



Asamblea General

Distr. general
17 de julio de 2017
Español
Original: inglés

Septuagésimo segundo período de sesiones

Tema 73 b) del programa provisional*

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

Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Juan Pablo Bohoslavsky, presentado en cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 25/16 y 34/3.

* [A/72/150](#).



Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales

Resumen

En el presente informe, el Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, estudia las repercusiones que sobre los derechos humanos tienen las controversias relativas a la deuda presentadas ante el sistema internacional de arbitraje en materia de inversiones y si, desde una perspectiva de derechos humanos, el arbitraje en materia de inversiones resulta una opción idónea para resolver las controversias en el contexto de la reestructuración de la deuda.

A falta de un marco internacional que regule la reestructuración de la deuda soberana, últimamente el arbitraje en materia de inversiones se ha venido considerando como posible foro para que los acreedores disidentes (*holdouts*) y los fondos buitres procuren hacer cumplir los instrumentos de deuda soberana. Sin embargo, el sistema de arbitraje en materia de inversiones fue creado para brindar seguridad jurídica a la inversión extranjera directa y contribuir al desarrollo económico, no para hacer cumplir las obligaciones financieras y menos aún menos para canalizar las reclamaciones de los fondos especulativos de cobertura (*hedge funds*) y acreedores reacios a colaborar. No obstante, hasta el momento la mayoría de los tribunales de inversión han ejercido competencia respecto a las controversias relativas a la deuda soberana. La disposición de los árbitros en asuntos de inversiones a conocer de dichas controversias puede alentar a los fondos buitres y a los acreedores disidentes a recurrir a esta forma de resolver diferencias, lo que podría prolongar la reestructuración de la deuda y hacerla más costosa y difícil.

La mayoría de los tratados bilaterales de inversión no contienen disposiciones que se refieran expresamente a los derechos humanos, y los tribunales de arbitraje en materia de inversiones se han mostrado poco dispuestos a incorporar decididamente los derechos humanos en sus decisiones. Pese a que ha habido algunos laudos arbitrales, hasta el momento el examen de las cuestiones de derechos humanos en el arbitraje internacional en materia de inversiones ha permanecido en la periferia del ordenamiento jurídico internacional referente a las inversiones. Dada las profundas y amplias repercusiones de las crisis de la deuda sobre los derechos humanos, resultaría peligroso que los tratados bilaterales de inversión se convirtieran en un foro para resolver las controversias relativas a la deuda soberana.

Si bien la comunidad internacional está desplegando ingentes esfuerzos para prevenir o minimizar los litigios de los acreedores disidentes, el arbitraje en materia de inversiones puede abrir una nueva puerta para que dichos acreedores apliquen estrategias disruptivas. Por ende, el sistema vigente de arbitraje en materia de inversiones puede dificultar la recuperación económica y socavar la financiación estatal de los servicios públicos y las instituciones del Estado que hacen efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, así como la protección de derechos civiles y políticos.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	4
II. Orígenes y propósitos de los tratados bilaterales de inversión: nada que ver con las deudas	7
III. Derecho de las inversiones y derechos humanos: una visión inaceptablemente estrecha . . .	10
IV. Controversias sobre la deuda en el arbitraje sobre inversiones	13
V. Tratados bilaterales de inversión, reestructuración de la deuda y derechos humanos	17
VI. Conclusiones y recomendaciones	20
A. Conclusiones	20
B. Recomendaciones	23

I. Introducción

1. Los tratados bilaterales de inversión, que brindan seguridad jurídica para la inversión extranjera directa (IED), pueden repercutir negativamente en las obligaciones que incumben al Estado de proteger los derechos humanos. Si bien bajo determinadas condiciones la IED puede generar beneficios económicos y sociales, los tratados de inversión suelen limitar la capacidad de los Estados de formular una reglamentación nacional adecuada en relación con las normas laborales, los derechos a la salud, los alimentos, el agua y el saneamiento, así como exponer a los Estados a reclamaciones de indemnización por parte de inversores privados y públicos. Por ende, pueden tener un efecto inhibitorio sobre los Estados que pretenden establecer una reglamentación adecuada de la actividad económica en sus territorios. Los tratados bilaterales y multilaterales de inversión también han suscitado preocupación respecto al derecho a la participación pública, ya que muchos de ellos se negociaron en secreto. El arbitraje en materia de inversiones también ha sido criticado por razones de procedimiento, debido a su falta de transparencia, ausencia de representación de las personas afectadas en las actuaciones arbitrales y falta de revisión judicial.

2. En el presente informe el Experto Independiente estudia un aspecto particular del arbitraje en materia de inversiones: la utilización del arbitraje en materia de inversiones para hacer cumplir los pagos de la deuda en el contexto de la reestructuración de la deuda y sus consecuencias sobre los derechos humanos¹. Analiza las repercusiones que sobre los derechos humanos tienen las controversias relativas a la deuda presentadas ante el sistema internacional de arbitraje en materia de inversiones, y aborda la cuestión de si los tratados bilaterales de inversión pueden llegar a resolver o exacerbar los problemas asociados con las crisis de deuda soberana para los Estados deudores. La pregunta central que el Experto Independiente pretende responder es si, desde una perspectiva de derechos humanos, el arbitraje en materia de inversiones resulta una opción idónea para resolver las controversias en el contexto de la reestructuración de la deuda².

3. En caso de cesación de pagos (*default*), los Estados deben determinar cómo han de gestionar el pago de la deuda velando al mismo tiempo por que se respeten los derechos humanos en su territorio. Habida cuenta de que sus recursos son finitos, los Estados pueden dar total prioridad al pago de la deuda y destinar menos fondos a los servicios públicos, o intentar seguir prestando servicios públicos sin reembolsar completamente sus deudas. Ambos enfoques pueden llegar a incidir negativamente en la capacidad del Estado de respetar, proteger y cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos. Obviamente, ninguna de las dos opciones se aplica en términos absolutos: los Estados no repudian de forma unilateral y completa sus deudas a consecuencia de graves dificultades económicas, y aquellos que están dispuestos a pedir a su población que haga un gran sacrificio a fin de pagar la deuda habitualmente se esfuerzan por proteger a su población de los daños derivados de las medidas de consolidación fiscal.

4. Lo que se advierte en la práctica es que la insolvencia o iliquidez de un Estado suele dar lugar a negociaciones entre deudores y acreedores, quienes a la postre deben ponerse de acuerdo sobre el ámbito o alcance de la reducción o reprogramación de la deuda y las condiciones de la reforma económica. Si bien restaurar la sostenibilidad de la deuda pública es de primordial importancia, tratar a

¹ El Experto Independiente agradece a Edward Guntrip, de la Universidad de Sussex, por la labor de investigación que ha realizado para el presente informe.

² El presente estudio sobre los tratados bilaterales de inversión complementa los informes de otros expertos en derechos humanos sobre este asunto. Véanse [A/HRC/19/59/Add.5](#), [A/69/299](#), [A/70/301](#) y [A/HRC/33/42](#). Véanse también [A/HRC/30/44](#) y [A/HRC/33/40](#).

los acreedores de forma arbitraria o dejar de lado los derechos humanos de la población no pueden considerarse opciones legítimas³. Por su parte, es muy amplia la gama de conductas abusivas, discriminatorias o de mala fe en que pueden incurrir los deudores y acreedores antes, durante y después de las cesaciones de pago. En situaciones dinámicas como esas, el cumplimiento de manera equilibrada de todas las normas jurídicas aplicables es una tarea compleja y delicada.

5. Si bien en fecha reciente la Asamblea General ha propugnado los llamados Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana (véase resolución 69/319), el hecho de que la mayoría de los países desarrollados no hayan apoyado esta resolución muestra que la comunidad internacional sigue sin establecer un marco jurídico e institucional sólido, amplio y sostenible para afrontar adecuadamente las reestructuraciones de la deuda. Esa brecha dificulta la coordinación entre los acreedores y entre los acreedores y los deudores, generando así resultados imprevisibles. La crisis financiera mundial de 2008 y la actual crisis de la deuda soberana en varios países han ejercido aún más presión sobre la arquitectura financiera mundial y han puesto de manifiesto sus puntos débiles⁴.

6. El problema típico en este contexto puede describirse de la siguiente manera: si no todos los acreedores se ponen de acuerdo en los términos de la deuda que el Estado deudor procura implementar, algunos pueden resistirse, con el objetivo de lograr un resultado más beneficioso en el futuro. Los acreedores disidentes pueden entelecer significativamente el proceso de reestructuración de la deuda soberana. Mientras la deuda está pendiente de pago, resulta difícil para los Estados lograr acceso a los mercados y es también probable que la pérdida de confianza en la capacidad de los Estados de reembolsar la deuda y superar la crisis financiera lleve a la fuga de capitales. Por ende, las demoras más prolongadas pueden dar lugar a crisis económicas y financieras más graves y a la postre hacer necesarios mayores recortes. De esa forma, los acreedores disidentes pueden afectar significativamente una reestructuración de la deuda soberana que redundaría en beneficio general. Los riesgos de que los procesos de reestructuración de la deuda se prolonguen en el tiempo, con resultados imprevisibles, han generado un mercado para los fondos especulativos de cobertura que buscan sacar provecho de la situación comprando deuda pendiente de pago con un descuento importante a tenedores de bonos de dudosa solvencia (*distressed*) antes de intentar hacer cumplir las cláusulas del instrumento a fin de lograr un máximo de rendimiento (los llamados fondos buitres)⁵.

7. Habida cuenta del vacío jurídico e institucional existente en este ámbito, y en particular la intensa actividad de los fondos buitre en los mercados de deuda soberana, en los últimos años los acreedores han venido estudiando foros alternativos para proteger sus derechos contractuales. Una de estas opciones ha consistido en someter las controversias relativas a la deuda al arbitraje internacional al amparo de los tratados bilaterales de inversión⁶. Para decirlo en términos

³ Véase Juan Pablo Bohoslavsky y Matthias Goldmann, "An Incremental Approach to Sovereign Debt Restructuring: Sovereign Debt Sustainability as a Principle of Public International Law", *Yale Journal of International Law*, vol. 41, núm. 2 (2016) y [A/70/275](#).

⁴ Christian J. Tams; Schill, Stephan W. Schill y Rainer Hofmann, "International investment law and the global financial architecture: identifying linkages, mapping interactions", en *International Investment Law and the Global Financial Architecture*. Stephan W. Schill y Rainer Hofmann, eds., (Cheltenham, Gloucestershire, Edward Elgar Publishing, 2017).

⁵ Véase la resolución 27/30 del Consejo de Derechos Humanos, [A/HRC/14/21](#) y [A/HRC/33/54](#).

⁶ Desde 2005, los acreedores han presentado cuatro reclamaciones ante tribunales de arbitraje en materia de inversiones para intentar hacer cumplir las cláusulas de los bonos soberanos (*Abaclat y otros c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/07/5, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 4 de agosto de 2011, *Ambiente Ufficio y otros v República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/08/9, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 8 de febrero de 2013;

sencillos: en el contexto de las crisis de la deuda, los acreedores invocan la ley sobre la inversión extranjera para proteger su derecho a ser reembolsados con arreglo a la cual presentan reclamaciones al arbitraje internacional. Lo que a primera vista podría considerarse una solución práctica puede efectivamente ser una alternativa muy problemática desde un punto de vista de derechos humanos y sostenibilidad de la deuda.

8. La presentación simultánea de un Estado ante los regímenes internacionales de derechos humanos y de inversiones internacionales puede generar un dilema para los gobiernos, que se hace tangible cuando se presentan reclamaciones en esos dos frentes: o el Estado es responsable por no haber adoptado las medidas requeridas por los tratados de derechos humanos, o puede dar prioridad a las obligaciones relativas a los derechos humanos, afectando así los intereses de los inversores. Hasta cierto punto, este dilema se ve exacerbado por la práctica habitual de los tribunales arbitrales encargados de interpretar y aplicar los tratados bilaterales de inversión: dichos tribunales consideran que los tratados de inversión son primordiales y solo en fecha reciente han reconocido en algunas de sus decisiones el posible papel del derecho de los derechos humanos⁷. Esta disociación ha llevado a que se clasificaran determinadas medidas reglamentarias nacionales dirigidas a proteger los derechos humanos como violaciones de los tratados bilaterales de inversión. Los tribunales de arbitraje en materia de inversiones han dictado severos laudos contra Estados, lo que, a su vez, perjudica aún más la ya maltrecha situación fiscal de Estados que atraviesan dificultades financieras⁸.

9. El presente informe se divide en seis secciones. En la sección II el Experto Independiente describe cuándo, cómo y por qué se creó la ley de protección de la inversión extranjera, argumentándose que su objetivo primordial consistía en brindar seguridad jurídica a todos los interesados en casos de inversión directa, pero que no constituía un régimen jurídico creado para ocuparse de las cuestiones de deuda privada y pública. En la sección III examina de forma crítica la interpretación restrictiva del derecho aplicable que hacen la mayoría de los tribunales de inversión al no asignar una importancia preponderante al derecho de los derechos humanos en las controversias de las que conoce. En la sección IV analiza cómo los tratados bilaterales de inversión y las normas referentes a la inversión se están utilizando o podrían utilizarse para resolver las controversias relativas a la deuda soberana,

Alemanni y otros c. República Argentina, caso CIADI núm. ARB/07/8, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 17 de noviembre de 2014; y *Poštová banka, a.s. and Istrokapital S.E. v. Hellenic Republic*, caso CIADI núm. ARB/13/8, laudo de 9 de abril de 2015).

⁷ Véase la declaración del tribunal en *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/01/8, laudo del 12 de mayo de 2005. La Argentina procuró basarse en el rango constitucional de los tratados de derechos humanos en su Constitución para justificar su aplicación en la controversia. En el párrafo 121, el tribunal sostuvo que no se han de afectar los derechos humanos fundamentales al examinar las cuestiones contempladas por las partes. Véase también *Bernhard von Pezold c. República de Zimbabwe*, caso CIADI núm. ARB/10/15, 28 de julio de 2015, resolución procesal núm. 2, 26 de junio de 2012, en la que el tribunal rechazó la petición de *amicus curiae*, sosteniendo que los derechos de los indígenas no eran pertinentes a la reclamación, antes de basarse en la prohibición de la discriminación racial a favor del inversor extranjero.

⁸ Véase *Saur International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 6 de junio de 2012; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010. Véase también Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Justo, “The conventionality control of investment arbitrations: enhancing coherence through dialogue”, *Transnational Dispute Management*, vol. 10, núm. 1, (2013). Acerca de la cuestión más general de la creciente pérdida de espacio normativo en los últimos 15 años a raíz de acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión, véase Rick Rowden, “The case for policy space”, *The Mint*, Issue 2 (junio de 2017).

sosteniendo que no son adecuadas para afrontar las consecuencias más amplias de las reestructuraciones de la deuda soberana. En la sección V examina la problemática que suscita la opción del arbitraje, centrandó la atención en las consecuencias adversas en materia de derechos humanos del uso de los tratados bilaterales de inversión para afrontar las reestructuraciones de la deuda. La sección VI contiene las principales conclusiones y recomendaciones.

II. Orígenes y propósitos de los tratados bilaterales de inversión: nada que ver con las deudas

10. La inversión extranjera directa se caracteriza por la transferencia de bienes por una persona o una empresa (inversor extranjero), que es nacional de un Estado (Estado de origen), al territorio de otro Estado (Estado receptor), con miras a obtener un beneficio económico a largo plazo⁹. Antes de que existieran los tratados bilaterales de inversión, los inversores extranjeros, en su carácter de extranjeros en el Estado receptor, eran protegidos por el estándar mínimo de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario, que se hacía cumplir a través de la protección diplomática. Ese sistema no generaba una protección sustancial a los inversores extranjeros. No solo era alto el umbral para establecer una violación de la norma consuetudinaria, sino que la opción del Estado receptor de respaldar la reclamación del inversor extranjero recurriendo a la protección diplomática tenía carácter discrecional y estaba sujeta a influencia política.

11. El proceso de descolonización dio lugar a la introducción de tratados dedicados a la protección de los inversores extranjeros. Muchos Estados recientemente descolonizados se mostraban insatisfechos con la forma en que habían sido explotados económicamente durante el período colonial y se oponían a mantener los acuerdos de concesión preexistentes con los que eran ahora inversores extranjeros¹⁰. Para hacer valer su independencia económica (aparte de su independencia política), los Estados recientemente descolonizados comenzaron a expropiar inversiones de propiedad extranjera. En vista de las expropiaciones y de la incertidumbre generada por los debates en las Naciones Unidas relativos a los derechos jurídicos de los inversores extranjeros, se introdujeron tratados bilaterales de inversión para brindar seguridad jurídica. Cabe recordar que en 1965 el Banco Mundial creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones como instrumento para promover las inversiones extranjeras. Posteriormente, con la implementación del Consenso de Washington y la promoción a nivel mundial de la inversión extranjera, los tratados bilaterales de inversión se convirtieron en un instrumento generalizado de protección de la IED. A lo largo de los últimos 25 años, dichos tratados se han venido afianzando como el instrumento principal del derecho internacional para proteger la IDE. En la actualidad, el régimen internacional de inversiones está compuesto por casi 3.000 tratados bilaterales de inversión y más de 350 tratados multilaterales con disposiciones relativas a las inversiones¹¹.

⁹ Véase *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* 4ª ed. (París, OECD, 2008).

¹⁰ Véase Edward Guntrip, "Self-Determination and Foreign Direct Investment: Re-imagining Sovereignty in International Investment Law," *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, núm. 4 (octubre de 2016).

¹¹ Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), navegador de acuerdos internacionales de inversión, que puede consultarse en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

12. En este contexto, no resulta sorprendente que la llamada prueba Salini¹² haya sido durante largo tiempo ampliamente utilizada por los árbitros para determinar si una transacción podía considerarse IED a los efectos del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI). Para que se trate de una inversión a largo plazo, la prueba requiere que se haga un aporte de dinero o de bienes; que llegue aparejado un riesgo empresarial; se haga en el territorio del Estado receptor; el inversor extranjero debe participar en la gestión de la inversión; y ha de contribuir al desarrollo económico del Estado receptor. En términos generales, la prueba de Salini ha sido utilizada con seriedad por los árbitros para determinar si la inversión de que se trata presenta las características de una IED. Ello se ajusta a los términos de desarrollo del Convenio del CIADI, sobre el cual se basó inicialmente. Sin embargo, a falta de reformas sustanciales de los tratados bilaterales de inversión, los árbitros están ahora mucho más dispuestos a considerar que las obligaciones meramente financieros están amparadas por dichos tratados.

13. En teoría, los tratados bilaterales de inversión crean seguridad jurídica para los inversores extranjeros, brindando protección sustantiva y derechos procesales a los inversores y a los proyectos de inversión. Los tratados bilaterales de inversión están estructurados de forma tal que el Estado receptor incurra obligaciones para con el Estado de origen, las que el inversor extranjero puede hacer cumplir directamente al Estado receptor. Los derechos sustantivos concedidos indirectamente al inversor extranjero se refieren a la protección de la propiedad (compensación en caso de expropiación), derechos jurídicos (trato justo y equitativo), seguridad (plena protección y seguridad) y no discriminación (trato nacional, trato de nación más favorecida). Los inversores extranjeros entablan acciones legales presentando una reclamación basada en la oferta permanente formulada por el Estado receptor de un arbitraje en materia de inversiones (por lo general al amparo de un tratado bilateral de inversiones o de la legislación nacional).

14. Los tratados bilaterales de inversión, si bien tienen por objetivo primordial la protección de los inversores, son también instrumentos para la manifestación de ideologías políticas y económicas. Durante las décadas de 1980 y 1990, las cláusulas de los tratados bilaterales de inversión reflejaban el Consenso de Washington y sus políticas neoliberales. En los tratados bilaterales de inversión que contenían elevados niveles de protección de las inversiones para atraer a los inversores extranjeros se advertía un enfoque de mercado para la asignación de la IED. Tras la introducción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte surgieron diferencias relativas a las inversiones entre los Estados desarrollados. En respuesta a esa situación, los Estados desarrollados comenzaron a interpretar de manera más restrictiva las normas para la protección de las inversiones a fin de reducir su exposición a las reclamaciones. Desde el año 2000, las disposiciones de los tratados bilaterales de inversión se han venido ajustando a fin de tomar en consideración circunstancias tanto de índole jurídica como política¹³.

15. La estructura de los tratados bilaterales de inversión se sustenta en dos supuestos. El primero es que el inversor extranjero necesita protección contra el Estado receptor durante la fase posterior al establecimiento de la inversión. Una vez que el inversor extranjero ha invertido en el Estado receptor, queda sujeto al ejercicio del poder soberano por parte del Estado receptor, que podría ser utilizado de manera arbitraria o discriminatoria. Habida cuenta de la magnitud y de la

¹² Véase *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI núm. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción, 23 de julio de 2001.

¹³ Véase Edward Guntrip, "Systemic integration and international investment law" en *Select Proceedings of the European Society of International Law, Volume 3 2010*, James Crawford y Sarah Nouwen, eds. (Oxford, Hart Publishing, 2012).

duración de los proyectos de IED, una conducta del Estado receptor que sea adversa genera riesgos. Las normas de protección de las inversiones tienen como objetivo reducir al mínimo ese riesgo, permitiendo al inversor extranjero impugnar el ejercicio de la facultad del Estado que viola dichas normas. El segundo supuesto está vinculado con el primero. Para inducir a los inversores extranjeros a invertir en su territorio, los Estados deben ofrecer protección, como prueba de que no van a actuar de forma arbitraria o discriminatoria. En teoría, cuanto mayor es el nivel de protección que ofrece el Estado, menor el riesgo para el inversor extranjero y más atractivo es el Estado como lugar para la inversión extranjera. Sin embargo, este supuesto es cuestionable, si se tienen en cuenta los estudios empíricos de los flujos de IED¹⁴.

16. Los tratados bilaterales de inversión contemplan la resolución de controversias especializadas mediante el arbitraje en materia de inversiones, que fue creado como foro supuestamente apolítico para contrarrestar la percepción de parcialidad de los tribunales de los Estados receptores. Inspirándose en el arbitraje comercial internacional y en las formas tradicionales del arbitraje entre los Estados, sus procedimientos pueden regirse por las reglas del arbitraje especializado de las inversiones o las normas procesales que rigen el arbitraje comercial internacional. Al igual que en el arbitraje comercial internacional y en el arbitraje entre los Estados, las partes nombran árbitros en materia de inversiones con carácter *ad hoc*. Por otra parte, de conformidad con las prácticas en ambos tipos de arbitraje, tradicionalmente el arbitraje en materia de inversiones ha sido a título confidencial. Los aspectos privados del arbitraje en materia de inversiones han evolucionado y ahora se considera que el arbitraje en materia de inversiones es una cuestión de interés público. Entre las medidas dirigidas a aumentar la participación pública en el arbitraje en materia de inversiones cabe mencionar una mayor transparencia y la introducción de las peticiones de *amicus curiae* que hagan posible la representación del interés público.

17. Sin embargo, cabe señalar que los terceros afectados, como poblaciones residentes que se ven afectadas por las inversiones extranjeras, a menudo carecen de suficiente legitimación en el arbitraje en materia de inversiones y solo oportunidades limitadas para su participación. En la mayoría de los casos, las actuaciones judiciales referentes al arbitraje se celebran a puerta cerrada, lo que impide que los terceros afectados puedan seguirlas. Si bien las peticiones de *amicus curiae* se han convertido en un canal para examinar los intereses públicos en el arbitraje en materia de inversiones, no han podido superar la crisis de legitimidad que afronta el sistema de derecho internacional de las inversiones.

18. En síntesis, dado el carácter de largo plazo de las inversiones en cuestión y los elevados costos en que incurre el inversor extranjero, se consideró necesario que a los inversores se les aplicaran las normas de protección de las inversiones enunciadas en los tratados bilaterales de inversión. Ese sistema, aun con todas sus graves imperfecciones, fue creado para afrontar los problemas relativos a la inversión directa, no a las transacciones financieras. Por otra parte, el preámbulo del Convenio del CIADI nunca tuvo por objetivo proteger, por ejemplo, a los fondos

¹⁴ Véanse, por ejemplo, Mary Hallward-Driemeier, “Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit and they could bite” en *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Karl P. Sauvant y Lisa E. Sachs, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2009); Lauge Skovgaard Poulsen, “The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence” en *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, Karl P. Sauvant, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2010).

especulativos de cobertura, ya que establece que el CIADI tiene como propósito fomentar el desarrollo económico alentando la inversión privada¹⁵.

19. Además, aun considerando que un gran número de tratados bilaterales de inversión abarcan no solo la IED sino también las inversiones de cartera, resulta sorprendente que la interpretación amplia de dichos tratados, consistente en sostener que en el contexto de la reestructuración de la deuda las controversias relativas a esta deberían someterse al arbitraje en materia de inversiones, no tenga en cuenta la totalidad de la arquitectura financiera mundial ni las normas jurídicas pertinentes. ¿Es legítimo que las instituciones financieras multilaterales, los representantes de acreedores públicos y privados y los contribuyentes ni siquiera sean escuchados en un proceso que determinará una reestructuración de la deuda, o que un tribunal de inversiones que se encarga de este tipo de caso ni siquiera tenga en cuenta principios de la sostenibilidad de la deuda?

III. Derecho de las inversiones y derechos humanos: una visión inaceptablemente estrecha

20. A pesar del creciente alcance de los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje en materia de inversiones que abarcan ámbitos económicos y sociales delicados que afectan los derechos humanos, hasta el momento los dictámenes de los árbitros no han asignado demasiada importancia a los tratados de derechos humanos¹⁶. En ocasiones, los tribunales de arbitraje han hecho referencia a las obligaciones en materia de derechos humanos, pero rara vez las aplican directamente. Ello debe atribuirse a una visión estrecha de lo que debe considerarse derecho aplicable.

21. Uno de los motivos es que hasta ahora los tratados bilaterales de inversión prácticamente no han incluido referencias expresas a los derechos humanos. Algunos de esos tratados incluyen referencias en el sentido de que los inversores han de respetar los derechos humanos fundamentales enumerados en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo¹⁷. Sin embargo, en ninguno de los modelos de tratados bilaterales de inversiones utilizados por China, Francia, Alemania, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte o los Estados Unidos de América se mencionan los derechos humanos. Aunque en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (A/HRC/17/31) se hace hincapié en que “Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión”, la gran mayoría de los tratados bilaterales de inversión actualmente vigentes no incluyen salvaguardias expresas en materia de derechos humanos.

22. La ausencia de disposiciones expresas referentes a los derechos humanos en los tratados de inversión no deberían ser motivo para que los árbitros no apliquen el derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, los Estados pueden defender las medidas dirigidas a proteger los derechos de la población sustentándose en disposiciones que figuran en numerosos tratados de inversión que tutelan sus

¹⁵ Véase Alex Grabowski, “The definition of investment under the ICSID Convention: a defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, núm. 1 (2014).

¹⁶ Véanse Susan Karamanian, “The place of human rights in investor-state arbitration”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, núm. 2 (2013); y Pierre-Marie Dupuy y otros, eds. *Human Rights in International Investment Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2009).

¹⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 13 del modelo de 2012 del tratado bilateral de inversiones de los Estados Unidos.

facultades reglamentarias, tales como cláusulas generales incluidas en algunos tratados de inversión que dan al Estado receptor el derecho a adoptar medidas para proteger la seguridad, la vida de las personas, los derechos laborales, la salud pública o el medio ambiente¹⁸. En segundo lugar, el derecho internacional de las inversiones forma parte del derecho internacional público y, por ende, debería tomar en consideración otras obligaciones del derecho internacional público, incluidos los derechos humanos. De hecho, según el artículo 31 3) c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el artículo 42 del Convenio de la CIADI y las cláusulas generales incorporadas en numerosos tratados bilaterales de inversión, los árbitros no solo deberían tomar en consideración el texto de los tratados de inversión sino también “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Por lo tanto, se ha sostenido que el artículo 31 3) c) de la Convención de la Viena brinda un importante punto de entrada para una integración sistemática de los derechos humanos en el arbitraje relativo a las inversiones¹⁹.

23. Los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, gozan de muy amplia ratificación. En la mayoría de los casos, se consideran derecho internacional aplicable para ambos Estados partes en los tratados bilaterales de inversión y por ende permitirían a los tribunales de arbitraje examinar las cuestiones de derechos humanos en caso de controversias relativas a inversiones. Si los Estados no son parte en un tratado de derechos humanos, puede recurrirse al concepto de que se considera que las normas básicas de derechos humanos conllevan obligaciones *erga omnes* (para con todos), vinculantes para todos los Estados, ya que existe un interés universal e innegable en la protección de esos derechos. Por lo tanto, su aplicabilidad es amplia. Los inversores no pueden tener una expectativa razonable de verse amparados por tratados bilaterales instrumentales contra obligaciones *erga omnes* fundadas en tratados multilaterales de carácter sustantivo en materia de derechos humanos.

24. Dado que los tratados multilaterales de derechos humanos exigen un reconocimiento generalizado de las obligaciones establecidas por ellos, no podría presumirse a la ligera que un Estado que suscribe un tratado bilateral de inversiones incurriría en incumplimiento de obligaciones ante la comunidad internacional en su conjunto. Puesto que el conflicto entre normas examinado aquí ocupa un lugar central en las relaciones entre los inversores y los Estados receptores que son deudores, debe procurarse hacer una integración sistémica del derecho internacional. El enfoque deliberativo subyacente de esas normas requiere una actitud de apertura respecto a la interpretación de “diferentes racionalidades de diversos segmentos de la reglamentación financiera”, ya que las políticas monetarias, fiscales, bancarias y de desarrollo están intrínsecamente vinculadas entre sí²⁰.

25. Al resolver una controversia entre un Estado y un inversor que lleva aparejada una cuestión de derechos humanos, los paneles de árbitros deben tener en cuenta la interacción entre los dos regímenes jurídicos objeto del análisis sin desplazar a ninguno de ellos. La directriz básica para gestionar razonablemente dicha interacción consiste en encontrar interpretaciones del tratado bilateral de inversiones que sean compatibles con las obligaciones de derechos humanos y viceversa. Hace falta coherencia, a fin de evitar la fragmentación de un orden jurídico internacional

¹⁸ Véase, por ejemplo, el modelo de 2004 del tratado bilateral de inversiones del Canadá, art. 10 y 11.

¹⁹ Véase Bruno Simma, “Foreign investment arbitration: a place for human rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 3 (July 2011).

²⁰ Véase Matthias Goldmann, “International investment law and financial regulation: towards a deliberative approach,” en *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

que aspira a la legalidad y, por ende, a la congruencia. Si bien recientemente algunos tribunales de inversión han comenzado a hacer referencia a los derechos humanos como parte de sus decisiones, no se trata aún de una práctica generalizada o consolidada²¹.

26. Inicialmente, muchos tribunales de inversión se mostraron reacios a ampliar su competencia de modo que abarcara a los derechos humanos. Ello puede atribuirse a la limitada competencia de los tribunales de inversión, en particular aquellos organizados con arreglo al Convenio de la CIADI, que limita la competencia a “a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión” (art. 25). Sin embargo, los tribunales de inversión no han asignado importancia a los derechos humanos ni han considerado suficientemente la posibilidad de que se susciten conflictos relativos a los tratados entre las obligaciones derivadas de los tratados bilaterales de inversión y las de los instrumentos de derechos humanos²². Otros tribunales han utilizado los derechos humanos de forma incoherente en apoyo de las reclamaciones de los inversores extranjeros²³. La más reciente decisión de abordar los derechos humanos en el arbitraje en materia de inversiones se dictó en el caso de *Urbaser c. Argentina*²⁴. El tribunal de inversiones incorporó los derechos humanos en su decisión al examinar en qué forma las obligaciones en materia de derechos humanos afectaban el funcionamiento de la norma del trato justo y equitativo, aplicada a la excepción de necesidad, y ejerció competencia en una contrarreclamación basada en los derechos humanos. En ese sentido, el laudo es el que aborda de forma más amplia la intersección de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones. La decisión constituye una prueba de que algunos árbitros a cargo de asuntos de inversión pueden estar dispuestos a adoptar un enfoque respecto al arbitraje en materia de inversiones que sea abierto a los derechos humanos. Sin embargo, resulta polémica, dada la forma que en que el tribunal procuró establecer obligaciones en materia de derechos humanos directamente al inversor extranjero²⁵. Por lo tanto, resulta poco claro en esta etapa si en el futuro ese laudo servirá de precedente para abrir el arbitraje en materia de inversiones a un examen minucioso de las normas de derechos humanos aplicables.

27. Por ende, si bien los derechos humanos están empezando a reconocerse como componentes pertinentes de los tratados bilaterales de inversiones, están muy lejos de afianzarse. En consecuencia, el uso de los derechos humanos en el derecho internacional de las inversiones sigue ocupando un lugar periférico en el régimen jurídico.

28. Los tratados bilaterales de inversión recientes están comenzando a introducir normas de protección de las inversiones más flexibles que reconocen los derechos humanos. El modelo de 2016 del tratado bilateral de inversiones de la India incluye disposiciones que buscan proteger los derechos humanos y establecer obligaciones para los Estados de origen²⁶, pero queda por verse cómo será recibido por los otros Estados. El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y el Canadá, que está a la espera de ratificación por los Estados miembros de la Unión

²¹ Véanse *Hesham T. M. Al Warraq c. República de Indonesia*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, laudo definitivo, 15 de diciembre de 2014; *Philip Morris Brands Sàrl y Abal Hermanos S.A c. República Oriental del Uruguay*, caso CIADI núm. ARB/10/7, 8 de julio de 2016.

²² Véase, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*.

²³ Véase, por ejemplo, *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe*.

²⁴ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/07/26, laudo, 6 de diciembre de 2016.

²⁵ Véase Edward Guntrip, “*Urbaser v Argentina: the origins of a host state human rights counterclaim in ICSID arbitration?*” *EJIL: Talk!* 10 de febrero de 2017.

²⁶ Véase artículos 12 1) v) y 13.

Europea, también incluye referencias a los derechos humanos en su preámbulo. Sin embargo, el nivel de protección de los derechos humanos que ofrece ha sido objeto de críticas por parte de órganos de derechos humanos²⁷.

29. Pese a lo indicado anteriormente, los tratados bilaterales de inversión obligarán a los Estados durante un importante período de tiempo y quizás sigan aplicándose una vez que los Estados se retiren de ellos, en virtud de la inclusión de las cláusulas de extinción²⁸. Sin embargo, para la vasta mayoría de las controversias relativas a las inversiones no habrá un sustento textual expreso en los tratados bilaterales de inversión, por lo que será necesario que un tribunal de inversiones examine las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos.

IV. Controversias sobre la deuda en el arbitraje sobre inversiones

30. Los acreedores disidentes han comenzado a utilizar el arbitraje en materia de inversiones para exigir el cumplimiento de las condiciones de sus instrumentos de deuda soberana. Aunque ya existían laudos en los que transacciones financieras puras recibían la calificación de inversiones²⁹, la principal jurisprudencia se deriva de las crisis de la deuda soberana de la Argentina³⁰. Estas decisiones parecen sintetizar la idea de que la utilización arbitraria por los Estados de su poder soberano para cambiar las condiciones de sus obligaciones financieras respecto de los acreedores puede constituir una violación de disposiciones convencionales³¹. Sin embargo, es necesario comprender plenamente quién modifica esas condiciones contractuales y de qué manera y por qué motivos lo hace. Por lo tanto, es decepcionante constatar que en esas decisiones, que tienen múltiples ramificaciones, no se ha tenido en cuenta si ha habido una mayoría reforzada de acreedores que esté de acuerdo con las nuevas condiciones. Como han sido decisiones sobre competencia más que sobre el fondo (aunque una vez que se ha determinado la competencia, algunas reclamaciones se han resuelto), se ha perdido la oportunidad de comprobar si el tribunal arbitral habría estado dispuesto a considerar si su decisión dejaba suficiente margen fiscal para que el Estado prestatario cumpliera las obligaciones de derechos humanos que le incumben con respecto a su población. Sin embargo, esas decisiones sobre competencia pueden alentar a los acreedores disidentes a no participar en procesos de reestructuración de la deuda, y a reclamar en su lugar el pago íntegro mediante la interposición de demandas contra los deudores soberanos ante tribunales de arbitraje. Las decisiones han sentado precedentes desafortunados que no tienen en cuenta intereses más amplios,

²⁷ Véase, por ejemplo, “Commission nationale consultative des droits de l’homme, “Let us not sacrifice human rights for commercial interests”, 15 de diciembre de 2016.

²⁸ Así sucede en Estados como Polonia. Véase Agnieszka Zarowna, “Termination of BITs and sunset clauses – what can investors in Poland expect?”, que puede consultarse en <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>.

²⁹ Véanse, por ejemplo, *Fedax N.V. c. República de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/96/3, decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 11 de julio de 1997; *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. República Eslovaca*, caso CIADI núm. ARB/97/4, decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 24 de mayo de 1999 y 1 de diciembre de 2000.

³⁰ Véanse *Alemanni y otros c. República Argentina; Ambiente Ufficio y otros c. República Argentina*; y *Abaclat y otros c. República Argentina*. Aunque los bonos soberanos se compraron en el mercado secundario, se estableció una conexión territorial porque, para que los instrumentos financieros estén presentes en el territorio, los fondos solo tienen que ponerse a disposición del Estado receptor (véase también la nota 13).

³¹ Charles N. Brower y Alexandra Goetz-Charlier, “International investment arbitration and the global financial system: are they ‘yin’ and ‘yang’ or like oil and water?”, en *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

permitiendo que acreedores minoritarios cuestionen procesos de arbitraje sobre inversiones relacionados con la reestructuración de la deuda acordados por mayorías reforzadas de acreedores³².

31. Por otra parte, en el caso *Poštová Banka c. Grecia* (2015), el tribunal sostuvo que los bonos soberanos no estaban comprendidos en el ámbito del tratado bilateral de inversiones entre Eslovaquia y Grecia, basándose en el argumento principal de que la deuda soberana controvertida no entraba dentro de la definición de inversión prevista en el tratado³³. Como resultado de ello, el tribunal consideró que no era competente para conocer de la reclamación. En comparación con las decisiones relativas a la Argentina que se describen en el párrafo anterior, la forma un tanto ambivalente en que los árbitros sobre inversiones se ocuparon de las reclamaciones contra Grecia es instructiva, ya que es un ejemplo de lo lejos que puede llegar la incoherencia en el arbitraje en materia de inversiones.

32. En cualquier caso, estas decisiones son testimonio de la ampliación del alcance del arbitraje sobre inversiones y del modo en que los árbitros de inversiones pueden interpretar con gran amplitud los términos que figuran en los tratados bilaterales de inversión, e imponer, de este modo, importantes límites a las decisiones de política adoptadas por los Estados. Dado que los tribunales mencionados anteriormente parecen ignorar el contexto más amplio en que opera la deuda soberana, los laudos también demuestran que el arbitraje sobre inversiones no suele tener en cuenta consideraciones que vayan más allá de la protección de las inversiones.

33. Si se establece la competencia, las controversias sobre la deuda soberana pueden dar lugar a posibles responsabilidades en virtud de las normas de protección de las inversiones. Hasta ahora, ningún laudo sobre inversiones ha abordado esas normas, por lo que no resulta claro qué enfoque podría adoptarse. No obstante, a continuación se abordan algunas de las posibles interpretaciones de tales normas.

34. En virtud de la cláusula de la nación más favorecida y las cláusulas de trato nacional incluidas en los tratados de inversión, un Estado receptor no puede establecer discriminaciones entre diferentes inversores extranjeros ni entre los inversores extranjeros y nacionales. Como consecuencia de ello, las cláusulas de trato nacional podrían obligar al Estado emisor de los bonos a conceder a los tenedores de bonos extranjeros un trato no menos favorable que a los tenedores de bonos nacionales. La norma de la nación más favorecida podría obligar al emisor de los bonos a permitir que los tenedores de bonos extranjeros se beneficiaran del trato más favorable concedido a los tenedores de bonos de terceros países³⁴. Ello puede resultar problemático, puesto que los tenedores de bonos nacionales suelen recibir mejor trato que los inversores extranjeros, a fin de aumentar la liquidez de la economía nacional e impedir la salida de divisas³⁵. Por lo tanto, puede generarse responsabilidad aún en el caso de tratados bilaterales de inversión provistos de anexos que limitan las controversias a esas normas.

35. Las cláusulas de expropiación de los tratados de inversiones impiden a los Estados apropiarse de los bienes de un inversor extranjero, ya sea directa o

³² Felipe Suescun de Roa, "Investor-state arbitration in sovereign debt restructuring: the role of holdouts", *Journal of International Arbitration*, vol. 30, núm. 2 (2013).

³³ Caso CIADI núm. ARB/13/8, laudo, 9 de abril de 2015.

³⁴ Véase Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011).

³⁵ Véanse Anna Gelpern y Brad Setser, "Domestic and external debt: the doomed quest for equal treatment", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 35, núm. 4 (2004); y UNCTAD, IIA Issues Note No. 2 "Sovereign debt restructuring and international investment agreements", julio de 2011.

indirectamente, para fines públicos sin conceder una indemnización. Se podría sostener que el intercambio de bonos da lugar a una expropiación indirecta, debido a la reducción de su valor, o interfiere en las expectativas legítimas del inversor de obtener un pago. En particular, los acuerdos del tipo “tómelo o déjelo” pueden entrañar privaciones sustanciales³⁶. La cuestión de si los derechos contractuales están sujetos a expropiación sigue abierta³⁴. Por consiguiente, establecer que la reestructuración de la deuda soberana tiene una finalidad pública puede ser difícil si se considera una transacción comercial, como los paneles de arbitraje han dictaminado en ocasiones³⁷. En cambio, los actos del Estado están sujetos a reclamaciones por expropiación³⁴.

36. Los intercambios de deuda soberana pueden violar la norma del trato justo y equitativo debido a que el canje socava la estabilidad del marco jurídico del Estado receptor y podría vulnerar igualmente las expectativas legítimas de los acreedores³⁴. La reestructuración de la deuda soberana también podría carecer del grado necesario de transparencia. Si se usa el enfoque “tómelo o déjelo”, puede que se incumplan las debidas garantías procesales y no se actúe de buena fe. Teniendo en cuenta la amplia interpretación que se da a la norma del trato justo y equitativo, si el inversor extranjero alberga una expectativa razonable de pago sobre la base de la conducta del Estado, podría generarse responsabilidad.

37. Las denominadas cláusulas de alcance general de los tratados bilaterales de inversión prevén que el incumplimiento de una obligación contractual puede vulnerar simultáneamente las disposiciones de un tratado de esa índole. Muy a menudo se trata de violaciones de obligaciones adicionales contraídas por el Estado receptor, por ejemplo las obligaciones incluidas en la legislación nacional. Los tratados bilaterales de inversión establecen normas de comportamiento más que obligaciones. Por consiguiente, para determinar que se ha producido una infracción de un tratado bilateral de inversión, es necesario que haya un incumplimiento de contrato que también infrinja las normas de protección de las inversiones. Podría decirse que cuando un acreedor acepta nuevas condiciones contractuales en virtud de una cláusula de acción colectiva, las nuevas condiciones serían jurídicamente vinculantes, ya que las mayorías reforzadas pueden aceptar recortes aplicables a todos los acreedores. Otra opinión es que, como la reestructuración de la deuda soberana es un acto soberano, un incumplimiento contractual puede llegar a equivaler a una violación de la norma de un tratado bilateral de inversión, lo que no estaría protegido por una cláusula de acción colectiva³⁸. Sin embargo, la mayor parte de la deuda soberana se rige por el derecho interno de un centro financiero extranjero y no por el derecho internacional. Así pues, la aplicación de una cláusula de ese tipo podría ser limitada si hay otro órgano que tiene competencia exclusiva para ocuparse de la controversia. Por otra parte, la utilización del arbitraje en materia de inversiones puede invalidar las cláusulas de competencia exclusiva de los contratos³⁴. El modo en que se articulará esa relación no está claro por el momento.

38. Otro ejemplo que demuestra que la legislación sobre inversiones no está bien equipada para hacer frente a las controversias en materia de deuda son las

³⁶ Véase Alison Wirtz, “Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada’s sovereign debt crisis”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 16, núm. 1 (2015).

³⁷ Véase Youngjin Jung y Sangwook Daniel Han, “Sovereign debt restructuring under the investor-state dispute regime”, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, núm. 1 (2014). Sobre esta cuestión, véase también Tomoko Ishikawa, “Collective action clauses in sovereign bond contracts and investment treaty arbitration – an approach to reconcile the irreconcilable”, *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, vol. 4, núm. 2 (julio de 2014).

³⁸ Véanse UNCTAD IIA Issues Note No. 2 “Sovereign debt restructuring and international investment agreements”; y Ellie Norton, “International investment arbitration and the European debt crisis”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 13, núm. 1 (2012).

excepciones de fuerza mayor y necesidad, que no se han reconocido en la teoría ni en la práctica como conceptos jurídicos que puedan ser útiles para resolver reclamaciones en el marco de la reestructuración de la deuda³⁹.

39. Tales excepciones pueden, a primera vista, aplicarse en los casos en que un Estado ha sufrido un colapso financiero y permitirían a un Estado justificar el incumplimiento de sus obligaciones de deuda soberana para asegurar el mantenimiento de las normas de derechos humanos. Sin embargo, los deudores soberanos no pueden invocar realmente la excepción de fuerza mayor. El artículo 23 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece que para poder aplicar la excepción de fuerza mayor el acto del Estado debe haber sido causado por una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto y ser ajeno al control del Estado. Sin embargo, el artículo 23 también establece que los Estados no pueden basarse en el argumento de fuerza mayor si la situación se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca. Además, en el comentario al artículo 23 se especifica que “la fuerza mayor no comprende circunstancias en las que el cumplimiento de una obligación se haya vuelto más difícil, por ejemplo debido a una crisis política o económica”⁴⁰.

40. En el mismo sentido, el artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece que el estado de necesidad no puede invocarse como excepción si el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad, o si el acto en cuestión no es el único modo de que el Estado salvaguarde un interés esencial contra un peligro grave e inminente. Es suficiente que los acreedores aleguen que la reestructuración de la deuda debería haberse producido antes, o más tarde, o de otra manera, para defender la postura de que el Estado ha contribuido al problema o tenía otras opciones. Los tribunales tendrían que dedicarse a discutir sobre hipótesis especulativas de contraste solo para determinar si un Estado insolvente podría reestructurar su deuda para recuperar la sostenibilidad.

41. La invocación de la fuerza mayor y el estado de necesidad no abarca las complejidades que entrañan las crisis financieras y económicas. No es de extrañar que sean sumamente limitados los casos en que la necesidad financiera se ha invocado con éxito en los arbitrajes sobre inversiones. Solo en algunas causas internacionales de una primera época, sustanciadas ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, se reconoció el valor de la fuerza mayor como principio general del derecho en el contexto de las controversias sobre la deuda⁴¹.

42. La insuficiencia de la excepción de estado de necesidad o fuerza mayor para resolver controversias sobre la deuda resulta aún más evidente si se tiene en cuenta que el artículo 27 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos sugiere que la excepción de fuerza mayor y necesidad no puede ser invocada tan pronto como el estado de necesidad deja de existir. En otras palabras, la obligación de cumplir con las obligaciones contraídas en virtud de un tratado se reactiva una vez que la crisis financiera se ha resuelto. El mismo artículo también sugiere que, aunque pueda justificarse el incumplimiento durante el estado de necesidad, la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada

³⁹ Véase *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010.

⁴⁰ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, vol. II, parte 2.

⁴¹ Véase en detalle este debate en Anastasios Gourgourinis, “Financial crisis as a *force majeure* under international law and EU law: defending emergency measures, à la européenne, in investment arbitration under intra-EU BITs”, en *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

debe resolverse de manera independiente. Incluso si un Estado consigue invocar con éxito esas excepciones a fin de renegociar su deuda con sus acreedores y reducirla a un nivel sostenible, la discusión con los acreedores tendría que reanudarse una vez que terminara la crisis de la deuda, con lo que se regresaría al problemático punto de partida.

43. Lo que muestra este análisis es que las condiciones de los tratados bilaterales de inversión y las normas sobre inversión elaboradas por los árbitros en los últimos decenios simplemente no se ajustan a la reestructuración de la deuda. El arbitraje en materia de inversiones no fue diseñado para ocuparse de acreedores que tratan de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de bonos soberanos y carece de competencia institucional para determinar la capacidad de un Estado de reembolsar su deuda tras una situación de cesación de pagos⁴². Ello se debe a que el sistema de tratados bilaterales de inversión protege las reclamaciones de propiedad individual contra el Estado, en vez de tratar de llevar a cabo una distribución eficaz de activos con respecto a los intereses de otros reclamantes. Si los tratados bilaterales de inversión tuvieran por objeto actuar como una suerte de régimen de insolvencia para los Estados, incluirían disposiciones expresas que regularan elementos de la legislación de insolvencia y quiebra, tales como disposiciones sobre la consolidación de las reclamaciones, los bienes embargables, etc.⁴³. Por consiguiente, la teleología del arbitraje en materia de inversiones, junto con su aplicación en los laudos dictados hasta la fecha, demuestra que el arbitraje en materia de inversiones no es capaz de abordar las repercusiones más amplias de la reestructuración de la deuda soberana.

44. Para resumir los argumentos presentados en la presente sección, la mayoría de los tribunales de arbitraje en materia de inversiones que han abordado la cuestión han declarado que las controversias sobre la deuda soberana entran dentro de su competencia. El reciente laudo basado en el tratado bilateral de inversiones entre Eslovaquia y Grecia sugiere un cambio de enfoque, aunque el tribunal estaba interpretando cuestiones diferentes. La lógica empleada por la mayoría de los tribunales de inversiones parece ampliar la aplicación de esta forma de solución de controversias más allá de su mandato original. La voluntad de los árbitros de inversiones de conocer de diferencias relacionadas con la deuda puede alentar a los acreedores disidentes a utilizarlos para la solución de controversias. Si esas reclamaciones prosperan en la etapa del examen de fondo, puede haber grandes repercusiones para la responsabilidad de un Estado receptor que haya emprendido una reestructuración de la deuda. Todo ello demora e incluso obstaculiza los procesos colectivos de reestructuración de la deuda. Además de las repercusiones económicas inmediatas de este tipo de decisiones, también pueden derivarse consecuencias de gran alcance para los derechos humanos, que se examinan en la sección siguiente.

V. Tratados bilaterales de inversión, reestructuración de la deuda y derechos humanos

45. Las crisis de la deuda soberana tienen consecuencias económicas inmediatas para los Estados. Pueden dar lugar a colapsos en el valor de la moneda, contracción de la economía y abruptos incrementos de la inflación. También el sistema bancario

⁴² Véanse Alison Wirtz, “Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada’s sovereign debt crisis”; Ellie Norton, “International investment arbitration and the European debt crisis”; y Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*.

⁴³ Robert M. Ziff, “The sovereign debtor’s prison: analysis of the Argentine crisis arbitrations and the implications for investment treaty law”, *Richmond Journal of Global Law and Business*, vol. 10, núm. 3 (2011).

puede entrar en colapso. En ese contexto, resulta muy difícil para los Estados desarrollar la economía o atraer IED. El impacto social sobre la población puede ser dramático. Es probable que se reduzcan los sueldos y que aumente el precio de los bienes importados, lo que disminuye el poder adquisitivo. Aumentan el desempleo y la desigualdad económica. Con frecuencia los servicios públicos dejan de funcionar adecuadamente y más personas caen en la pobreza⁴⁴. Si los Estados deudores ya no pueden financiar las instituciones y servicios públicos esenciales, protegiendo así el derecho a la salud, la educación, la vivienda y la seguridad social o física, los derechos humanos se ven gravemente socavados. El funcionamiento eficaz de los organismos encargados de hacer cumplir la ley y de las instituciones judiciales también suele verse afectado, debido a la falta de personal y de fondos. El éxito de la reestructuración de la deuda no solo queda determinado por la restauración de la sostenibilidad de la deuda, sino que ha de hacerse una evaluación acerca de si la reestructuración de la deuda ha minimizado el costo social o humano de una crisis financiera.

46. Es preciso contextualizar la forma en que se lleva a cabo la reestructuración de la deuda, a fin de velar por una protección adecuada de los derechos humanos en dichas situaciones. Debe tenerse en cuenta la desviación del ingreso nacional, desde el gasto social y económico al servicio de la deuda⁴⁵. Ha de reconocerse también que los gobiernos pierden el control sobre su política fiscal debido a las condicionalidades de los préstamos. Es necesario analizar la forma en que dichas condicionalidades —incluidos los esfuerzos de consolidación fiscal requeridos— pueden socavar la capacidad de un Estado de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. Para ello hace falta dejar de lado el enfoque paliativo que actualmente adopta el sector financiero. También es preciso reconocer que los Estados acreedores tienen obligaciones extraterritoriales en materia de derechos humanos. Por otra parte, los convenios constitutivos de las instituciones financieras internacionales no pueden utilizarse como excusa por los Estados para impedirles que tomen en consideración los derechos humanos. Al determinar el alcance de la reestructuración y de los recortes, las instituciones financieras internacionales y los gobiernos que afrontan una crisis financiera han de asegurarse que tienen a su disposición recursos suficientes para velar por que el Estado en cuestión pueda cumplir adecuadamente sus obligaciones en materia de derechos humanos.

47. Dichas consideraciones están en la base de las iniciativas internacionales de alivio de la deuda, como las iniciativas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial para el alivio de la deuda multilateral y de los países pobres muy endeudados, que vinculaban el alivio de la deuda con la reducción de la pobreza. Si bien se trata de una novedad positiva, en el sentido de que constituyen un cambio respecto al sistema preexistente, ha sido escasa la contribución de esos programas a la reducción de la pobreza y para asegurar la sostenibilidad de la deuda y no han participado todos los acreedores, por lo que el plan puede aún quedar abierto a fondos buitres y acreedores disidentes. Pese a esas limitaciones, este régimen hace hincapié en que debería haber una reestructuración ordenada de la deuda que dé prioridad a las funciones sociales y económicas del deudor como proveedor de bienes y servicios públicos.

48. En la actualidad, algunos países que han recibido alivio de la deuda en virtud de las iniciativas mencionadas afrontan otra vez crisis de la deuda debido al endeudamiento excesivo en los mercados comerciales. El ímpetu que se da a la financiación privada y a la financiación mixta en la Agenda 2030 para el Desarrollo

⁴⁴ Véase, por ejemplo, [A/HRC/31/60/Add.2](#) y [A/HRC/34/57/Add.1](#).

⁴⁵ Celine Tan, "Life, debt and human rights: contextualizing the international regime for sovereign debt relief" in *Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World's Poor*, K Nadakavukaren Schefer, ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

Sostenible empeorará esta situación, ya que ahora se está impulsando a los gobiernos a buscar “formas de financiación innovadoras y privadas” en un momento en que desciende la financiación de bienes y servicios públicos a nivel mundial. Sin una reducción de la deuda insostenible, se verán gravemente socavados los progresos en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

49. Dado el carácter impreciso y abierto de los textos de los tratados bilaterales de inversión, la forma expansiva en que los árbitros internacionales interpretan los derechos de los inversores, su escasa formación en asuntos no comerciales⁴⁶ y su limitada rendición de cuentas, el arbitraje en asuntos de inversión no se ajusta con facilidad a un marco que integre los derechos humanos y la sostenibilidad social y económica. Por el contrario, es probable que haga más lenta la reestructuración de la deuda soberana al brindar un foro accesible a los acreedores disidentes y a los fondos buitres, lo que será un desincentivo a los acuerdos negociados. Cuanto más tiempo lleve el proceso, más perjudicados se verán los Estados deudores. Las demoras absorben más capital de los Estados, lo que también afecta negativamente el cumplimiento de los derechos humanos en los países de que se trate. Además, las instituciones financieras internacionales no pueden en realidad participar en las actuaciones relativas a asuntos de inversión, ya que en virtud de los tratados bilaterales de inversión no se les puede entablar acción judicial ni ellas pueden hacerlo.

50. Hasta el momento el arbitraje en materia de inversiones no ha reconocido el contexto más amplio en que se lleva a cabo la reestructuración de la deuda. A raíz de las definiciones de inversión basadas en los activos, la mayoría de los tribunales en materia de inversiones se han visto alentados a ejercer competencia respecto a los bonos soberanos. Si en una decisión se examina el fondo del asunto, la existencia de normas imprecisas sobre la protección de las inversiones puede dar lugar a responsabilidad del Estado deudor por acciones adoptadas en el marco de la reestructuración de la deuda. La responsabilidad puede surgir en virtud de varias normas de protección de la inversión, especialmente dado que es poco probable que las cláusulas de acción colectiva brinden protección plena contra acciones legítimas adoptadas por el Estado en su carácter de potencia soberana: las cláusulas de acción colectiva no protegen a los deudores soberanos contra el uso manipulativo de la mayoría por un número reducido de grandes acreedores. Existe el riesgo de que los tribunales de inversión puedan simplemente dictaminar que los Estados deudores que no paguen el 100% de su deuda a sus acreedores sigan siendo responsables de toda su deuda, reduciendo así aún más el espacio fiscal de los Estados que atraviesan dificultades económicas.

51. Además, los tribunales y los árbitros se han mostrado renuentes a admitir y a apoyar en sus decisiones la excepción de necesidad, incluso si el Estado en cuestión afronta problemas sociales y económicos de extrema gravedad al llevar a cabo la reestructuración de la deuda⁴¹.

52. El arbitraje en materia de inversiones puede limitar el espacio fiscal y normativo de un Estado y exacerbar los efectos de una crisis de la deuda. Puede impedir la aplicación de reformas que abordan las causas profundas de los

⁴⁶ Una de las principales razones detrás de este enfoque se relaciona con la cultura jurídica del arbitraje comercial, que es la que domina la comunidad del arbitraje en asuntos de inversión: en la mentalidad comercial se hace hincapié en las obligaciones del derecho privado, y en particular en la importancia de las obligaciones contractuales. En esta cultura jurídica ejercen gran influencia las dos partes en la controversia jurídica de que se trate y se tiende a quitar importancia al papel del interés público (incluido el papel de las cuestiones de derechos humanos). Véase Moshe Hirsch, “Investment tribunals and human rights: divergent paths,” en *Human Rights in International Investment Arbitration*.

problemas que llevaron a la cesación de pagos. El arbitraje en materia de inversiones crea profundas tensiones entre la acuciante necesidad de la reforma y la perspectiva de una sustancial responsabilidad. Cuanto más grave es la crisis, más probable es que sea necesaria la reforma. Sin embargo, cuanto más profunda la reforma, más probable es que los inversores presenten reclamaciones relativas al tratado de inversión⁴³.

53. Hasta el momento, los tribunales de inversión se han mostrado bastante reacios a tener en cuenta los derechos humanos al dirimir controversias entre acreedores y Estados en situación de cesación de pagos. Tal como se indicó anteriormente, los derechos humanos no están afianzados en el arbitraje en materia de inversión y los textos de los tratados bilaterales de inversión son más bien escuetos en lo referente a los derechos humanos. Por ende, resulta poco probable que de forma periódica se haga un examen detallado y concienzudo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o de los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana, que incluye principios clave como la sostenibilidad de la deuda, la regla de la mayoría, los derechos humanos y la prevención de la conducta abusiva. Por otra parte, el hecho de que los tribunales de inversión no consideren a los bonos soberanos como algo distinguible de los bonos comerciales prueba que no toman en cuenta las obligaciones del Estado como parte del proceso de toma de decisiones.

54. Es probable que un enfoque que respete los derechos humanos para solucionar los problemas de la deuda se vea socavado por los acreedores disidentes y los fondos buitres, que acceden al arbitraje en materia de inversiones a fin de hacer cumplir las cláusulas de sus bonos soberanos. El arbitraje en materia de inversiones no está legal o institucionalmente equipado para cumplir ese papel y es poco probable que las prácticas de los árbitros encargados de los asuntos de inversión permitan que el contexto más amplio de la reestructuración de la deuda (incluidas las consecuencias referentes a los derechos humanos) influya en la toma de decisiones. A consecuencia de ello podrían adquirir mayor poder los acreedores disidentes y los fondos buitres y aumentar la responsabilidad de los Estados deudores y, en relación a esto, habría un mayor riesgo de que los derechos humanos se vieran socavados en los Estados deudores.

55. En teoría, los tratados bilaterales de inversión pueden interpretarse de una manera que tome en consideración la necesidad de la estabilidad financiera y de objetivos macroeconómicos y sociales más amplios. Sin embargo, en la práctica, es poco probable que los árbitros superen el corsé que imponen los tratados bilaterales de inversión para responder adecuadamente las cuestiones amplias y complejas que conlleva la reestructuración de la deuda, incluidas las soluciones a crisis financieras que respeten los derechos humanos.

VI. Conclusiones y recomendaciones

A. Conclusiones

56. A falta de un marco internacional que regule la reestructuración de la deuda soberana, el arbitraje en materia de inversiones se ha venido considerando como posible foro para que los acreedores disidentes y los fondos buitres procuren hacer cumplir los instrumentos de deuda soberana. Cabe señalar que, por el contrario, el sistema de arbitraje en materia de inversiones fue creado para proteger la IED y la inversión productiva, con el fin de promover el desarrollo económico. El sistema de arbitraje en materia de inversiones no fue concebido para ocuparse de las obligaciones financieras ni

para brindar protección a las reclamaciones de los fondos especulativos de acreedores y de los acreedores reacios a colaborar. Sin embargo, hasta el momento la mayoría de los tribunales de inversión han ejercido competencia respecto a las controversias relativas a la deuda soberana, pese al peculiar contexto en que se llevan a cabo las reestructuraciones de la deuda. La disposición de los árbitros en asuntos de inversiones a conocer de dichas controversias puede alentar a los fondos buitres y a los acreedores disidentes a recurrir a esta forma de resolver diferencias.

57. En términos puramente económicos, los tratados bilaterales de inversión no contienen normas o directrices que hagan posible juzgar la reestructuración de la deuda de forma holística, ni afrontan los problemas de acción colectiva que están en la base de todo proceso de quiebra. Por el contrario, los acreedores se sentirán tentados a beneficiarse gratuitamente, no contribuyendo a la empresa colectiva pero gozando de las ventajas obtenidas a raíz del esfuerzo de todos los demás acreedores. La normativa sobre las inversiones no tiene por propósito facilitar el trato injusto de algunos inversores (los que aceptan las ofertas de intercambio de bonos) para favorecer a los demás inversores en la misma situación (los que optan por entablar litigio). Por ende, la norma del trato justo y equitativo solo debería proteger a los inversores contra procedimientos de reestructuración de la deuda soberana que sean injustos, por ejemplo, contra negociaciones no transparentes e inaccesibles, o contra el repudio unilateral de la deuda sin ninguna negociación²⁰. Sin embargo, vemos que los árbitros están dispuestos a ir mucho más allá.

58. En el caso de *Abaclat y otros c. Argentina*, el tribunal señaló que la diferencia no se derivaba del solo hecho de que la Argentina había incumplido sus obligaciones de pago resultantes de los bonos sino del hecho de que había intervenido en carácter de soberana en virtud de su facultad estatal de modificar sus obligaciones de pago a sus acreedores. Se trata de un argumento falaz. Es porque el deudor no puede pagar el 100% de sus deudas que hace falta un alivio de la deuda. Desde un punto de vista económico, el tribunal pedía lo imposible; desde una perspectiva de los derechos humanos, impulsó al Estado a defraudar a su población.

59. Dichas decisiones generarán mayores problemas económicos ya que prolongan la reestructuración de la deuda. También obstruyen la reestructuración, ya que crean un incentivo para los acreedores de no llegar a un acuerdo con el deudor a fin de alcanzar un nivel de deuda sostenible, ya que nadie estará dispuesto a cooperar si algunos acreedores pueden recibir el 100% de lo que se les debe. En definitiva, los árbitros tendrían que decidir si quedan protegidos los inversores que optan por no ponerse de acuerdo con la mayoría sino que aplazan las cosas y entablan litigios, y en ese caso en qué medida lo están. El problema es que en el contexto de la insolvencia de la deuda soberana, por definición el deudor no puede reembolsar totalmente sus deudas. Por su parte, la protección expansiva de los derechos de los inversores en dichos contextos crea mayores pasivos para los Estados deudores, afecta negativamente su recuperación económica y reduce la financiación para los servicios públicos que permiten cumplir las obligaciones en materia de derechos humanos. Resulta del todo claro que la idea de que los tratados bilaterales de inversión abarcan los bonos soberanos no es aún una idea consolidada entre todos los árbitros, como ha quedado demostrado recientemente en el caso *Poštová Banka c. Grecia*.

60. Si bien los Estados y la comunidad internacional están realizando grandes esfuerzos para prevenir o minimizar los litigios en que participan fondos buitres y acreedores disidentes, el hecho de que los árbitros encargados de

asuntos de inversión parezcan estar abriendo una nueva puerta para que dichos acreedores implementen sus estrategias disruptivas resulta, por cierto, desalentador. Y lo es aún más si consideramos que ni el derecho financiero ni la normativa de derechos humanos tienen un papel significativo en el arbitraje en materia de inversiones. Ante los riesgos financieros sistémicos, las instituciones globales y el derecho internacional deben dar respuestas mejores y bien coordinadas. Hace falta un enfoque deliberativo: el derecho de protección de las inversiones debe interpretarse de conformidad con los preceptos de otros derechos, por ejemplo el derecho internacional de los derechos humanos y la reglamentación financiera necesaria para velar por la sostenibilidad de la deuda, la estabilidad financiera, la igualdad y los derechos sociales y económicos.

61. Un foro institucional que resuelva las controversias respecto a la deuda debe sustentarse en un consenso internacional amplio. Si los países realmente consideran que sería una buena idea que los árbitros en asuntos de inversiones queden a cargo de adoptar las decisiones más fundamentales durante y después de las crisis financieras, los Estados deberían decirlo claramente; sin embargo, la mayoría de los tratados bilaterales de inversión no parecen reflejar esa idea. De hecho, son pocos los tratados bilaterales de inversión que utilizan los vocablos “deuda soberana” o “bonos soberanos”, y solo un número limitado (aunque creciente) de tratados suscritos desde la década de 1990⁴⁷ contienen acuerdos especiales respecto a “títulos y valores del Gobierno” y “deuda pública”. En este sentido, casi todos los bonos soberanos emitidos contemplan la realización de litigios más que el arbitraje⁴⁸.

62. Si los árbitros interpretan que tienen competencia para resolver una controversia relativa a la deuda, debe considerarse que la normativa de los derechos humanos es el derecho aplicable tanto a deudores como a acreedores. Es incorrecto e incluso peligroso pensar que hay ámbitos de nuestra sociedad que son inmunes a las normas de los derechos humanos. La reestructuración de la deuda debe ajustarse a los principios de los derechos humanos referentes a la no discriminación, la realización progresiva, la no regresión, y el cumplimiento de las obligaciones mínimas. Por ende, es necesario evaluar si se verán deteriorados los derechos y de qué manera las consecuencias sobre los derechos humanos repercutirán entre sí durante el período pertinente⁴⁹. Lo ideal sería que se realizara una evaluación acerca de las repercusiones sobre los derechos humanos, tras lo cual se haría un seguimiento. Para ello también podría hacer falta examinar las soluciones de compromiso intertemporales respecto a los derechos humanos, ya que puede ser necesario recortar los gastos para asegurar la sostenibilidad de los servicios públicos en el futuro. La protección de los servicios públicos a corto plazo, al mismo tiempo que se incrementa la deuda, puede exacerbar las dificultades para el cumplimiento de los derechos humanos en el futuro. Por otra parte, los Estados también deben considerar los efectos a largo plazo, por ejemplo, de los recortes a la educación para las

⁴⁷ Véase Kei Nakajima, “An elusive safeguard with loopholes: sovereign debt and its ‘negotiated restructuring’ in international investment agreements in the age of global financial crisis,” *International Review of Law*, 2016, vol. 2016, núm. 3. Véanse también, por ejemplo, el anexo G del tratado bilateral de inversiones entre los Estados Unidos y el Uruguay (2005); el acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos y el Perú (2006); y el tratado bilateral de inversiones entre el Canadá y Burkina Faso (firmado en 2015 pero que aún no entró en vigor).

⁴⁸ Véase por ejemplo Stephen J. Choi y Mitu Gulati, “An empirical study of securities disclosure practice,” *Tulane Law Review*, vol. 80 (2006).

⁴⁹ Daniel Bradlow, “Can parallel lines ever meet? The strange case of the international standards on sovereign debt and business and human rights,” *Yale Journal of International Law*, vol. 41, núm. 2 (2016).

generaciones venideras. Cuando los Estados procuran mantener ese equilibrio, los acreedores deben ser flexibles.

63. Las controversias internacionales relativas a la deuda deben resolverse de forma transparente, libre y oportuna a través de un mecanismo internacional de solución de controversias para reestructurar la deuda soberana basado en los Principios Rectores sobre la Deuda Externa y los Derechos Humanos (A/HRC/20/23 y Corr. 1) y en los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana. Los Principios Básicos sistematizaron y consolidaron los principios jurídicos del derecho internacional público, que reflejan las tendencias progresistas en la práctica vigente que corroboran, por ejemplo, el principio de la sostenibilidad de la deuda soberana⁵⁰. Los árbitros en los asuntos de inversión tendrían que tener muy buenos motivos para no tomar en consideración estos principios si deben dictaminar sobre controversias relativas a la deuda que repercuten en la reestructuración de la deuda.

B. Recomendaciones

1. Negociación de los acuerdos de inversión

64. Los acuerdos bilaterales y multilaterales de inversión han de ser objeto de evaluación de las repercusiones sobre los derechos humanos antes de ser suscritos. Los principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos (A/HRC/19/59/Add.5) brindan orientación a los Estados acerca de la mejor forma de velar por que los acuerdos de comercio y de inversión se ajusten a sus obligaciones en materia de derechos humanos.

65. Los Estados deben velar por que las negociaciones de los acuerdos de inversión se lleven a cabo de manera abierta y transparente, dando acceso a toda la documentación pertinente a los legisladores, a las comunidades y a otros interesados (por ejemplo los contribuyentes).

66. Deben formularse procedimientos y mecanismos de consulta apropiados para asegurar el derecho a la participación en la redacción, negociación y aprobación de los acuerdos internacionales de inversión.

2. Contenido de los acuerdos de inversión

67. Al negociar o revisar los acuerdos de inversión, los Estados deben asegurarse de que sus cláusulas incluyan disposiciones expresas que hagan referencia a las obligaciones en materia de derechos humanos que incumben a los inversores, así como a los Estados receptores y de origen.

68. Los acuerdos de inversión han de incluir disposiciones que reafirmen que los inversores deben respetar los derechos humanos, tal como aparecen enunciados en los tratados internacionales de derechos humanos, en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, y en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

69. Los acuerdos internacionales de inversión deberían excluir las reclamaciones relativas a las inversiones ligadas a las controversias sobre la reestructuración de la deuda. En función del volumen, la naturaleza y las

⁵⁰ Véase Juan Pablo Bohoslavsky y Matthias Goldmann, “An incremental approach to sovereign debt restructuring: sovereign debt sustainability as a principle of public international law”.

ramificaciones de los problemas que plantea el arbitraje sobre las inversiones para los deudores soberanos y sus poblaciones, los acreedores y el sistema financiero internacional, los Estados deberían excluir expresamente esa posibilidad, tal como ya lo hacen algunos tratados bilaterales⁵¹. Esa es la práctica seguida, por ejemplo, por los acuerdos de inversiones colombianos.

70. En todo caso, los acuerdos de inversión han de contar con cláusulas relativas al derecho de regular las actividades económicas, en particular en momentos de colapso económico o financiero. Deben incluir acuerdos sobre la deuda alcanzados de forma no discriminatoria con súper mayorías de acreedores.

71. Los acuerdos de inversión deben especificar que las medidas de buena fe dirigidas a proteger los derechos humanos de la población y asegurar la sostenibilidad de la deuda no constituyen un incumplimiento del acuerdo y no son compensables.

3. Solución de controversias en materia de inversiones

72. Los tribunales de arbitraje deben considerar la normativa de los derechos humanos como derecho aplicable para la interpretación de los tratados de inversión.

73. Ha de incrementarse la transparencia del arbitraje en materia de inversiones publicando todos los detalles de la controversia y en general celebrando audiencias abiertas al público.

74. Los que no son partes en la controversia han tener derecho a asistir a las actuaciones del arbitraje, y las comunidades afectadas y las organizaciones de interés público deben tener el derecho de presentar declaraciones por escrito y peticiones de *amicus curiae*.

75. Los tratados internacionales de inversión han de establecer un sólido sistema de revisión de los laudos para reducir la arbitrariedad.

76. Los acuerdos de inversión deben incluir reglas que velen por la independencia de los árbitros designados y requerir que los árbitros tengan un conocimiento adecuado del derecho de las inversiones y de las normas del derecho internacional en las esferas de las finanzas, los derechos humanos, el trabajo y el medio ambiente.

77. Los árbitros deben considerar seriamente los principios vigentes en materia de finanzas y ley sobre quiebras si creen que tienen competencia para resolver las controversias relativas a la deuda. En particular, los árbitros han de examinar las repercusiones de sus laudos sobre la economía del Estado deudor, sobre los derechos de la población afectada y sobre los derechos de todos los acreedores.

⁵¹ Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio entre el Perú y la República de Corea, el Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana y la América Central (CAFTA-DR) y el tratado de inversiones entre los Estados Unidos y el Uruguay.