

El arbitraje de inversiones como foro idóneo para la resolución de reclamaciones fundadas en derechos humanos y medioambientales

Dolores Bentolila[1]
2024

I. Introducción [\[arriba\]](#)

En la actualidad, no hay tema más crucial que el de la protección de los derechos humanos y el medio ambiente frente a la actividad económica. Las organizaciones no gubernamentales denuncian diariamente que las industrias violan derechos fundamentales, tales como la discriminación y el trabajo forzoso, ocasionan daños ambientales y vulneran los derechos de los pueblos autóctonos, entre otros.

El tema es altamente complejo debido a la estructura de la actividad económica, la cual se lleva a cabo a través de grupos societarios que realizan operaciones sin fronteras, generando impactos que también trascienden fronteras, pero mediante sociedades con personalidad jurídica independiente (y, por lo tanto, con responsabilidad diferenciada). Esta complejidad dificulta aún más la resolución de conflictos originados por violaciones de derechos humanos y medioambientales, los cuales no encuentran una solución satisfactoria en los tribunales nacionales.

Los tribunales de los Estados desarrollados, donde tienen su sede las multinacionales, suelen rechazar con frecuencia las reclamaciones contra sociedades controlantes por violaciones de derechos humanos o medioambientales invocando principios como "forum non conveniens", cuestionando la legitimidad del reclamante o argumentando la falta de prueba de responsabilidad por parte de la sociedad controlante. Por otro lado, los tribunales de los Estados donde se producen las violaciones a menudo carecen de mecanismos efectivos para abordar y remediar adecuadamente estas transgresiones.

Un ejemplo destacado es el desastre de Bhopal, ocurrido entre el 2 y el 3 de diciembre de 1984 en la región de Bhopal, India. Este incidente tuvo su origen en una fuga de isocianato de metilo en una fábrica de plaguicidas. Lamentablemente, las consecuencias del desastre se vieron agravadas por indemnizaciones irrisorias otorgadas a la población afectada, como resultado de una transacción motivada y confirmada por la Corte Suprema de India[2] y un número de acciones ante tribunales de los Estados Unidos contra la sociedad controlante, que fueron desestimadas.[3]

Cada año, se llevan a cabo debates en instituciones y organizaciones internacionales sobre cómo proteger y garantizar la reparación de los derechos humanos y ambientales afectados por la actividad económica, así como establecer foros adecuados para resolver dichas reclamaciones. En este contexto, en 2019 se introdujeron las Reglas de La Haya sobre Arbitraje que involucra a Empresas y Derechos Humanos, con el objetivo de proporcionar un foro apropiado para asegurar reparaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, hasta el momento, estas reglas no han tenido un éxito notable, posiblemente debido al costo asociado con litigar tales reclamaciones y al requisito de que ambas partes consientan someter la disputa a arbitraje.

Este artículo sostiene que el arbitraje de inversiones es un foro apropiado para abordar reclamaciones relacionadas con derechos humanos y medioambientales y,

en ciertos casos, se presenta como la opción más recomendable desde una perspectiva de economía procesal, neutralidad y acceso a la justicia.

El arbitraje entre inversores extranjeros y Estados, se basa en una red de unos 3.000 tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (“TBIs”) y acuerdos de libre comercio con capítulos aplicables a la inversión extranjera. Ambas categorías de tratados ofrecen protección sustantiva a las inversiones cubiertas por el ámbito de aplicación del tratado, por ejemplo, la obligación del Estado de tratar las inversiones de forma justa y equitativa y sin discriminación, y de expropiar la inversión sólo conforme a determinadas condiciones. Estos tratados también incluyen cláusulas de resolución de controversias entre inversores y Estados, que estipulan el consentimiento del Estado para resolver las disputas entre el Estado y el inversor en un arbitraje internacional en virtud del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) u otras normas de arbitraje. A pesar de las diferencias importantes entre el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional, el laudo arbitral en el arbitraje de inversiones se equipara a un laudo arbitral comercial y puede ejecutarse en la mayoría de los países del mundo en virtud del Convenio del CIADI (Artículo 54) o de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”).

La finalidad restringida de los tratados internacionales de inversión, que se limitan a proteger las inversiones extranjeras, junto con el carácter asimétrico del arbitraje de inversiones, en el que el inversor es siempre la parte demandante y el Estado es siempre la parte demandada, podrían considerarse como impedimentos para que los tribunales arbitrales de inversión puedan resolver reclamaciones en materia de derechos humanos y medioambientales. A pesar de ello, los Estados han presentado reclamos de derechos humanos y medioambientales en el arbitraje de inversiones en algunas ocasiones. Estas instancias proporcionan una oportunidad para mapear las condiciones necesarias para presentar este tipo de reclamaciones de manera exitosa.

II. Condiciones para reclamar una demanda reconvenicional en materia de derechos humanos y medioambientales [\[arriba\]](#)

A pesar de que el derecho de las inversiones ha sido tradicionalmente diseñado para proteger a inversores contra medidas del Estado y no inversamente, en algunos casos los Estados han presentado reconveniciones en materia de derechos humanos y, en mayor medida, por daños medioambientales.[4] El índice de éxito de estas reconveniciones ha sido bajo, ya que, en muchos casos, los tribunales no tenían competencia en virtud del tratado aplicable o no podían aplicar el derecho doméstico en el caso concreto. Sin embargo, como se desarrolla a continuación algunos Estados han podido reclamar exitosamente demandas reconvenicionales. Esto evidencia que, si se presentan de manera adecuada, las reconveniciones de este tipo pueden ser viables en el arbitraje de inversiones.

La complejidad de las demandas reconvenicionales en materia de derechos humanos es que los Estados deben cumplir con numerosos requisitos. Para que el Estado pueda presentar demandas reconvenicionales en el arbitraje de inversiones, se deben cumplir con las siguientes condiciones:

a) **Existencia de consentimiento para arbitrar la demanda reconvenicional:** Se requiere el consentimiento del Estado para someter la demanda reconvenicional al arbitraje.

b) **Estrecha relación con el objeto de la demanda del inversor:** La demanda reconvenicional debe guardar una relación estrecha con el objeto de la demanda original presentada por el inversor.

c) **Arbitrabilidad:** La materia de la demanda reconvenicional debe ser arbitrable. Algunos temas pueden no ser considerados arbitrables.

d) **Legitimidad activa del Estado:** El Estado debe contar con la legitimidad activa para presentar la demanda reconvenicional, lo que implica tener el derecho de invocar y buscar reparación por las violaciones alegadas.

e) **Legitimidad pasiva del inversor:** La demanda reconvenicional debe dirigirse contra un inversor que tenga la legitimidad pasiva para enfrentar las alegaciones planteadas por el Estado. Esto implica que el inversor debe ser la parte adecuada para responder a las acusaciones formuladas en la reconvenición.

El cumplimiento adecuado de estas condiciones es esencial para que una demanda reconvenicional en materia de derechos humanos pueda ser presentada y considerada en el arbitraje de inversiones. Pasamos a tratar cada uno de estos requisitos en detalle.

A. Existencia de consentimiento para resolver la demanda reconvenicional en el arbitraje

En primer lugar, la competencia del tribunal arbitral con respecto a la demanda reconvenicional requiere que ambas partes hayan otorgado su consentimiento para que no sólo la demanda original, sino también la reconvenición, sea resuelta a través del arbitraje de inversiones. En este contexto, el consentimiento es proporcionado por el Estado en la cláusula de arbitraje del tratado de inversiones, la cual el inversor acepta al recurrir al arbitraje.

La existencia del consentimiento de las partes para que las demandas reconvenionales se resuelvan en el arbitraje dependerá de la redacción de dicha cláusula. Si es restrictiva y excluye expresamente las demandas reconvenionales, o si es amplia, incluyendo de manera implícita o explícita las demandas reconvenionales.

En ausencia de un consentimiento explícito o implícito en el tratado, las partes pueden acordar que el tribunal decida las demandas reconvenionales mediante un compromiso firmado después de que surja la disputa.

(i) Ausencia de consentimiento

Muchas cláusulas de arbitraje de los tratados de inversión establecen que sólo el inversor podrá iniciar un arbitraje para resolver las controversias y/o que dichas controversias deben derivarse de la violación del tratado, el cual en la mayoría de los casos sólo prevé obligaciones del Estado y no del inversor. Por ejemplo, el artículo 9 del tratado bilateral entre Rumania y Grecia prevé el arbitraje respecto de “[*controversias entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte*]

Contratante relativas a una obligación de esta última en virtud del presente Acuerdo, en relación con una inversión de la primera”.

Este tipo de cláusulas, han sido naturalmente interpretadas como excluyentes de la competencia para resolver demandas reconventionales en los casos *Roussalis c. Rumania*, *American c. Venezuela*, *Rusoro c. Venezuela*, *Karkey c. Pakistan*, *Anglo American PLC c. Venezuela*, *Iberdrola c. Guatemala II*, *Natural Energy c. Colombia*, *Lopez-Goyne Family Trust c. Nicaragua*. [5]

Consecuentemente, no es recomendable presentar demandas reconventionales bajo este tipo de tratados.

(ii) Consentimiento implícito

Muchas cláusulas arbitrales, sin embargo, prevén que el tribunal arbitral tendrá competencia para resolver “toda” o “cualquier” disputa relativa a la inversión, sin especificar que dicha demanda debe ser iniciada exclusivamente por el inversor. Cláusulas redactadas de manera amplia, aunque no mencionen explícitamente la competencia para resolver demandas reconventionales, han sido interpretadas como lo suficientemente abarcadoras para extender la jurisdicción del tribunal a las demandas reconventionales.

Un ejemplo de esto ocurrió en el caso *Urbaser c. Argentina*, donde Argentina presentó demandas reconventionales en virtud del Artículo X del tratado bilateral entre España y Argentina, que establece:

1.- Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia..

(...)

3. - La controversia: podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) a petición de una de las partes en la controversia cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo

o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes.

En el caso *Urbaser c. Argentina*, la objeción presentada por Argentina sostenía que el tribunal no tenía competencia para resolver demandas reconventionales, argumentando que la naturaleza asimétrica de los tratados de inversión impedía a un Estado invocar dichas demandas. Sin embargo, el Tribunal rechazó este argumento al afirmar que dicha interpretación iba en contra del lenguaje del Artículo X del tratado en cuestión, el que “*no establece distinción alguna en cuanto a la identidad de la demandante o la demandada en una controversia en relación con inversiones “entre las partes”*”. [6]

En el caso *Saluka c. República Checa*, el Tribunal determinó que el Artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre los Países Bajos y la República Checa, el cual establecía que “*todas las controversias entre una Parte Contratante y un*

inversor de la otra Parte Contratante relativas a una inversión de este último" estaban sujetas a arbitraje, era lo suficientemente amplio como para incluir controversias que pudieran dar lugar a reconvencciones.[7] Una decisión similar se puede encontrar en *Paushok c. Mongolia*, donde el tribunal resolvió que una cláusula arbitral similar (el Artículo 6 del tratado bilateral entre Rusia y Mongolia) cubría demandas reconvenzionales.[8]

En ambos casos, los tribunales interpretaron la amplitud del lenguaje de las cláusulas arbitrales, concluyendo que la inclusión de la frase "todas las controversias" abarcaba tanto las demandas iniciales como las reconvencciones.

(iii) Consentimiento expreso

Algunas cláusulas establecen de manera explícita la competencia de los tribunales arbitrales para decidir demandas reconvenzionales. Por ejemplo el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, establece: "[c]uando el demandante presente una reclamación [...], el demandado podrá formular una reconvencción en relación con los fundamentos de hecho y de derecho de la reclamación o basarse en una reclamación a efectos de una compensación contra el demandante [...]".[9] Asimismo, el Artículo 28.9 del tratado del Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA) establece:

[un] Estado miembro contra el que un inversor del COMESA presente una reclamación en virtud del presente artículo podrá alegar como defensa, reconvencción, derecho de compensación u otra reclamación similar que el inversor del COMESA que presenta la reclamación no ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del presente Acuerdo.[10]

La competencia del tribunal arbitral para decidir demandas reconvenzionales también puede basarse en acuerdos específicos obtenidos una vez ya surgida la controversia. Un ejemplo de esto ocurrió en el caso *Burlington c. Ecuador*, donde las partes acordaron específicamente tratar la reconvencción de Ecuador sobre la obligación de Burlington de remediar el suelo y el agua contaminados por su explotación petrolífera en la selva.[11] Estos acuerdos, aunque excepcionales, pueden ser de interés tanto para el inversor como para el Estado ya que un mismo foro podrá resolver disputas conexas y los daños que cada parte obtenga podrán compensarse más fácilmente. Para el inversor, puede también ser de interés que su disputa conexas sea resuelta por un tribunal internacional en lugar de un tribunal local del Estado anfitrión.

B. Relación estrecha entre la reconvencción y el objeto de la disputa

Para que una demanda reconvenzional sea admisible los tribunales exigen que exista una relación estrecha entre la reconvencción y el objeto de la disputa. Dicho requisito aparece en el Artículo 46 de la Convención del CIADI:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvenzionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

Asimismo, la Regla 48 del Reglamento del CIADI de 2022 establece:

Regla 48 Demandas Subordinadas (1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una demanda reconvenional ("demanda subordinada"), que esté relacionada directamente con el objeto de la diferencia, siempre y cuando la demanda subordinada esté dentro del ámbito del consentimiento de las partes y de la jurisdicción del Centro.

Los Reglamentos de arbitraje de la CNUDMI de 2010 y 2021, por otro lado, no establecen dicho requisito.[12]

Como se explica en el comentario de Schreuer al Convenio del CIADI, el requisito del Artículo 46 del Convenio del CIADI no es un requisito de competencia, éste regido por el Artículo 25, sino de admisibilidad de la demanda reconvenional.[13]

El requisito de la relación estrecha entre la demanda reconvenional y el objeto de la disputa es interpretado por los tribunales de manera que ambas demandas estén vinculadas al mismo conjunto de hechos. Esto implica que la demanda del inversor y la demanda reconvenional del Estado deben estar relacionadas con la misma inversión, el mismo marco temporal, las mismas partes, o la demanda reconvenional debe ser contingente con las demandas.[14] Un ejemplo claro de esta interpretación se observa en el arbitraje *Goetz c. Burundi II*, donde el tribunal consideró que este requisito se cumplió con respecto a demandas reconvenionales relacionadas con el cumplimiento de obligaciones del inversor establecidas en el certificado que autorizaba la inversión.[15]

Muy pocos laudos basados en tratados de inversión desarrollan satisfactoriamente este requisito. La mayoría de los precedentes en este sentido se generaron en el contexto de arbitrajes contractuales entre Estados e inversores a fines del siglo XX. En ese contexto, el Artículo 19(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, hoy modificado, establecía que "*el demandado podrá formular una reconvenión fundada en el mismo contrato o hacer valer un derecho basado en el mismo contrato, a los efectos de una compensación*". La jurisprudencia de los tribunales arbitrales contractuales, tanto del CIADI como del Tribunal de reclamaciones iraní-estadounidense, sostenía que una demanda reconvenional tiene una relación estrecha con la demanda cuando la demanda reconvenional se vinculaba al mismo contrato o a un contrato u obligación relacionada de modo que forman un todo indivisible con el contrato en cuestión.[16]

Aunque dicha jurisprudencia no tiene razón de ser en el arbitraje basado en tratados de inversión, los que se aplican en gran medida a medidas regulatorias generales en la ausencia de una relación contractual entre el Estado y el inversor, los primeros arbitrajes basados en tratados de inversión procuraron seguirla. Este enfoque se evidenció en el caso *Saluka c. República Checa*, donde la República Checa presentó demandas reconvenionales relacionadas con el cumplimiento por parte del inversor de leyes públicas de aplicación general. Citando la jurisprudencia previa y considerándola aplicable al arbitraje basado en tratados de inversión, el tribunal declaró que no tenía competencia para resolver tales reclamos.

79. Tomadas al pie de la letra, y sobre la base de sus propios términos tal y como han sido alegados por la Demandada, no se puede considerar que estas rúbricas D a K de la demanda reconvenional de la Demandada constituyan (para utilizar el

lenguaje adoptado en *Klöckner c. Camerún*, supra, párrafo 65) una violación de las disposiciones del Tratado. Camerún, supra, párrafo 65) "un todo indivisible" con la pretensión principal formulada por el Demandante, o como invocación de obligaciones que comparten con la pretensión principal "un origen común, fuentes idénticas y una unidad operativa" o que fueron asumidas para "el logro de un objetivo único, [de modo que son] interdependientes". La base jurídica que la propia Demandada ha invocado para las secciones D a K de su demanda reconvenicional se encuentra en la aplicación del Derecho checo, e implica derechos y obligaciones que son aplicables, como cuestión de Derecho general de la República Checa, a las personas sujetas a la jurisdicción de la República Checa. En consecuencia, los litigios que subyacen a dichas cabezas de reconvenición deben resolverse, en principio, a través de los procedimientos apropiados del Derecho checo y no a través de los procedimientos particulares de protección de inversiones del Tratado.

80. Por lo tanto, el Tribunal concluye que carece de jurisdicción respecto de cualquiera de las cabezas A a K de la demanda reconvenicional presentadas en el Memorial de Contestación de la Demandada, y por lo tanto también carece de jurisdicción respecto de las cabezas consecuentes L a N de la demanda reconvenicional identificadas en el Memorial de Contestación de la Demandada.[17]

Una decisión similar puede encontrarse en *Paushok c. Mongolia* en el que el tribunal declinó su competencia para resolver demandas reconvenionales relativas a la aplicación de leyes fiscales en virtud del requisito de conexidad tal como lo había interpretado el tribunal en *Saluka c. República Checa*. [18] Siguiendo a *Saluka c. República Checa*, el tribunal aclaró que el requisito de conexidad es un requisito determinante de la competencia (no de la admisibilidad de la demanda). [19] Dado que la aplicación de las leyes públicas es de competencia exclusiva de los tribunales nacionales, el tribunal carecía de competencia y, por ende, de conexidad, para resolver estas demandas reconvenionales. [20]

En el caso *Urbaser c. Argentina*, el tribunal arbitral no siguió dicha jurisprudencia pero interpretó la relación estrecha con el objeto de la demanda de modo a que la demanda y la demanda reconvenicional estén basadas en el mismo orden jurídico. [21] En dicho caso, Urbaser, un concesionario de agua reclamaba violaciones del tratado de inversiones entre Argentina y España resultantes del tratamiento y la subsecuente resciliación de su concesión por Argentina. Argentina, por su parte, alegó que Urbaser, había violado el derecho al agua potable limpia y segura al no realizar inversiones en el sistema de agua. El tribunal sostuvo correctamente que la reconvenición guardaba una relación estrecha con el tratado de inversión, dado que ambas demandas se relacionaban con la misma inversión, precisamente la existencia o ausencia de suficiente inversión en la concesión por Urbaser. [22] Sin embargo, el tribunal declaró adicionalmente que existía conexión legal ya que este derecho humano era de carácter internacional al igual que los derechos del inversor contenidos en el tratado de inversión en cuestión. [23]

La postura de requerir un mismo fundamento jurídico a los fines de la admisibilidad de la demanda reconvenicional no encuentra sustento alguno en el Convenio del CIADI ni en los reglamentos de arbitraje actuales y ha sido criticada por otros tribunales y la doctrina. [24] Dicha postura se basa en precedentes y reglas de arbitraje (el antiguo Artículo 19(3) del Reglamento de la CNUDMI) aplicables a disputas contractuales que no son adaptadas al arbitraje de inversiones. Asimismo, los laudos *Saluka c. República Checa* y *Paushok c. Mongolia* confunden competencia con admisibilidad. El requisito de conexidad no se fundamenta en si el tribunal tiene competencia para resolver la demanda (por ejemplo, la competencia para resolver

una demanda de aplicación de leyes fiscales respecto de la cual los tribunales nacionales pueden tener competencia exclusiva) sino en razones de economía y justicia procesal que justifiquen el tratamiento conjunto de demandas en un mismo procedimiento. En tal sentido, la Corte Internacional de Justicia, explica que este requisito que está también previsto en el Artículo 80 del Estatuto de la Corte, se basa en la necesidad de "garantizar una mejor administración de la justicia", "lograr una economía procesal al tiempo que se permite a la Corte tener una visión general de las respectivas pretensiones de las partes y decidir sobre ellas de forma más coherente" y "evitar abusos".[25]

Si el tribunal tiene competencia para resolver una demanda reconvenional basada en derecho doméstico y esta tiene una relación estrecha con la demanda principal desde un punto de vista fáctico, por ejemplo, porque el certificado o autorización de la inversión o la ley de inversiones o del sector impusieron ciertas obligaciones a los inversores, justificando las medidas impugnadas por el inversor, dichos reclamos deberían considerarse admisibles. En este sentido, en *Burlington c. Ecuador*, el Tribunal resolvió demandas reconvenionales basadas en el contrato objeto de la inversión y el derecho nacional. Las demandas reconvenionales de Ecuador no derivaban del mismo instrumento ni del mismo orden jurídico que las demandas de Burlington, estas últimas sustentadas en el tratado de inversiones aplicable.[26]

C. Arbitrabilidad

Como se mencionó arriba, algunos tribunales arbitrales de inversión se han declarado incompetentes para resolver demandas reconvenionales fundadas en leyes públicas, tales como leyes impositivas, bancarias o de competencia.[27] Aunque el tribunal en *Saluka c. República Checa* y *Paushok c. Mongolia* caracterizaron este supuesto como una ausencia de conexidad, en verdad se relaciona con el principio general que la ejecución de leyes publicas caen bajo la competencia exclusiva de los tribunales. En *Paushok c. Mongolia* el tribunal expresó:

694. ... Las reconveniones surgen del derecho público mongol y plantean exclusivamente cuestiones de incumplimiento del derecho público mongol, incluidas las leyes fiscales de Mongolia. Todas estas cuestiones entran de lleno en el ámbito de la jurisdicción exclusiva de los tribunales mongoles. ...

695. En efecto, a través de las Demandas Reconvenionales la Demandada pretende extender la aplicación y ejecución extraterritorial de su derecho público, y en particular de su derecho tributario, a personas o entidades que no están sujetas al derecho público mongol ni a sus tribunales y que no han aceptado someterse a ellos. Por lo tanto, si el Tribunal Arbitral extendiera su jurisdicción a las Demandas Reconvenionales, estaría consintiendo una posible extensión exorbitante de la jurisdicción legislativa de Mongolia sin ninguna base legal bajo el derecho internacional para hacerlo, ya que el principio generalmente aceptado es la no aplicabilidad extraterritorial de las leyes públicas nacionales y, específicamente, de las leyes fiscales nacionales. Si el Tribunal Arbitral decidiera sobre el fondo de las Demandas Reconvenionales a favor de la Demandada, el consiguiente laudo arbitral dictado en los Países Bajos tendría derecho a reconocimiento y ejecución a través de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en sus países miembros, incluida Rusia, con el probable efecto de impulsar la aplicación de la legislación fiscal mongola por tribunales no mongoles con respecto a nacionales no mongoles más allá de las limitaciones a la aplicación extraterritorial de la legislación fiscal mongola

arraigadas en el derecho internacional público. Como se expresa en el laudo del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en materia de Informática

"Tal reclamación es esencialmente una solicitud de que este Tribunal haga cumplir las leyes fiscales de un Estado soberano [...] Es una "regla universalmente aceptada que el derecho público no puede ser aplicado extraterritorialmente". Las leyes fiscales son una manifestación del *ius imperii* que sólo puede ejercerse dentro de las fronteras de un Estado. Además, las leyes fiscales suelen ser enormemente complejas, hasta el punto de que su aplicación se asigna con frecuencia a tribunales especializados u organismos administrativos. Por estas razones, las acciones para hacer cumplir las leyes tributarias se limitan universalmente al foro nacional (.....). Por tanto, el Tribunal carecía de jurisdicción sobre la [reclamación tributaria]".[28]

Este principio es aplicado por algunas cortes domésticas, tales como las del Reino Unido, respecto del cual los tribunales no pueden ejecutar sanciones o decisiones de derecho público extranjero (derecho impositivo, penal, regulatorio), a diferencia del derecho privado (por ej. responsabilidad civil contractual o extracontractual).[29] Esta norma, que tiene al menos 200 años de antigüedad, ha sido objeto de fuertes críticas.[30] En primer lugar, se ha mencionado que es cuestionable que exista un "principio generalmente aceptado" que "prohíba" la aplicación extraterritorial del derecho público ya que en algunas jurisdicciones, el carácter de derecho público de las leyes extranjeras, en sí mismo, no es una razón que impida a los tribunales aplicar y hacer cumplir esa ley.[31] En segundo lugar, ello no se ajusta al derecho público contemporáneo. Por ejemplo, ¿es aplicable en asuntos relacionados con el derecho de la competencia, controles de contaminación, terrorismo o controles de cambio aprobados por el FMI? ¿Por qué una corte no puede aplicar el derecho público extranjero cuando el Estado que promulgó esa norma lo solicita y acepta su aplicación? Aunque es comprensible que los Estados no tengan interés en gastar recursos para aplicar el derecho público extranjero, no existe una razón de principio que impida tal aplicación, especialmente cuando el Estado que emitió las normas da su consentimiento a dicha aplicación y los Estados llamados a aplicarlas pueden evitar cualquier aplicación contraria a sus principios en virtud del orden público internacional.

¿Cuál es la relevancia de este principio para los reclamos en materia de derechos humanos y medioambientales? Tradicionalmente, los litigios relativos a la violación de derechos humanos y medioambientales por corporaciones se han fundado en la responsabilidad civil extracontractual de la empresa por los daños causados por su actividad negligente.[32] En el arbitraje de inversiones, la responsabilidad extracontractual del inversor por daños medioambientales se ha reclamado exitosamente en *Burlington c. Ecuador* y *Perenco c. Ecuador*. En ambos procedimientos, Ecuador presentó y ganó demandas reconventionales por daños ambientales derivados de la contaminación del suelo y las aguas subterráneas, que incluyeron el abandono de pozos, provocando la formación de fosas de lodo, y por el mantenimiento inadecuado de la infraestructura y los equipos de los campos petrolíferos. Estas demandas reconventionales se basaron en la responsabilidad del inversor por daños ambientales, conforme al derecho ecuatoriano de responsabilidad civil, respaldado por la Constitución y la jurisprudencia interna.[33] Estos casos son claramente arbitrables al tratarse de una responsabilidad de derecho civil.

Hoy en día las legislaciones establecen cada vez más la obligación de los operadores económicos de cumplir con ciertos derechos humanos y / o estándares de responsabilidad social corporativa. Dichas obligaciones incluyen deberes de diligencia y de reporte, la obligación de respetar los convenios de la OIT y establecer

salvaguardias contra la discriminación, o normas que requieren el consentimiento informado de las personas antes de que puedan tomar parte en ensayos de medicamentos. Por ejemplo, el Parlamento Europeo y el Comité Europeo aprobaron una nueva directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial que obligaría a las empresas a vigilar su impacto negativo en los derechos humanos y el medio ambiente, incluido el trabajo infantil, la esclavitud, la explotación laboral, la contaminación, la deforestación, el consumo excesivo de agua o el daño a los ecosistemas.[34] En virtud de dicho proyecto de directiva, además de la responsabilidad civil resultante de la violación de dicho deber, las autoridades de control podrán poner en marcha inspecciones e investigaciones e imponer sanciones a las empresas que incumplan la normativa, incluida la denuncia pública y multas de hasta el 5% de su volumen de negocios neto mundial del grupo. La caracterización del carácter público de estos reclamos, podría ser obstáculo a que el tribunal se pronuncie sobre ellos, según el principio expuesto anteriormente.

Algunos tratados, como el tratado entre Marruecos y Nigeria, comienzan a incluir cláusulas que establecen obligaciones del inversor en materia de derechos humanos, medioambiente o responsabilidad social corporativa.[35] Otros tratados establecen que el Estado puede presentar demandas reconventionales respecto del cumplimiento del derecho nacional. Por ejemplo, el tratado bilateral entre Iran y Slovakia, establece que *“el demandante puede invocar como... demanda reconventional... que el demandante no cumplió con sus obligaciones bajo el Tratado de cumplir con el derecho del Estado anfitrión.”* [36] Dichas cláusulas, tienen la ventaja de internacionalizar la obligación nacional del inversor, permitiendo al tribunal arbitral pronunciarse respecto de su incumplimiento, aun cuando el reclamo sea de carácter público. En este caso, el tribunal no aplica el derecho público doméstico sino el derecho internacional que incorpora el derecho público doméstico, por lo que el principio arriba expuesto no aplica.

D. Legitimidad activa del Estado

Una de las mayores dificultades para los Estados respecto de demandas reconventionales en materia de derechos humanos es ser el titular del derecho que procura invocar contra el inversor. Esto puede suponer un desafío respecto a las demandas reconventionales relativas a derechos humanos y medioambientales, ya que el Estado no es necesariamente la víctima de las violaciones a dichos derechos.

La legitimidad del Estado para reclamar por violaciones de derechos humanos de su población y derechos medioambientales dependerá del marco legal aplicable. Podemos distinguir entre acciones basadas en el derecho nacional y acciones basadas en el derecho internacional.

(i) Derecho nacional

En los casos en que el Estado presente demandas reconventionales basadas en el derecho nacional, la legitimidad activa estará sujeta a las disposiciones del derecho interno.

En la mayoría de los casos, las acciones contra empresas por violaciones de derechos humanos se presentan como acciones de responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad en estos casos recae, en primer lugar, individualmente respecto de los individuos que sufrieron el daño. En general, el Estado no tiene legitimidad para emprender acciones en estos casos. Esta cuestión se abordó en el caso *Chevron c.*

Ecuador II, donde Ecuador presentó una reconvencción contra Chevron por los daños causados a las poblaciones locales debido a la contaminación en la selva ecuatoriana provocada por Chevron. En este caso, Ecuador reclamó por los derechos individuales de las víctimas ya que el tribunal había decidido en un laudo previo que Ecuador no podía reclamar por derechos difusos en virtud de una transacción firmada con Ecuador.[37] El tribunal determinó que el Estado no era ni víctima ni representante de las víctimas y, por lo tanto, desestimó la reconvencción.[38]

En las últimas décadas, las legislaciones del mundo han ido progresivamente reconociendo derechos o intereses difusos o colectivos respecto de los cuales el Estado y otras organizaciones o grupos pueden reclamar, y respecto de los cuales el daño reclamado no es un daño individual sino un daño indivisible de la sociedad o de ciertos grupos sociales.[39] Derechos o intereses de esta categoría incluyen derechos medioambientales, culturales, históricos, o de defensa del consumidor, como por ejemplo los usuarios de servicios públicos. En tal sentido, el Artículo 3 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del 25 de marzo de 2019 dispone la legitimidad activa del Estado, en particular del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública, respecto de una acción colectiva para hacer valer pretensiones de tutela de intereses o derechos difusos y o individuales homogéneos. El Artículo 1 de dicho código define dichos derechos de tal modo:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.[40]

El Estado, en principio, tiene derecho a reclamar una demanda reconvenccional basado en derechos difusos. Por ejemplo, en *Burlington c. Ecuador*, Ecuador presentó y ganó una demanda reconvenccional para la remediación de la contaminación al suelo y aguas subterráneas ocasionada por sus operaciones petrolíferas al suelo Ecuatoriano.[41] Ecuador fundó dicha demanda en una responsabilidad civil extracontractual basada en el Artículo 396 del Código Civil Ecuatoriano que establece la responsabilidad objetiva de operadores económicos por daño ambiental.[42] La responsabilidad reclamada estaba basada en un derecho a un medioambiente sano que la constitución califica como individual y colectivo; un derecho de la Pacha Mama del que personas, comunidades, pueblos y naciones tienen el derecho a beneficiarse.[43] El mismo reclamo también fue exitoso respecto del socio de Burlington, Perenco Ecuador Limited en *Perenco c. Ecuador*, respecto de los mismos hechos.[44]

En el caso de acciones fundadas en una responsabilidad que no es civil, por ejemplo, respecto de sanciones punitivas por violaciones a la obligación de cumplir con deberes de diligencia o inspección, no cabe duda de la legitimidad activa del Estado para reclamarlas. Sin embargo, como se mencionó más arriba, si dichos reclamos son caracterizados como reclamos de derecho público podrían ser considerados como no arbitrables.

(ii) Derecho internacional

El Estado también puede presentar reclamaciones basadas en la responsabilidad internacional del inversor en caso de que exista una obligación internacional por parte del inversor. No obstante, es importante señalar que estas obligaciones son escasas en el ámbito del derecho internacional. El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, John Ruggie, llevó a cabo un mapeo sobre la existencia de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos al preparar los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2011.[45] Él concluyó que, actualmente, no existe en el derecho internacional una obligación de las empresas de respetar los derechos humanos.[46] Ello no surge (aún) de la práctica de los estados y las convenciones internacionales de derechos humanos más bien imponen obligaciones al estado de asegurar que los individuos y / o empresas no cometan dichas violaciones.[47] En la actualidad, el derecho internacional sólo establece un deber social o de "soft law" de respetar los derechos humanos. Por ende, es el derecho nacional el que principalmente fundamenta la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, y no el derecho internacional.

A pesar de ello, en *Urbaser c. Argentina*, el tribunal declaró la existencia de una obligación internacional consuetudinaria del inversor de respetar los derechos humanos.[48] En este caso, Argentina presentó una demanda reconventional de daños y perjuicios ocasionados por la falta de inversiones por el concesionario de agua que impidieron garantizar el derecho humano básico al agua y al saneamiento de miles de personas, la mayoría de las cuales vivían en condiciones de extrema pobreza.[49] Argentina fundó este reclamo en el derecho argentino y el derecho internacional. En virtud de una interpretación restrictiva del requisito de conexidad, el tribunal, sin embargo sólo resolvió el reclamo basado en el derecho internacional.

El tribunal declaró que existe en derecho internacional consuetudinario la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos.[50] El tribunal razonó que los tratados de derechos humanos “no establecen más que derechos inherentes a cada persona. Sin embargo, para garantizar que cada persona goce de tales derechos, también debe garantizarse necesariamente que ninguna otra persona o entidad, ya sea pública o privada, actúe en perjuicio de tales derechos”.[51] De ello, concluyó que ello “conlleva una obligación como contrapartida”.[52] El tribunal arbitral, sin embargo, no se pronunció sobre la existencia de una práctica estatal y *opinio juris* que demuestre la existencia de dicha obligación en derecho internacional consuetudinario. El tribunal igualmente omitió referirse a la posición de Naciones Unidas y a los estudios de mapeo concluyentes de Naciones Unidas sobre de la inexistencia de una obligación internacional de las empresas de respetar los derechos humanos.[53]

Finalmente, el tribunal rechazó la demanda en el fondo ya que opinó que el derecho internacional no imponía una obligación positiva a los inversores de aplicar los derechos humanos protegidos sino una obligación negativa de no interferir con los derechos humanos protegidos.[54]

En algunos casos, la obligación internacional del inversor puede ser de origen convencional. Algunos tratados de la nueva generación establecen obligaciones internacionales de inversores, individuos o empresas. Por ejemplo, el tratado bilateral entre Marruecos y Nigeria de 2026 establece varias obligaciones incluyendo:

1) La obligación del inversor de realizar evaluaciones de impacto ambiental y social (arts. 14 y 17)

2) La obligación del inversor de (i) mantener un sistema de gestión medioambiental; (ii) respetar los derechos humanos; (iii) cumplir con las normas laborales de la OIT; y (iv) “no gestionar u operar las *inversiones de manera que el inversor 'eluda' las obligaciones internacionales en materia medioambiental, laboral y de derechos humanos de las que sean parte el Estado de origen y/o el Estado anfitrión*” (art. 18.4).

3) Obligación de cumplir con la responsabilidad social de las empresas (Art. 24).

En *Aven c. Costa Rica*, el tribunal arbitral declaró que el inversor estaba sujeto a una obligación implícita emergente del Tratado de Libre Comercio Entre la Republica Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA).[55] El tribunal se refirió al Artículo 10.11 del DR-CAFTA que establece:

Artículo 10.11: Inversión y Medioambiente

Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

El tribunal interpretó esta disposición como estableciendo implícitamente la obligación internacional de respetar medidas medioambientales en cumplimiento de este Artículo.[56] Sin embargo, el tribunal finalmente desestimó la demanda reconventional porque los artículos 10.9.3 y 10.11 DR-CAFTA no establecían obligaciones afirmativas del inversor.[57] El análisis del tribunal respecto de esta cuestión es poco claro y contradictorio. De cualquier manera, no surge de los términos de los artículos 10.9.3 y 10.11 DR-CAFTA, ni del objeto y propósito de esta disposición una obligación del inversor. Esta disposición simplemente protege el poder regulatorio del Estado en materia ambiental y tiene por efecto excluir dichas medidas del ámbito de aplicación de los estándares de protección de los inversores.

Los laudos en *Urbaser c. Argentina* y *Aven c. Costa Rica* ponen de relieve la dificultad de definir las obligaciones internacionales de las empresas en materia de derechos humanos a defecto de un tratado internacional que las establezca expresamente. Aunque ambas decisiones declararon el principio general muy fácilmente, al procurar aplicar el derecho en el caso concreto, se encontraron con la dificultad de determinar el alcance exacto de la obligación del inversor.

El alcance exacto de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos ha sido ampliamente debatido por la comunidad internacional durante el comentario del proyecto de Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (las “Normas”),[58] por el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas, John Ruggie.[59] Las Normas establecían la obligación general de las empresas de respetar los derechos humanos. Ellas generaron una gran controversia en la comunidad internacional.[60] En primer lugar, porque no todos los derechos humanos son de aceptación universal (por ejemplo, no lo son las normas relativas a la protección del consumidor o el principio de consentimiento previo, libre e informado de pueblos autóctonos).[61] En segundo lugar, no todas las obligaciones en materia de derechos humanos pueden imponerse a las empresas. La cuestión de cuáles obligaciones pueden ser atribuidas a las empresas fue abordada por las

Normas al referirse a cualquier derecho humano que caiga dentro de la "esfera de influencia y actividad" de la empresa. Sin embargo, dos estudios jurídicos que realizaron un mapeo para Ruggie confirmaron que dicho concepto no existe en ninguna de las jurisdicciones investigadas.[62] Además, Ruggie señala que la fórmula es problemática al no distinguir claramente la relación entre los deberes del Estado y los de la empresa.[63] Como resultado, las normas fueron reemplazadas por los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en 2011 (los "Principios Rectores de Naciones Unidas"), los cuales únicamente establecen el deber de las empresas de respetar los derechos humanos desde su perspectiva social, como un estándar global de conducta esperada.[64] Por tal motivo, fuera de los casos en que un tratado establezca las obligaciones del inversor (o de su persona) claramente, las demandas reconventionales basadas en el derecho internacional tendrán pocas perspectivas de éxito.

E. Legitimidad pasiva del inversor

El inversor no siempre es el perpetrador de las violaciones de derechos humanos. En varias instancias, el inversor es un accionista, a veces lejano y minoritario, de la sociedad local. En virtud del principio de la personalidad jurídica, cada sociedad es una persona jurídica distinta de las otras y sólo responde por sus propios hechos. Ante una demanda reconventional por violaciones de derechos humanos, el inversor podría objetar que no es el autor de las violaciones, sino su subsidiaria, por lo que carece de legitimidad pasiva respecto de los reclamos. No obstante, los derechos nacionales prevén situaciones en las que los inversores internacionales pueden ser responsabilizados por las violaciones ocasionadas por sus filiales.

La legitimidad pasiva del inversor va a depender del derecho aplicable a la demanda reconventional. Si la demanda se realiza en virtud del derecho internacional, no existen reglas respecto de la atribución al inversor de la conducta que viola la obligación internacional. Las reglas de atribución de la responsabilidad del Estado no han sido diseñadas para empresas. Ello demuestra una vez más la dificultad de aplicar obligaciones internacionales a empresas en la ausencia de una reglamentación detallada.

Al contrario, si el derecho aplicable a la demanda reconventional es el derecho nacional, existen reglas más claras. En primer lugar, la responsabilidad de una controlante por los daños causados por su subsidiaria puede ser directa. El controlante de una sociedad local puede ser responsable por violaciones de sus filiales cuando su acción u omisión causa la violación; por ejemplo, si una catástrofe ambiental es causada por una tecnología defectuosa de la sociedad controlante. En un litigio en Estados Unidos iniciado por algunas víctimas de la catástrofe de Bhopal, las demandantes alegaron que la controlante de Union Carbide India Limited, Union Carbide Corporation, era responsable directa de los daños ambientales porque había, entre otras, vendido su tecnología y proporcionado los diseños básicos para la eliminación de residuos que había ocasionado el desastre ecológico.[65] El argumento podría haber tenido éxito de haber sido probado, pero la corte americana declaró que de los hechos se desprendía claramente que la subsidiaria y no la controlante había diseñado y construido el sistema de eliminación de residuos. [66]

Asimismo, en algunos países, como Francia, Holanda e Inglaterra las sociedades controlantes de grandes grupos corporativos pueden estar sujetas a un deber de vigilancia o diligencia o un "duty of care" al aplicar políticas al grupo o dirigir operaciones.[67] Dicho deber ha sido establecido de modo general en la Ley

francesa, la que codifica básicamente los los Principios Rectores de Naciones Unidas 17-21 y exige a ciertas empresas que apliquen la diligencia debida para identificar y mitigar las violaciones de derechos humanos en sus actividades empresariales y en las de sus relaciones comerciales directas. El proyecto de directiva de la Unión Europea arriba mencionado va en el mismo sentido.[68] En el Reino Unido, por otro lado, el “duty of care” no tiene una aplicación absoluta como en Francia sino que depende del comportamiento de la controlante o del funcionamiento del grupo (por ejemplo, de las políticas empresariales y si la controlante asumió dichas responsabilidades).[69] Cualquiera sea el alcance preciso de dichos deberes, ellos permiten la responsabilización civil y penal de sociedades controlantes cuando incumplan su deber de diligencia. En estos casos, la responsabilidad de la controlante es directa en virtud de un incumplimiento de sus propios deberes y no una responsabilidad derivada de la subsidiaria.

En segundo lugar, los controlantes de una sociedad pueden tener una responsabilidad de carácter derivado. Ello es cuando se corre el velo societario y se desestiman los efectos de la personalidad jurídica. En varios países tanto de derecho civil como de derecho continental, la personalidad jurídica es inoponible cuando existe un total control o dominio de la sociedad y esta es usada para defraudar la ley o el orden público. Sin embargo, las condiciones de aplicación de dicha doctrina son excepcionales y extremadamente difíciles en la mayoría de los casos. En Estados Unidos, por ejemplo, se requiere dominio total sobre la subsidiaria con respecto a la violación en cuestión y que dicho dominio se utilice para cometer un fraude o un ilícito.[70] Mas restrictivamente, en Argentina, la Corte Suprema interpretó que el levantamiento del velo societario, incorporado en el Artículo 54 *in fine* de la Ley de Sociedades Comerciales, está limitado a la situación en que la sociedad se constituye para violar la ley, pero no cuando su actuación *per se* es ilícita.[71]

A pesar de la dificultad para responsabilizar los controlantes por las violaciones de las sociedades que controlan existe una tendencia de reforzar la responsabilidad directa de las controlantes, tal como demuestran los desarrollos legales en Europa, lo que puede facilitar reclamos contra inversores por violaciones cometidas por sus filiales. En algunos casos, puede ser más beneficioso para el Estado realizar el reclamo en virtud del derecho del inversor, ya que la legislación de los países que tienen los deberes de diligencia de controlantes más desarrollados son los que son sede de multinacionales. Ello es posible por ejemplo, en virtud del Artículo 7 del Reglamento de Roma II de la Union Europea, el cual establece que en caso de responsabilidad medioambiental, el reclamante puede optar por aplicar el derecho del país en el cual se produjo el hecho generador del daño (por ejemplo, la violación del deber de diligencia).

Daño medioambiental

La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1 [ley de], a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.[72]

La aplicación del derecho del inversor, cuando el derecho internacional privado del Estado anfitrión lo permita, es permisible en virtud de la mayoría de los reglamentos de arbitraje. Por ejemplo, el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI dispone que, a

falta de acuerdo en contrario, el tribunal aplicará, entre otros, el derecho del Estado incluidas sus reglas de derecho internacional privado.

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

III. Conclusión [\[arriba\]](#)

La cartografía de las condiciones para presentar demandas reconvenionales aquí expuesto demuestra que las demandas reconvenionales en materia de derechos humanos son posibles. Para ello es fundamental, en primer lugar, que la cláusula de arbitraje lo permita expresa o implícitamente. En segundo lugar, el éxito de dichas demandas va a depender del derecho que se aplique al fondo. Aunque el derecho internacional sea más atractivo para los abogados y árbitros de arbitrajes de inversiones, el derecho internacional en materia de derechos humanos no está hoy en día lo suficientemente desarrollado para fundar demandas reconvenionales. Prueba de ello es que, las demandas reconvenionales fundadas en derechos humanos internacionales de los inversores que se presentaron en arbitrajes de inversiones fueron desestimadas dado la dificultad de probar una obligación específica aplicable al inversor.

Las demandas reconvenionales en materia de derechos humanos pueden realizarse con mayor facilidad en virtud del derecho doméstico. ¿Tienen los tribunales competencia para resolver disputas de derecho domestico? Ello va a depender de la cláusula arbitral. Si ella no se limita a disputas del tratado o de derecho internacional, el tribunal tendrá competencia para resolver una disputa de derecho doméstico. Como explica Zachary Douglas desde el caso *SGS c. Filipinas*, se acepta generalmente que un tratado de inversión con una amplia atribución de competencia (por ejemplo, "cualquier controversia relativa a una inversión") es neutral en cuanto a la fuente de las normas que pueden servir de fundamento jurídico de la demanda.[73]

¿Puede un tribunal resolver una demanda reconvenional fundada en derecho domestico cuando la demanda del inversor está basada en el tratado? En principio, sí. Si el tribunal tienen competencia y la disputa es arbitrable, la única limitación es que la demanda reconvenional debe tener una relación directa con el objeto de la disputa desde un punto de vista factico. Los laudos *Saluka c. Republica Checa* y *Paushok c. Mongolia* no deben leerse más allá de su verdadero alcance: en dichos casos los tribunales rechazaron las demandas reconvenionales fundadas en derecho domestico porque consideraron que no tenían competencia para resolver dichas reclamaciones en virtud del principio que los tribunales no aplican leyes publicas extranjeras. La interpretación de dichos tribunales respecto del requisito de conexidad entre la demanda y la demanda reconvenional como un requisito de conexidad legal no tiene sustento legal alguno, es conceptualmente erróneo y ha sido altamente criticado.

La resolución de demandas reconvenionales en el ámbito del arbitraje de inversiones es, en mi perspectiva, recomendable. En primer lugar, ofrece al inversor la posibilidad de litigar sobre la disputa ante un tribunal internacional neutral, en lugar de recurrir a un tribunal del Estado anfitrión con el que mantiene la controversia y respecto de quien puede temer no ser oído debidamente. Desde la

perspectiva de ambas partes, la resolución de demandas reconventionales en materia de derechos humanos y medioambientales cobra sentido en términos de economía procesal, especialmente cuando las violaciones de derechos humanos están estrechamente vinculadas a la disputa entre el inversor y el Estado; por ejemplo, cuando la violación de derechos humanos es la defensa del Estado contra los reclamos del inversor fundados en los estándares del tratado de inversiones. ¿Por qué embarcarse en múltiples litigios donde se prueban exactamente los mismos hechos? Para las poblaciones afectadas, existe el interés en obtener una reparación indirecta de las violaciones, especialmente en aquellos casos en los que el recurso directo se presenta como imposible o sumamente dificultoso dados los costos y la dificultad de obtener dichas reparaciones ante tribunales nacionales. De tal modo, el arbitraje de inversiones tiene la potencialidad de incrementar garantías del deber de las empresas de remediar violaciones de derechos humanos y medioambientales. Por último, la resolución de demandas reconventionales de derechos humanos y medioambientales en el arbitraje de inversiones puede contribuir a la legitimidad del arbitraje de inversiones al balancear los intereses de los Estados e inversores.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Socia de Bentolila Law, Ginebra y profesora invitada de derecho internacional de las inversiones del Graduate Institute of International and Development Studies, Ginebra.

[2] Corte Suprema de India, Bhopal Union Carbide Corporation and Others c. Union of India and Others, 14.02.1989 JT 1989 (1) 296 1989 SCALE (1)380 y 1992 AIR 248, 1991 SCR Supl. (1) 251.

[3] Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Segundo Circuito, 809 F.2d 195, 55 USLW 2401, 89 A.L.R. Fed. 217, 17 Env'tl. L. Rep. 20,580

[4] Maxi Scherer, Stuart Bruce, Juliane Reschke, Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration, ICSID Review (2021), pp. 1-28.

[5] Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI n° ARB(AF)/12/5, laudo, 22 de Agosto de 2016, párr. 627; Karkey Kardeniz Elektrik Uretim AS c. Pakistán, Caso CIADI No. ARB/13/1 Laudo, 22 de Agosto de 2017, párr. 1003-1016; Spyridon Roussalis c. Romania, Caso CIADI n° ARB/06/1, Decision Concerning the Respondent's Counter-Claim, 31 March 2009, párr. 869; Anglo-American plc c. República Bolivariana de Venezuela, caso CIADI No. ARB(AF)/14/1, laudo, 18 de enero de 2019, párrafo 526; Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela, caso n°. ARB(AF)/14/1, Laudo, 18 de enero de 2019, par. 529-530; Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala II, PCA Case No. 2017-41, laudo, 24 de Agosto de 2020, parr. 386; Naturgy Energy Group, S.A. y Naturgy Electricidad Colombia, S.L.c. República de Colombia, Caso CIADI n° UNCT/18/1, laudo, 12 de marzo de 2021; The Lopez-Goyne Family Trust y otros c. República de Nicaragua, Caso CIADI n° ARB/17/44, laudo, 1 de marzo de 2023.

[6] Urbaser SA y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia UrPartzuergoa c. República Argentina, Caso CIADI No ARB/07/26, laudo, 8 diciembre 2016, para. 1143.

[7] Saluka Investments BV. Republica Checa, Decisión sobre la competencia para pronunciarse sobre la demanda reconventional de la República Checa de 7 de mayo de 2004, párr. 39-40.

[8] Paushok v. Mongolia, ARB/12/25, laudo, 2011, párr. 684-699.

[9] Traducción libre del artículo 9.12(2), Capítulo 9 del Acuerdo General y

Progresivo de Asociación Transpacífico.

[10] Traducción libre del artículo 28.9 del tratado del Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA) (abierto a la firma el 5 de noviembre de 1993, entró en vigor el 8 de diciembre de 1994).

[11] Burlington Resources Inc c República del Ecuador, Caso CIADI No ARB/08/5, Laudo (14 diciembre 2012) , párr. 60-1.

[12] Artículo 21.3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del 2010 y 2021.

[13] Schreuer's Commentary on the ICSID Convention, (CUP, 2022), párr. 69.

[14] Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, párr. 1151.

[15] Antoine Goetz & Consorts y S.A. Affinage des Métaux c. República de Burundi (II), Caso CIADI n° ARB/01/2, Award, 21 June 2012, párr. 277.

[16] Klockner c. Camerun, laudo de 21 octubre 1983: ICSID Reports, vol. 2, p. 9; Amco c. Indonesia, Caso reingresado, Decisión sobre la competencia, 10 May 1988; ICSID Reports, vol. 132, p. 543; 89 ILR 552; Harris International Telecommunications, Inc. v. Iran, Partial Award of 2 November 1987; Iran-US CTR, vol. 17, p. 31; Aldrich, The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal (1996), p.116.

[17] Saluka Investments BV c. República Checa, Caso CPA No. 2001-04, Decisión sobre competencia sobre la demanda reconvenional de la República Checa, 7 de mayo de 2004, párr. 79-80, traducción libre.

[18] Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSCVostokneftegaz Company c. Mongolia, laudo de competencia y responsabilidad, 28 de abril de 2011, párr. 693.

[19] Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSCVostokneftegaz Company c. Mongolia, laudo de competencia y responsabilidad, 28 de abril de 2011, párr. 693.

[20] Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSCVostokneftegaz Company c. Mongolia, laudo de competencia y responsabilidad, 28 de abril de 2011, párr. 693.

[21] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26.

[22] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, parr. 1151.

[23] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, párr. 1151.

[24] Antoine Goetz & Consorts y S.A. Affinage des Métaux c. República de Burundi (II), Caso CIADI n° ARB/01/2, Award, 21 June 2012; Douglas Z. "The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration", en Dupuy P-M, Viñuales JE, eds. Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards (Cambridge University Press) 2013, pp. 415-444; Xuan Shao, Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law, Journal of International Economic Law, Volume 24, Issue 1, March 2021, Pages 157-179.

[25] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina c. Yugoslavia), Demandas reconvenionales, Orden de 17 de diciembre de 1997, ICJ Reports 1997, párrafo 30.

[26] Burlington Resources, Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI n° ARB/08/5, Decisión sobre las medidas reconvenionales, 7 de febrero de 2017.

[27] M. Meerapfel Söhne AG c. República Central Africana, Caso CIADI n° ARB/07/10, extractos del laudo, 12 de mayo de 2011 párr. 447; Saluka Investments BV. Republica Checa, Decisión sobre la competencia para pronunciarse sobre la demanda reconvenional de la República Checa de 7 de mayo de 2004, párr. 79-80; Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSCVostokneftegaz Company c. Mongolia, laudo de competencia y responsabilidad, 28 de abril de 2011, párr. 693.

[28] Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSCVostokneftegaz Company c. Mongolia, laudo de competencia y responsabilidad, 28 de abril de 2011, párr. 694

(traducción libre).

[29] George Bermann, 'Public Law in the Conflict of Laws' (1986) 34 Am. J. Comp. L. Supp. 157; Andreas Lowenfeld, Public Law in the International Arena : Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for Their Interaction, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Volume 163).

[30] Carter P.B., 'Rejection of Foreign Law: Some Private International Law Inhibitions' (1984) 55 BYBIL 111; Andreas Lowenfeld, Public Law in the International Arena : Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for Their Interaction, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Volume 163); Xuan Shao, Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law, Journal of International Economic Law, Volume 24, Issue 1, March 2021, Pages 157-179.

[31] Xuan Shao, Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law, Journal of International Economic Law, Volume 24, Issue 1, March 2021, Pages 157-179.

[32] Richard Meeran, "Tort Litigation against Multinational Corporations", City University of Hong Kong Law Review, Volume 3:1 Fall 2011 pp 1-41, p. 3.

[33] Burlington Resources, Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI n° ARB/08/5, Decisión sobre las medidas reconventionales, 7 de febrero de 2017, párr. 262.

[34] Corporate due diligence rules agreed to safeguard human rights and environment, 14-12-2023, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20231205IPR15689/corporate-due-diligence-rules-agreed-to-safeguard-human-rights-and-environment>.

[35] Tratado bilateral de protección y promoción de inversiones entre Marruecos y Nigeria, firmado el 3 de diciembre de 2016, Artículo 18.4.

[36] Tratado bilateral de protección y promoción de inversiones entre Irán y Eslovaquia, en vigor desde el 30 de agosto del 2017, Artículo X (traducción libre).

[37] Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. The Republic of Ecuador (II), PCA Case No. 2009-23, Decision on Track 1B, 12 March 2015, párr. 156.

[38] Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II), PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II, 30 August 2018, párr. 7.44.

[39] Ver, por ejemplo, Art. 42 de la Ley de Gestión Ambiental del Ecuador, Art. 2333 del Código Civil de Chile, Art. 82 del Código Civil del Perú; Art.42 del Código Procesal de Uruguay; Art. 43 del Código Civil Argentino; Art. 19 de la Constitución Política de México.

[40] Art. 1, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, 25 de marzo de 2019, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, disponible en: PROYECTO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS (iibdp.org).

[41] Burlington Resources, Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI n° ARB/08/5, Decisión sobre las medidas reconventionales, 7 de febrero de 2017.

[42] Burlington Resources, Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI n° ARB/08/5, Decisión sobre las medidas reconventionales, 7 de febrero de 2017, párr. 83.

[43] Burlington Resources, Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI n° ARB/08/5, Decisión sobre las medidas reconventionales, 7 de febrero de 2017, párr. 195-216.

[44] Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador, CASO CIADI n° ARB/08/6, Decisión interina sobre la reconversión medioambiental, 11 de agosto de 2015.

[45] John G. Ruggie, Current Developments, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, The American Journal of International Law, Vol.101:819, Octubre 2007, p. 832.

[46] John G. Ruggie, Current Developments, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, The American Journal of International Law,

Vol.101:819, Octubre 2007, p. 832.

[47] John G. Ruggie, Current Developments, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, The American Journal of International Law, Vol.101:819, Octubre 2007, p. 832.

[48] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, párr. 1196.

[49] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, párr. 1156, 1165.

[50] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, párr. 1196.

[51] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, párr. 1196.

[52] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, párr. 1196.

[53] John G. Ruggie, Current Developments, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, The American Journal of International Law, Vol.101:819, Octubre 2007, p. 832.

[54] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Republica Argentina, Caso CIADI n° ARB/07/26, párr. 1210.

[55] David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney y Roger Raguso c. República de Costa Rica, Caso CIADI n° UNCT/15/3, laudo, 18 de septiembre 2018, párr. 732-742.

[56] David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney y Roger Raguso c. República de Costa Rica, Caso CIADI n° UNCT/15/3, laudo, 18 de septiembre 2018, párr. 732-742.

[57] David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney y Roger Raguso c. República de Costa Rica, Caso CIADI n° UNCT/15/3, laudo, 18 de septiembre 2018, párr. 747.

[58] U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

[59] UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (Aug. 26, 2003).

[60] John G. Ruggie, Current Developments, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, The American Journal of International Law, Vol.101:819, Octubre 2007, pp. 824-825.

[61] John G. Ruggie, Current Developments, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, The American Journal of International Law, Vol.101:819, Octubre 2007, p. 825.

[62] John G. Ruggie, Current Developments, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, The American Journal of International Law, Vol.101:819, Octubre 2007, p. 825.

[63] John G. Ruggie, Current Developments, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, The American Journal of International Law, Vol.101:819, Octubre 2007, p. 825.

[64] Ver comentario al párr. 11, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" A/HRC/17/31.

[65] Bhopal -Sahu, et al. v. Union Carbide Corp. et al. 12-2983, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Segundo Circuito, 2013

[66] Bhopal -Sahu, et al. v. Union Carbide Corp. et al. 12-2983, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Segundo Circuito, 2013

[67] Artículo L. 225-102-4 del Código de Comercio francés. Véase también Rapport sur le régime de responsabilité civile envisagé par la proposition de directive Européenne sur le devoir de vigilance, Haut Comité Juridique de la Place

Financière de Paris, 9 octobre 2023, disponible en https://www.banque-france.fr/system/files/2023-11/rapport_59_f.pdf; Cees Van Dam, Breakthrough in Parent Company Liability, Three Shell Defeats, the End of an Era and New Paradigms, ECFR 2021, 714-748 ; Court of Appeal The Hague, 29 January 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Oguru/ Shell); Court of Appeal The Hague, 29 January 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:133 (Dooh/Shell);

[68] COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD), Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937.

[69] Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others, 10 April 2019, [2019] UKSC 20.

[70] Véase, por ejemplo, Bhopal -Sahu, et al. v. Union Carbide Corp. et al. 12-2983, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Segundo Circuito, 2013, p. 7.

[71] Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro, CSJN, 3/4/2023.

[72] Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europea y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), Artículo 7.

[73] Douglas Z. “The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration”, en Dupuy P-M, Viñuales JE, eds. Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards (Cambridge University Press) 2013, pp. 415-444.