

# 1. Inversiones internacionales y sostenibilidad: un complejo equilibrio basado en el respeto de los derechos humanos

La inversión extranjera directa es un motor de crecimiento particularmente necesario para las economías en transición hacia el desarrollo<sup>1</sup>. En la agenda de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas esta afirmación se ve reflejada en el Objetivo de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) nº 9, consagrado a la promoción de infraestructuras, necesarias a su vez para la consecución del resto de ODS. Las infraestructuras clave que facilitarán los ODS nº 3 (salud), nº 6 (agua y saneamiento), nº 7 (energía limpia y asequible), destacan por sus elevados costes y, por otro lado, por los impactos socioambientales negativos que puede conllevar su construcción y ejecución.

Estos impactos pueden analizarse desde la perspectiva del Derecho Internacional (en adelante, DI) público, es decir, examinando el cumplimiento que los Estados hacen de las obligaciones internacionales (convencionales o consuetudinarias) en materia de medioambiente y derechos humanos. En términos de Responsabilidad Social Corporativa (en adelante, RSC) y sostenibilidad, esto es, desde la perspectiva del sector privado, también resulta esencial vigilar y mitigar las posibles consecuencias negativas que generan los proyectos de inversión. El siguiente gráfico resume las principales problemáticas que pueden plantearse:



Fuente: elaboración propia

A resultas de este escenario, en los Estados receptores netos de inversiones internacionales ha emergido la necesidad de compaginar estas inversiones con el debido respeto de intereses públicos globales de carácter social y medioambiental<sup>2</sup>. Estas inquietudes socioambientales, que el sector privado debe gestionar a través del concepto de sostenibilidad, encuentran su traducción jurídica en el marco del DI de los derechos humanos.

1 UNCTAD, "Investment Policy Monitor", de marzo de 2022.

2 Sobre esta noción: ver A.J. RODRIGO y M. ABEGÓN, "El concepto y los efectos de los tratados de protección de intereses generales de la comunidad internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, nº 1, 2017, pp. 167-193.

Como se expone a continuación, los Estados deben mejorar la coherencia con la que gestionan sus obligaciones internacionales concurrentes. Por un lado, en la protección de los inversores internacionales y, por otro lado, en la efectividad de los derechos humanos durante la ejecución de los proyectos de inversión. En este ámbito concurren dos sectores normativos especializados con diferentes normas sustantivas y distintos medios de solución de las controversias internacionales. Resulta imprescindible arbitrar fórmulas jurídicas que permitan entablar un diálogo entre ambos.

## 2. Las cuestiones socioambientales y el Derecho Internacional de las inversiones

En este apartado se presenta hasta qué punto el DI de las inversiones viene siendo permeable a lo que se ha denominado en las anteriores líneas como “cuestiones socioambientales”.

### 2.1. La protección de las inversiones internacionales desde el Derecho Internacional de las inversiones: un régimen normativo particular, pero sometido al Derecho Internacional Público

Cuando los Estados ratifican un tratado bilateral o multilateral sobre protección de las inversiones entre sí o celebran contratos de inversión con empresas o consorcios transnacionales, se imponen a sí mismos la obligación de proteger al inversor y a la inversión internacional frente a los riesgos no económicos que puedan surgir en el desarrollo y ejecución de sus operaciones. Se crea, de esta manera, un marco jurídico particular dotado de una gran autonomía normativa y que se sirve de un mecanismo propio para la solución de las controversias: el arbitraje de inversiones.

#### 2.1.1. El Derecho Internacional de las inversiones: un régimen asimétrico que genera complejas situaciones de intersección normativa

El régimen jurídico al que los Estados se someten voluntariamente en el seno del DI de las inversiones se caracteriza por la asimetría, pues los derechos suelen recaer del lado de los inversores internacionales generalmente (empresas transnacionales) y las obligaciones del lado de los Estados. Esta situación se replica si la relación entre los inversores internacionales y el Estado huésped de la inversión trae causa de un tratado bilateral o multilateral sobre protección de las inversiones. Si, por el contrario, la misma es tributaria de un contrato de inversión o tiene su origen en el derecho interno del Estado huésped de la inversión, entonces sí podrían identificarse algunas obligaciones para los inversores internacionales.

En todo caso, cuando la conducta de una empresa transnacional genera perjuicios en el territorio donde opera, el DI de las inversiones no suele disponer mecanismos para remediar los daños a las supuestas víctimas. Estas últimas deben acudir a otros medios internos (tribunales internos) o internacionales (tribunales regionales de derechos humanos) situados extramuros del DI de las inversiones para entablar una reclamación contra la empresa transnacional o el Estado huésped de la inversión, respectivamente. En el plano internacional, más en particular en el marco del DI de los derechos humanos, la demanda será planteada potencialmente contra el Estado de nacionalidad de las propias víctimas, nunca contra la empresa transnacional.

En claro contraste, los inversores internacionales pueden resolver eventuales controversias con el Estado huésped de la inversión directamente a través del arbitraje de inversiones, es decir, ante un foro jurisdiccional de carácter internacional que, en ocasiones, prescinde de los tribunales internos de aquel Estado, sorteando así el riguroso régimen de tutela impuesto por el DI público (a través de la institución de la protección diplomática). El sistema de protección internacional de las inversiones conforma un régimen de carácter particular que, en ocasiones, entra en tensión con las normas internacionales establecidas en otros

regímenes normativos, como el DI de los derechos humanos (e incluso, aunque desde una perspectiva completamente ajena a este trabajo, el Derecho de la Unión Europea).

Los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre protección de las inversiones y/o los contratos de inversión imponen al Estado huésped de la inversión la obligación de crear un marco jurídico estable que permita el correcto desarrollo de los proyectos de inversión que se establecen en su territorio. No obstante, en muchas ocasiones los Estados se encuentran ante el dilema de que el mantenimiento de este marco regulatorio puede erosionar ciertas obligaciones internacionales que han contraído en otros sectores normativos del ordenamiento internacional (como el DI de los derechos humanos o el DI del medioambiente).

Ante estas situaciones de intersección (o colisión) entre dos regímenes normativos internacionales que atienden diferentes intereses y objetivos, cabe preguntarse sobre los mecanismos previstos por el DI público para disciplinar la interacción entre todos ellos.

### 2.1.2. La intersección entre el Derecho Internacional de las inversiones y el Derecho Internacional de los derechos humanos: a propósito del derecho aplicable al arbitraje de inversiones

Cuando un inversor internacional inicia un arbitraje de inversiones contra un Estado invocando un incumplimiento de un tratado bilateral o multilateral sobre protección de las inversiones y/o un contrato de inversión, el órgano *ad hoc* llamado a resolver la controversia debe dirimirla, en rigor, sobre la base del derecho que las partes hayan convenido. En este contexto, es posible preguntarse sobre el protagonismo que podría tener el DI de los derechos humanos como eventual derecho aplicable al arbitraje de inversiones.

Como regla general, los tratados internacionales sobre protección de las inversiones o los contratos de inversión suelen disciplinar que las controversias sean resueltas conforme a las normas establecidas por ellos mismos; unas normas que otorgan competencia a las partes para iniciar un arbitraje internacional al calor de sus propias estipulaciones, el ordenamiento interno del Estado huésped de la inversión y, en su caso, invocando otros principios y normas de DI público. Esta última mención al DI público, sin embargo, suele ser muy escueta<sup>3</sup> y en la práctica presenta ciertos problemas técnicos para su aplicación, más allá de la consideración general del principio de integración sistémica previsto en el artículo 31.3.c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que para interpretar un tratado internacional deberá tenerse en cuenta, junto con el contexto, “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Algunos precedentes de la práctica arbitral ilustran sobre esta cuestión y, al mismo tiempo, muestran ventanas abiertas a la inclusión de las cuestiones de derechos humanos en el arbitraje de inversiones, por limitadas que parezcan.

En principio, no puede excluirse la posibilidad de que el DI público sea un ordenamiento inaplicable en el arbitraje de inversiones. El artículo 42.1 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio CIADI), señala que un órgano arbitral “decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”, mientras su segunda oración añade que “a falta de acuerdo (...) aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional privado, y *aquellas normas del Derecho Internacional que pudieran ser aplicables*”<sup>4</sup>.

Cuando existe un acuerdo entre las partes sobre el derecho aplicable, algún órgano arbitral ha decidido que no había razón alguna para “ir más allá” de ese acuerdo, respetando el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Así, en el caso *AUCOVEN c. Venezuela* el órgano arbitral “aisló” normativamente el contrato

3 I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores: los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España*, Tirant, Valencia, 2005, pp. 405-408.

4 Cursiva añadida.