sala de Instrucción, 10ª Sala-sección A, sentencia de 11 de enero de 2005, p. 15.

En vista de esta resolución, Total decidió celebrar una transacción con los querellantes en 2005, sujeta a la condición de desistirse ante los tribunales. Finalmente, en junio de 2006, la justicia francesa declara no ha lugar a las pretensiones de los afectados, señalando que “a pesar de que la existencia de los hechos denunciados no puede ser cuestionada, ellos no pueden asimilarse al secuestro”⁴⁸.

Desde el punto puramente académico, no podemos sino lamentar el curso que tomaron los hechos. Hemos de reconocer que hubiese sido muy interesante ver cuál habría sido la decisión de las jurisdicciones francesas en caso de continuar los querellantes con su acción contra Total. ¿La sentencia de 2006 habría tenido lugar en caso de no haberse efectuado una transacción un par de meses antes? En especial, si tomamos en cuenta los motivos que fundaron el rechazo a la solicitud presentada por el fiscal a la Corte de Apelaciones de Versalles en 2005.

4.2.1.2. Querrela interpuesta en virtud de la ley belga sobre competencia universal.

Dictada en 1993, la “*ley relativa a la represión de las infracciones graves a los Convenios Internacionales de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a los protocolos I y II de 8 de junio de 1977 adicionales a esta convención*”⁴⁹, hizo del Estado belga un verdadero “guardián del mundo”. Sus jurisdicciones serían competentes para juzgar a toda persona que hubiese infringido los Convenios Internacionales de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al Derecho de la Guerra, sin necesidad de tomar en consideración la nacionalidad del infractor, ni el lugar de comisión del ilícito⁵⁰.

Fue fundándose en esta ley que en 2002 una querrela se interpuso en contra de Total y de su Director Ejecutivo⁵¹ por crímenes contra la humanidad, debido al apoyo moral, financiero, logístico y militar brindado a la dictadura militar birmana⁵². Una vez interpuesta la querrela ante el tribunal competente en lo penal, en virtud del artículo 29 de la ley de 2003 relativa a las violaciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario, corresponde a la Corte de Casación pronunciarse sobre un eventual desasimiento del juez belga. En efecto,

⁴⁸ M. BASTIAN, “Non-lieu pour Total, même si le travail forcé a existé en Birmanie”, comunicado de prensa AFP, Nanterre, 22 de junio de 2006.

⁴⁹ Ley derogada en 2003, como consecuencia de presiones políticas sufridas por Bélgica, en especial por parte del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, luego de varias querrelas interpuestas por individuos de las más diversas nacionalidades contra George W. Bush, Colin Powell, Dick Cheney y Norman Shwartzkopf; A. BAILLEUX, “L’histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps: ouverture, étroitesse, modestie”, *Droit & Société*, 59/2005, p. 125.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 107 y ss.

⁵¹ El cargo oficial en lengua francesa es: *Président-Directeur Général* (PDG).

⁵² A. BAILLEUX, op. cit., n° 49, p. 128; L. HENNEBEL, op. cit., n° 42, p. 17.

la Corte⁵³ declaró dicho desasimio, debido a que los hechos denunciados habían sido perpetrados fuera del Reino, que ninguna de las partes era belga⁵⁴ y finalmente, puesto que el presunto autor no tenía su residencia principal en Bélgica al momento de interponerse la acción⁵⁵.

En 2006, la Corte de Arbitraje⁵⁶ anuló indirectamente el fallo de la Corte de Casación; según su punto de vista, el artículo 29 §3 inc. 2° era inconstitucional, por cuanto violaba el artículo 16.2⁵⁷ de la Convención de 28 de julio de 1951 relativo al Estatuto de los Refugiados, ratificado por Bélgica en 1953. Así las cosas, ordenó la derogación, entre otros, del artículo 29 §3 inc. 2° y dictaminó que los efectos producidos por las disposiciones derogadas que se hubiesen traducido en el desasimio de los jueces, se mantendrían firmes; pero sólo en aquellos casos “en que ninguno de los querellantes hubiese tenido la calidad de refugiado reconocido por Bélgica al momento de interponer la acción”⁵⁸.

Fue recién en 2008, que la Corte de Casación decidió el asunto en forma definitiva; habiendo sido requerida nuevamente sobre el mismo caso, decidió fundándose en la autoridad de cosa juzgada que la derogación de la norma “y su ulterior reemplazo por una ley que modifica sus condiciones de aplicación, no podrían tener como efecto, ni aun por medio de un mandato del Ejecutivo, poner nuevamente en movimiento, en perjuicio de los querellados, una acción pública a la cual se le puso término judicialmente en virtud de una ley entonces en vigor”. Hemos de reconocer que esta decisión nos parece paradójica, puesto que no debe olvidarse que el primer litigio se falló conforme a

⁵³ Corte de Casación belga, n° P.04.0482.F/1, sentencia de 29 de junio de 2005, inédita, disponible en <http://jure.juridat.just.fgovv.be> [Consulta: 08 de octubre de 2013].

⁵⁴ Una cuestión prejudicial se presentó en relación a la calidad de refugiado reconocida por Bélgica a uno de los querellantes, situación que impediría a la Corte pronunciar el desasimio del juez. Aun cuando la Corte de Arbitraje señaló que declarar el desasimio constituiría una interpretación inconstitucional del artículo 26 §3 inc. 2° de la ley –ya que sería contrario al artículo 16.2 de la Convención de 28 de julio de 1951 relativo al Estatuto de los Refugiados–, la Corte de Casación se mantuvo en su postura, impidiendo al juez conocer del asunto, fundada en que por una parte dicha norma era una disposición sustantiva de Derecho Penal (y por consiguiente de interpretación restrictiva), y por otra parte en que dicho artículo 16.2 de la Convención no podía interpretarse como una obligación para el juez de considerar a un refugiado como nacional belga. Corte de Casación belga, n° P.04.0482.F/1, sentencia de 29 de junio de 2005, cit. supra, n° 53.

⁵⁵ Art. 29 §3 inc. 2°: “Les affaires pendantes à l’instruction à la date d’entrée en vigueur de la présente loi et portant sur des faits visés au titre Ibis, du livre II, du Code pénal, sont transférées par le procureur fédéral au procureur général près la Cour de cassation endéans les trente jours après la date d’entrée en vigueur de la présente loi, à l’exception des affaires ayant fait l’objet d’un acte d’instruction à la date d’entrée en vigueur de la présente loi, dès lors que, soit au moins un plaignant était de nationalité belge au moment de l’engagement initial de l’action publique, soit au moins un auteur présumé a sa résidence principale en Belgique, à la date d’entrée en vigueur de la présente loi”.

⁵⁶ La Corte de Arbitraje belga es el equivalente a nuestro Tribunal Constitucional.

⁵⁷ “En el Estado Contratante donde tenga su residencia habitual, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales, incluso la asistencia judicial y la exención de la *cautio judicatum solvi*”

⁵⁸ Corte de Arbitraje belga, n° 104/2006, sentencia de 21 de junio de 2006, inédita, disponible en <http://jure.juridat.fgovv.be> [Consulta: 08 de octubre de 2013].

una ley declarada inconstitucional, posteriormente derogada, la cual debería entonces, en palabras de la propia Corte de Arbitraje, ser considerada como jamás dictada si el juicio hubiese sido iniciado por una persona que tuviese la calidad de refugiado reconocida por Bélgica. La autoridad de cosa juzgada no nos parece entonces pertinente como fundamento de la decisión.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, podemos constatar entonces que tanto ante la justicia francesa como la belga, el fondo del asunto jamás tuvo oportunidad de analizarse. Es precisamente el riesgo que se corre al intentar una acción penal: Los principios de interpretación restrictiva de las normas penales, así como el de *nullum crimen nulla pœna sine legem*, aparecen como importantes disuasivos al respecto. Proponemos entonces contrastar esta situación con la de la utilización de la vía civil.

4.2.2. La vía civil contra Unlocal en Estados Unidos⁵⁹.

La acción judicial contra Unlocal se fundó en la Alien Tort Claims Act (ATCA) de 1789, sección del Código de los Estados Unidos⁶⁰ (28 U.S.C. §1350) que señala que “[t]he district courts shall have original jurisdiction of any action by alien for tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”.

A primera vista, esta disposición parece otorgar al juez estadounidense una competencia universal, para juzgar toda violación al derecho de gentes y a los tratados ratificados por los Estados Unidos, que cause un daño a un extranjero. Veremos, sin embargo, que una correcta interpretación debe ser más restringida, al matizar el contenido del ATCA con las reglas que rigen la competencia *ratione personæ* del tribunal.

En el caso en cuestión, la demanda perseguía la responsabilidad no sólo de Unlocal, sino que también la de Total; en efecto, ambas gigantes petroleras habían celebrado contratos para la explotación del gas con el Gobierno birmano. A este respecto, la Corte de Distrito de California –donde la demanda había sido interpuesta– debía analizar si las jurisdicciones estadounidenses eran competentes para resolver el asunto, a pesar de la distinta nacionalidad de ambas sociedades.

⁵⁹ Han sido numerosas las acciones civiles que se han intentado en Estados Unidos contra empresas multinacionales en virtud del ATCA, como por ejemplo, contra Shell por la comunidad Ogoni de Nigeria, contra British Petroleum (BP), Chevron, Talisman, entre otras; a este respecto, y para una ilustración más completa, v. L. LIBERTI, “Investissements et droits de l’homme”, en Ph. KAHN & T. WÄLDE, *Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 799 y ss.

⁶⁰ El Código de los Estados Unidos es una codificación del derecho federal norteamericano, con carácter general y permanente, efectuada por la *Office of the Law Revision Counsel* de la Cámara de Representantes.

Ningún problema se presentaba respecto de Unlocal⁶¹, sociedad norteamericana, cuyo domicilio se encontraba en California; pero ¿y respecto de Total? ¿Resulta necesario un vínculo con Estados Unidos, para que el juez estadounidense pueda conocer de un asunto en virtud del ATCA?, y en caso de ser necesario, ¿había alguno en el caso en cuestión?

De un modo general, “la jurisprudencia del ATCA revela que el juez americano puede conocer las demandas fundadas en el ATCA, persiguiendo ciudadanos o residentes estadounidenses, empresas norteamericanas, así como sociedades extranjeras siempre que éstas *do business in the forum*, lo que significa, en principio, que ellas deben desarrollar actividades comerciales substanciales en el territorio del foro”⁶².

Deben entonces, reunirse dos condiciones para que el juez americano resulte competente *ratione personæ* en virtud del ATCA. En primer lugar, que el demandado resida en Estados Unidos, o que al menos tenga un nexo con el foro; por otra parte, es necesario también que desarrolle actividades comerciales substanciales. En el caso en cuestión, y a pesar de los argumentos de los demandantes, la Corte estimó que ninguna de las dos condiciones se encontraban presentes respecto de Total, permitiéndole escapar al procedimiento civil iniciado en su contra⁶³.

Respecto del fondo en el caso Unlocal, las jurisdicciones norteamericanas interpretaron el derecho internacional señalando que impone a las empresas “la obligación de abstenerse de toda complicidad en la violación de los derechos humanos, [y que la] responsabilidad de las empresas tendría que hacerse efectiva en aquellos casos en que inciten o ayuden a planificar, preparar o cometer la violación, comprendiéndose los casos en que se provean medios materiales o financieros o toda otra forma de asistencia, que tenga como efecto substancial facilitar la perpetración de un ilícito internacional”⁶⁴.

Esta interpretación que han efectuado las jurisdicciones norteamericanas es bastante interesante; sobre todo, puesto que luego del fallo dictado por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en 2002, podemos constatar que Unlocal incurrió efectivamente en una violación contra los derechos humanos en Birmania. En efecto, el fallo señala que

⁶¹ Hoy, propiedad de Chevron Texaco.

⁶² La mayor parte de las empresas “poseen al menos una oficina de representación o un agente representante en los Estados Unidos. La sola existencia de una oficina o de un agente de representación permite salvar el problema de la excepción *ratione personæ*, con la condición de demostrar que dicho agente u oficina de representación se encontraba bajo el control efectivo y cotidiano de la sociedad madre”, L. HENNEBEL, op. cit., n° 42, p. 23.

⁶³ Doe 1 v. Unlocal Corp., 27 F.Supp.2d 1174, 1184 (C.D. Cal. 1998).

⁶⁴ L. LIBERTI, op. cit., n° 59, pp. 802 y ss.

“[t]he evidence also supports the conclusion that Unlocal gave practical assistance to the Myanmar Military in subjecting Plaintiffs to forced labor. The practical assistance took the form of hiring the Myanmar Military to provide security and build infrastructure along the pipeline route in exchange for money or food. The practical assistance also took the form of using photos, surveys, and maps in daily meetings to show the Myanmar Military where to provide security and build infrastructure. The evidence further supports the conclusion that Unlocal gave “encouragement” to the Myanmar Military in subjecting Plaintiffs to forced labor. The daily meetings with the Myanmar Military to show it where to provide security and build infrastructure, despite Unlocal’s knowledge that the Myanmar Military would probably use forced labor to provide these services, may have encouraged the Myanmar Military to actually use forced labor for the benefit of the Project. Similarly, the payments to the Myanmar Military for providing these services, despite Unlocal’s knowledge that the Myanmar Military had actually used forced labor to provide them, may have encouraged the Myanmar Military to continue to use forced labor in connection with the Project. This assistance, moreover, had a “substantial effect” on the perpetration of forced labor, which “most probably would not have occurred in the same way” without someone hiring the Myanmar Military to provide security, and without someone showing them where to do it. This conclusion is supported by the admission of Unlocal Representative Robinson that “[o]ur assertion that [the Myanmar Military] has not expanded and amplified its usual methods around the pipeline on our behalf may not withstand much scrutiny”, and by the admission of Unlocal President Imle “[i]f forced labor goes hand and glove with the military yes there will be more forced labor”⁶⁵.

No resulta extraño entonces, que el 13 de diciembre de 2004 las partes hayan anunciado un acuerdo amigable, condicionado al desistimiento de las demandas por parte de las víctimas. A pesar de esta forma alternativa de resolución del litigio –la misma utilizada en Europa–, recurrir a la vía civil parece otorgar más posibilidades de éxito a quienes interponen la acción; los tribunales, en este caso, tuvieron al menos la posibilidad de pronunciarse respecto del fondo del asunto y de reconocer la existencia de violaciones contra los derechos humanos. Podemos luego imaginar, sin riesgo de equivocarnos, que una indemnización podría eventualmente haber sido otorgada a las víctimas, en caso de haber llegado a la sentencia definitiva, solución que no necesariamente tendría lugar en un caso ventilado ante las jurisdicciones criminales.

⁶⁵ Doe. 1 v. Unlocal Corp., 395 F.3d 932 (Court of Appeals ninth circuit), 2002, p. 6.