



INSTITUTO DE GOBIERNO Y DE GESTIÓN PÚBLICA  
SECCIÓN DE POSGRADO

**EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS  
INDÍGENAS EN LAS CONTROVERSIAS SOMETIDAS ANTE  
TRIBUNALES ARBITRALES DEL CENTRO INTERNACIONAL DE  
ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVIAS A INVERSIONES  
(CIADI): DESAFÍOS Y OPCIONES DE MEJORA**

**PRESENTADA POR  
DIEGO ALEJANDRO SÁNCHEZ CÁRDENAS**

**ASESORA**

**DELIA MUÑOZ MUÑOZ**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN SOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS**

**LIMA – PERÚ**

**2020**



**CC BY**

**Reconocimiento**

El autor permite a otros distribuir y transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra, incluso con fines comerciales, siempre que sea reconocida la autoría de la creación original

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

INSTITUTO DE GOBIERNO Y GESTIÓN PÚBLICA

“EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS  
CONTROVERSIAS SOMETIDAS ANTE TRIBUNALES ARBITRALES DEL  
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A  
INVERSIONES (CIADI): DESAFÍOS Y OPCIONES DE MEJORA”

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN SOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS

PRESENTADO POR:

BACH. DIEGO ALEJANDRO SÁNCHEZ CÁRDENAS

ASESORA:

MAG. DELIA MUÑOZ MUÑOZ

LIMA, PERÚ

2020

## TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	vii
DEDICATORIA.....	x
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1. Descripción de la situación problemática.....	3
1.2. Formulación del problema.....	4
1.3. Objetivos de la investigación.....	5
1.4. Justificación.....	5
1.4.1. Importancia de la investigación.....	5
1.4.2. Viabilidad de la investigación.....	7
1.5. Límites del estudio.....	7
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	8
2.1. Antecedentes de la investigación.....	8
2.2. Bases teóricas.....	11
2.3. Definición de términos básicos.....	18
CAPÍTULO III: HIPÓTESIS.....	23
3.1. Formulación de la hipótesis.....	23
CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA.....	24
4.1. Diseño metodológico.....	24
4.1.1. Tipo de investigación.....	24
4.1.2. Nivel de investigación.....	24
4.1.3. Diseño de la investigación.....	24

4.1.4. Método de investigación.....	25
4.2. Técnicas de recolección de datos.....	25
4.3. Aspectos éticos.....	25
CRONOGRAMA.....	27
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	28
CAPITULO V: Las relaciones entre el CIADI y la jurisprudencia internacional en derechos humanos.....	33
5.1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Internacionales (CIADI): nociones básicas..	37
5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) naturaleza, composición y vinculatoriedad.....	39
5.3. Estándares de la Corte IDH vinculados con la actividad empresarial.....	45
5.3.1. El derecho a la salud.....	48
5.3.2. El derecho de participación indígena y consulta previa.....	50
5.3.3. El derecho de propiedad.....	54
5.3.4. Derechos económicos sociales y culturales, contenido y justiciabilidad.....	56
CAPÍTULO VI: El derecho de participación indígena en el CIADI.....	60
6.1. El locus standi y el ius standi en relación al derecho de participación indígena.....	60
6.2. Casos en el CIADI en los que se ha decidido sobre la participación a terceros en procedimientos arbitrales, 2005-2020.....	66
6.2.1. Aguas de Tunari S.A. contra la República de Bolivia.....	66
6.2.2. Biwater Gauff Limited contra la República Unidad de Tanzania.....	69
6.2.3. Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador.....	71

6.2.4. Merrill & Ring Forestry L.P contra Canadá.....	72
6.2.5. Commerce Group and Sebastian Gold Mines Inc. contra la República del Salvador.....	74
6.2.6. Piero Foresti, Laura de Carli y otros con la República de Sudáfrica.....	76
6.2.7. The Renco Group, Inc. contra la República del Perú.....	78
6.2.8. Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú.....	79
6.2.9. Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) contra la República Oriental del Uruguay.....	80
6.2.10. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal contra Argentina.....	81
6.2.11. Caso Von Pezold y otros contra Zimbabwe.....	87
6.3. La participación de terceros ante el CIADI.....	96
CAPÍTULO VII: ¿Cómo garantizar de mejor manera el derecho de participación indígena ante el CIADI?.....	105
7.1. Importancia de incluir cláusulas de derechos humanos en los TBI's.....	107
7.2. Posibilidades legales de un Estado de cuestionar un laudo de un tribunal arbitral del CIADI.....	113
7.3.¿Puede un Estado ser responsable internacionalmente por cumplir fallos del CIADI inconvencionales?.....	114
7.3.1. El hecho internacionalmente ilícito.....	115
7.3.2. Responsabilidad por actuación directa.....	117
7.3.3. Responsabilidad por actuación de terceros y conocimiento del Estado.....	118
7.3.4. Responsabilidad por actuación de particulares.....	120
7.3.5. Posible responsabilidad por el cumplimiento de un laudo arbitral con contenido vulneratorio de derechos humanos.....	123

7.4. El control de convencionalidad.....	125
7.4.1. Nociones Básicas del Control de Convencionalidad.....	125
7.4.2. Posibilidad de someter a control de convencionalidad laudos del CIADI.....	130
7.5. Interponer un recurso de anulación del laudo arbitral.....	136
7.6. Las facultades consultivas de la Corte IDH.....	138
7.6.1. Opiniones Consultivas, nociones básicas y antecedentes.....	138
7.6.2. ¿Podría solicitarse una opinión consultiva respecto a fallos del CIADI?.....	143
7.7. La excepción de litispendencia como medio procesal para evitar incompatibilidades entre el CIADI y la Corte IDH.....	144
CAPÍTULO XIII: CONCLUIONES Y RECOMENDACIONES.....	148
CONCLUSIONES.....	148
RECOMENDACIONES.....	151
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	152

## RESUMEN

Una de las tensiones que mayores desafíos está ocasionando al mundo jurídico es la de las relaciones existentes entre el arbitraje internacional y los derechos humanos, principalmente, los derechos de los pueblos indígenas. En efecto, existen muchas dudas respecto a la participación de este tipo de pueblos ante tribunales arbitrales, dado que estos últimos tienen una naturaleza que depende, estrictamente, de la voluntad de las partes.

En ese sentido, la presente investigación pretende estudiar el derecho de participación indígena en este tipo de fueros, ello, considerando que diversos parámetros de derechos fundamentales estipulan que los pueblos indígenas deben tener participación en todo tipo de procedimientos que son susceptibles a afectarles.

Para alcanzar tal objeto se revisarán los principales parámetros en derechos humanos en materia de pueblos indígenas, así también, se estudiará en especial el derecho de participación indígena en procesos judiciales y arbitrales. En seguida, tales parámetros serán contrastados con los fallos de los tribunales arbitrales del CIADI a fin de determinar si es que el derecho de participación indígena está suficientemente garantizado en este fuero.

Por último, se establecerán algunas medidas que permitan mejorar el derecho de participación indígena ante el CIADI, así como algunas opciones que pueden

tener los Estados en caso verifiquen que un fallo de este tipo de tribunales arbitrales vulnere de forma flagrante estándares de derechos fundamentales; así también se propondrán recomendaciones al respecto.

## **ABSTRACT**

One of the tensions that is causing the greatest challenges to the legal world is that of the relationships between international arbitration and human rights, mainly the rights of indigenous peoples. Indeed, there are many doubts regarding the participation of this type of peoples before arbitration tribunals, since the latter have a nature that strictly depends on the will of the parties.

In this sense, this research aims to study the right of indigenous participation in this type of jurisdiction, considering that various parameters of fundamental rights stipulate that indigenous peoples must participate in all types of procedures that are likely to affect them.

In order to achieve this objective, the main parameters in human rights regarding indigenous peoples will be reviewed, as well as, the right of indigenous participation in judicial and arbitration processes will also be studied in particular. These parameters will then be contrasted with the rulings of the ICSID arbitral tribunals in order to determine whether the indigenous right of participation is sufficiently guaranteed in this jurisdiction.

Finally, some measures will be established to improve the right to indigenous participation in the ICSID, as well as some options that States may have in case they verify that a ruling of this type of arbitral tribunals flagrantly violates

fundamental rights standards; similarly, recommendations will also be proposed in this regard.

## **DEDICATORIA**

A mis padres, quienes con su gran cariño me han guiado en mi camino  
profesional y personal.

A todas las víctimas de violaciones de derechos fundamentales que no son  
escuchadas en las diversas instancias de justicia,  
pues esta investigación pretende contribuir en  
la mejora de los mecanismos de participación.

## INTRODUCCIÓN

Una de las tensiones más desafiantes de los últimos tiempos es la que se cierne entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Comercial. En efecto, existen algunas dudas respecto al alcance vinculante de los derechos fundamentales en los parámetros y fallos dictados en la justicia arbitral.

Como es sabido, los tribunales arbitrales son colegiados encargados de administrar justicia en casos privados, generalmente relacionados con grandes grupos empresariales. En el caso del arbitraje internacional esta justicia suele darse entre los Estados e inversionistas extranjeros quienes acuerdan someterse al arbitraje para solucionar cualquier tipo de controversia.

El arbitraje ha sido sin duda un método muy positivo y eficaz de obtener justicia en los últimos tiempos, sin embargo, parece que el mismo requiere ajustarse a estándares de derechos fundamentales, principalmente, cuando la controversia no solo involucra al aparato estatal y al inversor, sino también, a un pueblo indígena o un grupo en situación de vulnerabilidad.

En este tipo de casos, el derecho de participación indígena puede verse seriamente perjudicado, dado que la naturaleza privada del arbitraje no permite

ni garantiza de forma plena que los pueblos indígenas participen de forma alguna en la toma de la decisión final.

Podría suponerse que el CIADI no dicta medidas que perjudiquen de forma directa a los pueblos indígenas, dado que sus fallos consisten mayoritariamente en dictar o rechazar medidas indemnizatorias. Sin embargo, como se detallará en la presente investigación, ello no resulta una regla absoluta.

De esta manera, se espera brindar una propuesta de mejora del derecho de participación indígena ante los tribunales arbitrales del CIADI compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ello, sin desnaturalizar la naturaleza privada de este tipo de procedimientos.

## **CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1. Descripción de la situación problemática:**

El desarrollo sostenible tiene como gran desafío compatibilizar el crecimiento económico propiciado, especialmente, por grandes grupos empresariales y, de otro lado, el respeto de derechos fundamentales, principalmente, de aquellos que pertenecen a grupos vulnerables relegados de forma histórica.

Esta disyuntiva puede encontrarse en el marco del Derecho Internacional y, particularmente, en las relaciones entre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) y los diversos estándares de derechos fundamentales de los que son acreedores los pueblos indígenas.

En efecto, existen permanentes tensiones entre el CIADI y los estándares internacionales en materia de derechos humanos, pues los tribunales arbitrales no tienen en cuenta, en todos sus casos, la perspectiva de derechos fundamentales vigilada por los organismos internacionales competentes (Mejía, 2019).

La mencionada situación genera, por lo menos, dos situaciones problemáticas que se espera investigar a partir del presente proyecto. La primera es que, una controversia interna vinculada con pueblos indígenas y negocios puede ser sometida ante tribunales arbitrales del CIADI, los cuales, podrían excluir del

proceso a los pueblos indígenas y dictar un fallo que eventualmente les afecte. Lo que contravendría de forma grave los derechos fundamentales de los mencionados pueblos y mellaría el proceso de diálogo y solución pacífica de conflictos en sede interna.

La segunda es que la eventualidad mencionada en el párrafo precedente pone en tela de juicio la vinculatoriedad de los estándares internacionales en materia de derechos humanos (entendidos como aquellos que provienen de la jurisprudencia internacional en derechos humanos y los tratados en la misma materia), pues los mismos serían aplicables en todas las instancias salvo, en el Derecho Comercial Internacional. Lo que perjudicaría de forma directa la protección de derechos humanos en el continente y la solución de conflictos de materias relacionadas con proyectos empresariales y pueblos indígenas.

Por las razones expuestas precedentemente, resulta de crucial importancia investigar sobre la participación de los pueblos indígenas en arbitrajes internacionales ante el CIADI, pues dependiendo del impacto que este tipo de arbitrajes tenga en los derechos fundamentales y en los procesos de diálogo, consulta y negociación con respecto a pueblos indígenas.

## **1.2. Formulación del problema**

- ¿Cómo se garantiza la participación de los pueblos indígenas en los arbitrajes internacionales ventilados ante el CIADI?

- ¿Los fallos de los tribunales arbitrales del CIADI pueden afectar el proceso de diálogo y consulta que los Estados tienen en sede interna con los pueblos indígenas? ¿De qué manera?
- ¿Qué medidas pueden proponerse para mejorar la solución de controversias relacionadas con pueblos indígenas que son sometidas ante tribunales arbitrales del CIADI?

### **1.3. Objetivos de la investigación**

- Determinar si se garantiza la participación de los pueblos indígenas en los arbitrajes internacionales ventilados ante el CIADI.
- Determinar de qué manera los fallos de los tribunales arbitrales del CIADI pueden afectar el proceso de diálogo y consulta que los Estados tienen en sede interna con los pueblos indígenas.
- Estudiar y proponer medidas que puedan mejorar la solución de controversias relacionadas con pueblos indígenas que son sometidas ante tribunales arbitrales del CIADI.

### **1.4. Justificación:**

#### **1.4.1. Importancia de la investigación**

El presente plan de investigación pretende estudiar el impacto en el derecho de participación indígena que tiene el sometimiento de una causa ante tribunales arbitrales internacionales, así como proponer medidas que permitan mejorar la

participación de estos pueblos en el arbitraje internacional que busquen resguardar sus derechos fundamentales.

De esta forma, la investigación planteada tiene una gran importancia social, pues repercutirá directamente en la solución de conflictos suscitados entre la actividad empresarial y los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Este tipo de conflictos empresa-comunidad, es muy recurrente, por ejemplo, en el caso peruano, que está caracterizado por la presencia de profundos antagonismos y brechas manifestadas en los conflictos sociales presentados en el Perú y en el mundo.

Asimismo, la investigación planteada ostenta una gran importancia en la solución de conflictos, pues pretende mejorarse este tipo de procesos en caso existan contiendas entre pueblos indígenas y negocios sometidas ante arbitrajes internacionales. De esta manera, se espera proponer medidas que coadyuven a mejorar la participación de los pueblos indígenas en el arbitraje internacional, a efecto que se respeten sus derechos, así como los procesos de diálogo y consulta llevados a cabo en sede interna.

Aunado a lo anterior, la investigación planteada ostenta una gran importancia jurídica, pues espera contribuirse a la garantía del derecho de participación de los pueblos indígenas en esferas poco estudiadas, como el arbitraje internacional. De esta manera, se espera aportar medidas jurídicas que contribuyan a la universalización del derecho de participación indígena.

De otro lado, debe advertirse que la investigación que pretende realizarse tiene un carácter innovador, pues no existe gran cantidad de trabajos de investigación que se hayan enfocado, específicamente, en medidas para mejorar la solución de controversias suscitadas entre pueblos indígenas y negocios que son sustraídas al arbitraje internacional sin participación de las primeras.

#### **1.4.2. Viabilidad de la investigación**

Cabe precisar que se cuentan con los recursos logísticos y financieros para realizar la presente investigación, toda vez que se cuenta con el acceso a la información necesaria a través de la consulta de documentos virtuales o documentos físicos disponibles en las diversas bibliotecas del país e internet.

#### **1.5. Límites del estudio**

Se advierte la existencia de dificultades en relación con la cantidad de información a recopilar, toda vez que deben estudiarse los fallos del CIADI así como los procesos de solución de conflictos en materia de pueblos indígenas, los cuales son muy abundantes y variados.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1. Antecedentes de la investigación**

Dado el carácter innovador del tema propuesto no se han encontrado antecedentes investigativos que de forma específica aborden o propongan medidas para efectivizar la participación de pueblos indígenas ante tribunales arbitrales internacionales en relación a la solución de controversias respecto a los mismos.

De esta forma, los antecedentes investigativos que se mencionan a continuación han abordado de forma general alguno de los tópicos que el presente plan de investigación pretende abordar.

Al respecto, podemos identificar la investigación de Alarcón Loayza (2018), en la cual se estudia el rol que deben tener los derechos fundamentales en el arbitraje internacional. En el mencionado trabajo no se han identificado, en concreto, incompatibilidades entre los derechos de los pueblos indígenas y los fallos del CIADI, sin embargo, resulta de relevancia pues estudia diversas referencias a los derechos humanos en el arbitraje internacional. Así también, se estudian diversos escenarios en los que los derechos humanos pueden ser invocados en sede arbitral, lo que desde ya puede advertir la existencia de una relación entre ambas ramas del Derecho Internacional.

Para el mencionado autor, debe existir una relación de complementariedad entre el arbitraje internacional y los derechos fundamentales – los que incluyen el derecho de participación indígena – de modo que el autor arguye que las consideraciones que tiene un tribunal arbitral deben tener en cuenta aspectos de derechos humanos y, lo que es más, en determinados casos puede nombrarse árbitros que tengan cierta especialidad en este tópico para procurar la prevalencia de los derechos fundamentales (Alarcón Loayza, 2018).

Asimismo, el autor enfatiza en la necesidad que los Tratados Bilaterales de Comercio (TBIs) ostenten cláusulas de derechos humanos, de manera que en sede interna puedan invocarse la protección de estos derechos como un objetivo legítimo para restringir ponderadamente derechos económicos de los diversos grupos empresariales (Alarcón Loayza, 2018).

De otro lado, es muy relevante tener en cuenta la investigación realizada por Bohoslavsky y Bautista (2011), quienes han estudiado las relaciones entre los TBIs – como tratados bilaterales de comercio entre los Estados – y los parámetros de derechos humanos. En la mencionada investigación se hace referencia a diversos argumentos recopilados por la doctrina en el marco de incompatibilidades entre el CIADI y los órganos internacionales de protección de derechos humanos.

Así, por ejemplo, los mencionados autores indican que, según la práctica reciente, existen algunos casos que demuestran una completa ajenidad entre lo establecido por tribunales internacionales y lo estipulado en estándares de derechos fundamentales. De manera que existe una enorme necesidad de perfeccionar la vinculatoriedad y universalidad de parámetros jurídicos de derechos humanos, pues se requiere que los mismos tengan sus efectos en todo tipo de ámbito (Bohoslavsky y Bautista, 2011).

Finalmente, se trae a colación la investigación realizada por Mejía (2019), quien aborda desde una perspectiva de derechos humanos los parámetros dictados por organismos internacionales en el marco del Derecho Comercial. En la referida investigación se estudian algunos casos en los que el CIADI ha emitido pronunciamientos que contravienen de forma clara estándares de derechos humanos; de igual manera, se arguyen una serie de razones por las cuales el Comercio Internacional debe tener en cuenta los estándares jurídicos de protección de derechos humanos.

Así, por ejemplo, para el mencionado autor es inconcebible que se pregone que los derechos fundamentales son plenamente vinculantes y que, inclusive, exista una obligación convencional de adaptar el texto constitucional a los parámetros de derechos humanos y; contradictoriamente, puedan dictarse fallos a nivel del CIADI que contradicen abiertamente estos parámetros. De igual manera, el mencionado autor esboza que, según el quehacer jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados deben vigilar por el imperio

de los derechos fundamentales de la persona humana en todo tipo de ámbito, lo que incluye compromisos internacionales (Mejía, 2019).

Finalmente, el mencionado autor indica que las normas de derechos fundamentales son *erga homnes*, esto es, son oponibles a todos según lo estableció la propia Corte Internacional de Justicia desde el caso *Barcelona Traction light and power company limited*, de manera que los mismos deben tener prevalencia sobre cualquier otro acuerdo internacional, así también lo establece la Carta de Naciones Unidas (Mejía, 2019).

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Derechos fundamentales de los pueblos indígenas**

Para el jurista italiano Luigi Ferrajoli (2001) los derechos fundamentales son aspiraciones básicas que los sistemas jurídicos deben reconocer en salvaguarda de la dignidad humana. De esta manera, para el mencionado jurista los derechos fundamentales son pre-existentes a las normas jurídicas, que solo los reconocen y establecen medidas de garantía y respeto.

En el marco de esta investigación cabe tener en cuenta que los derechos fundamentales, según advierte la doctrina, asisten de forma especial a la población vulnerable, particularmente, a los pueblos indígenas que pueden verse perjudicadas ante el desempeño de determinado proyecto económico

empresarial. De esta manera, para la presente investigación derechos como: consulta previa, determinación y demarcación de territorios, sindicación y libertad de protesta, tienen un significado y relevancia especial.

En efecto, como establece el Informe de la Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, las actividades empresariales, y principalmente las actividades de extracción de recursos naturales, constituyen una permanente preocupación para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas (ONU, 2020).

Así, por ejemplo, ostenta una gran relevancia el derecho de propiedad de los pueblos indígenas el cual ha sido resaltado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) en el caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras estableciéndose la especial conexión existente entre los pueblos indígenas y su territorio la cual es protegida a la luz del artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos humanos a través de un abanico de obligaciones estatales de respeto y garantía, para garantizar el respeto irrestricto a este derecho.

En este orden de ideas, una obligación que se desprende del artículo en mención es la de efectuar un proceso de consulta, antes de realizar proyectos de gran inversión, susceptibles de afectar la propiedad indígena. En lo que respecta a este último punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) ha definido la consulta previa en el caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la

Cruz y sus miembros Vs. Honduras como un mecanismo de diálogo, entablado entre el Estado y la comunidad - durante todas las fases de elaboración de un proyecto - que tiene como requisitos conducentes: i) la buena fe, ii) el carácter previo, iii) la búsqueda de un acuerdo, iv) adecuado, v) accesible e vi) informado.

Asimismo, la manera de ver, ser y actuar en el mundo- conocida como identidad cultural indígena- también es tutelada por el mecanismo de interlocución en cuestión, ya que, la participación activa de un pueblo indígena en la elaboración de un proyecto permite a este defender su cosmovisión, lugares sagrados y modos de subsistencia que pueden verse afectados por la realización de la actividad estatal o empresarial. Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010) en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay.

### **2.2.2. Negocios y derechos humanos**

La permanente tensión entre negocios y derechos humanos ha originado que se diseñen nuevas vías de resolución de conflictos, como es el caso del arbitraje internacional. No obstante, existe una preocupación vigente por incorporar la visión de derechos humanos en este tipo de procesos internacionales que se ve plasmada, por ejemplo, en las Reglas de la Haya sobre Arbitraje Empresarial y de Derechos Humanos.

Así, las mencionadas reglas fueron elaboradas por un grupo privado de abogados y académicos internacionales con el objeto de proveer diversas disposiciones aplicables al arbitraje internacional con impacto en los derechos fundamentales. Ello, con el afán de cubrir de cubrir las brechas dilucidadas a partir de la emisión de los Principios Rectores sobre Negocios y Derechos Humanos respaldados por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.

Las referidas reglas hacen mención a la posibilidad que terceras personas puedan interponer reclamos o puedan intervenir en los procesos arbitrales, no obstante, restringe tal posibilidad a que las mismas sean incluidas en calidad de terceros o beneficiarios dentro de los compromisos arbitrales firmados entre el Estado y las empresas (Grupo de Trabajo de Arbitraje de Empresas y Derechos Humanos, 2019).

En efecto, como señala la doctrina, la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas encuentra enormes desafíos ante la actividad empresarial, pues algunas corporaciones ostentan un enorme poder financiero que no se tuvo en cuenta al momento de diseñar parámetros constitucionales y de protección de derechos (Cerqueira, 2015). Esto produce que algunos Estados, a pesar que procuren ser garantes de los derechos de los pueblos indígenas, pierdan un gran poder de negociación con respecto a las corporaciones las cuales, al dedicarse en buena parte a la extracción de recursos naturales, ostentan capitales enormes (Sukaya, 2004).

Por tal motivo, existe un enorme desafío en el marco de la solución de conflictos relacionados con negocios y pueblos indígenas, pues las obligaciones que tiene a cargo el Estado con relación al derecho de consulta, así como los procesos de diálogo y negociación que se llevan a cabo en sede interna, se pueden ver seriamente perjudicado frente al inmensurable poder económico y político de algunas empresas trasnacionales (Salmón, 2012).

De esta manera, las relaciones entre negocios y derechos humanos son un tópico innovador que impone desafíos entre el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Comercial Internacional. Así, por ejemplo, Echaide (2016) a propósito del derecho al agua menciona que los tribunales arbitrales – encargados de resolver disputas de comercio internacional – no parecen realizar los esfuerzos suficientes para desarrollar una normativa coherente entre los intereses subyacentes de la inversión y los derechos humanos.

De forma específica, organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2019) han insistido en la importancia que hay en que los Estados estructuren marcos regulatorios que regulen la actividad empresarial en el marco de las obligaciones de protección y garantía de derechos humanos.

Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2019) en su informe sobre obligaciones de derechos humanos y actividad empresarial ha estipulado que los Estados tienen la obligación de asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales frente a la actividad empresarial; de forma que las autoridades deben establecer responsabilidades directas a los grupos empresariales en el marco de la protección de derechos humanos.

De manera, específica los Principios Rectores sobre Negocios y Derechos Humanos respaldados por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU, 2011) o mejor conocidos como Principios Ruggie, estipulan que los Estados deben configurar un marco regulatorio que proteja los derechos fundamentales de la persona humana incluso en el marco de los convenios empresariales y de los contratos de inversión, de manera que se asegure el respeto de derechos fundamentales incluso en el marco del arbitraje internacional.

Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2011) estableció un Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos mediante Resolución 17/4 el cual tiene por objetivo la implementación de los principios referidos en el párrafo anterior, la promoción de las buenas prácticas empresariales en el ámbito de los derechos fundamentales, así como la realización de visitas a los Estados. Lo que demuestra la gran importancia y trascendencia que este tópico ha tenido en los últimos tiempos.

### **2.2.3. Derecho Internacional de Inversiones**

Como afirma Pérez Escalona (2010) el Derecho Internacional de Inversiones surge ante el enorme poder propiciado por los Estados y su soberanía ante la actividad empresarial. De esta manera, según la mencionada autora, esta rama del Derecho Internacional busca promover y fortalecer las inversiones extranjeras en los Estados, pues establece mecanismos de solución de conflictos, como el arbitraje, que facultan a la empresa inversora a demandar al Estado ante un tribunal particular e independiente en búsqueda de justicia y rentabilidad.

Siendo así, el arbitraje internacional se constituye como un importante medio de protección para las inversiones extranjeras, dado que regula y reduce la arbitrariedad con la que un Estado podría actuar; dando paso al desarrollo económico y a una relación de confianza entre la soberanía estatal y la rentabilidad privada.

Al respecto, Peterson (2009) subraya que en los últimos tiempos el arbitraje ha tenido un gran protagonismo en la resolución de conflictos relacionados con inversiones extranjeras y, en buena parte, ha resultado favorable para evitar la influencia política que determinados grupos ejercen sobre los jueces nacionales; no obstante, conforme estipula el mencionado autor, ello representa un desafío singular para la protección de derechos humanos, dado que el arbitraje internacional no ha sido estructurado primigeniamente para brindar justicia en esta materia dada sus propias características.

### **2.3. Definición de términos básicos**

**Pueblos indígenas:** En el presente trabajo se utiliza la expresión “pueblos indígenas” en concordancia con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT de sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989. En efecto, de acuerdo a tales dispositivos los pueblos indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el país desde la época de la conquista o colonización y conservan sus propias instituciones sociales, económicas, políticas y culturales. Asimismo, son conglomerados sociales que se identifican como pueblos indígenas.

Para Quiroz Pacheco (2020) existen varias dificultades en la solución de conflictos relacionados con pueblos indígenas y negocios, toda vez que las diferencias culturales que plantean este tipo de antagonismos son profundas y deben tenerse en cuenta al momento del diálogo. En efecto, para la mencionada autora este tipo de situaciones se dan debido a la diversidad de actitudes, costumbres, valores y símbolos que ostentan los agentes del conflicto.

Siendo así, el presente trabajo pretende estudiar el derecho de participación de los pueblos indígenas – como colectivo en situación de vulnerabilidad y con características especiales - ante los tribunales arbitrales del CIADI. De modo que se utilizará la denominación de “pueblos indígenas”:

Es grande la preocupación internacional respecto a los derechos de los pueblos indígenas, pues los mismos establecen relaciones especiales con su entorno que deben ser protegidas por el derecho de propiedad y el derecho de identidad cultural. Asimismo, resulta de gran importancia los derechos de consulta y participación que entran a tallar ante la ejecución o exploración de grandes proyectos empresariales que pretenden generar gran rentabilidad y desarrollo económico.

De igual manera, la Relatoría especial para los pueblos indígenas de la ONU (2016), estableció que pueden distinguirse a los pueblos indígenas según sus características relacionadas con la autoidentificación el deseo de mantener una relación espiritual con espacios geográficos, y el sistema de costumbres, usos, tradiciones económicas, políticas y sociales que se presentan desde épocas pre-coloniales.

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Internacionales:** Según Kundmuller y Rubio (2006) el CIADI es un centro de arbitraje internacional al cual pueden acudir inversionistas cuando consideran que determinado Estado ha incurrido en una práctica abusiva o anti-empresarial que las perjudica económicamente de forma considerable.

Para estos efectos, según los mencionados autores, se requiere una cláusula compromisoria ratificada a través de un Tratado Bilaterales de Inversión

mediante el cual, se acepta la competencia del CIADI y se somete a su jurisdicción en caso de eventuales controversias. Cabe precisar que los fallos emitidos por el CIADI son plenamente vinculantes para las partes, de forma que los mismos no pueden ser revisados en sede interna.

**Control de convencionalidad:** La Corte IDH (2006) estableció en su emblemático caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú que los Estados no solo deben ejercer un control de constitucionalidad, sino, adicionalmente, un control de convencionalidad en mérito al cual las disposiciones dictadas a nivel interno deben guardar estricta coherencia con el Pacto de San José.

Conforme indica Olano García (2016) el control de convencionalidad es una obligación que deben observar los Estados al haber ratificado tratados en materia de derechos humanos. Mediante el control de convencionalidad difuso los Estados deben inaplicar y vigilar porque las normas legales tengan compatibilidad con los tratados de derechos humanos, así como la jurisprudencia emitida por parte de la Corte IDH.

Por el control de convencionalidad concentrado, la Corte IDH tiene la facultad de ordenar mediante medidas reparatorias la modificación o expulsión de determinada normativa por resultar contraria al texto convencional o a la jurisprudencia internacional en el marco de derechos fundamentales. De esta

manera, según indica Olano García (2016), el control de convencionalidad es una herramienta que permite garantizar la armonía entre toda la normativa de un Estado y los compromisos internacionales que ha ratificado en materia de derechos humanos.

**Jus standi:** Es el derecho de quien inicio un proceso judicial – que incluye procesos internacionales – de participar activamente en el proceso en calidad de sujeto. En el marco del derecho internacional, se establece que tienen *jus standi* aquellas partes procesales que presentan argumentos, pruebas y alegatos a fin de tutelar sus derechos e intereses de forma directa en el proceso jurisdiccional internacional (Rosas Castañeda, 2007).

En la presente investigación, se estudiará la posibilidad de reconocer el *jus standi* de los pueblos indígenas en el arbitraje internacional ante el CIADI, a efecto de verificar si deben proponerse algunas medidas que busquen perfeccionar la garantía de este derecho en este tipo de instancias.

**Locus standi:** Se trata del derecho de participación del cual son acreedores las personas que no iniciaron directamente el proceso y, a pesar de ello, por su calidad y naturaleza, tienen una participación en el proceso al ostentar interés en el mismo (Rosas Castañeda, 2007).

En este sentido, en el marco del Derecho Internacional se reconoce locus standi por ejemplo, a aquellas personas que participan y tienen voz en un proceso internacional (frecuentemente en calidad de amigos de la corte o *amicus curiae*) y, no obstante, no ostentan derechos ventilados en el mismo que puedan ser afectados mediante la sentencia o el laudo arbitral.

En la presente investigación también se estudiará si los pueblos indígenas deben tener algún tipo de *locus standi* en el marco de los procesos arbitrales ventilados ante el CIADI.

## CAPÍTULO III: HIPÓTESIS

### 3.1. Formulación de las hipótesis

- Es necesario adoptar medidas adicionales a fin de asegurar una participación efectiva por parte de los pueblos indígenas en los arbitrajes internacionales ventilados ante el CIADI.
- De acuerdo a las reglas del Derecho Internacional no se brinda una participación suficiente a los pueblos indígenas en los procesos ventilados ante el CIADI. De esta manera, los fallos de tribunales arbitrales internacionales pueden afectar los procesos de diálogo y consulta que los Estados tienen a su cargo en relación a los pueblos indígenas.
- Resulta necesario modificar parcialmente las reglas arbitrales del CIADI a efecto de permitir la participación de los pueblos indígenas a través del *locus standi* en todos los procesos que puedan afectarles, asimismo, el Estado, en su rol de protector de derechos fundamentales, debe velar por los derechos de los pueblos indígenas en sede internacional y, finalmente, ante la eventualidad que se dicte un fallo en el CIADI que perjudique los derechos de los pueblos indígenas, el Estado debería interponer un recurso de anulación en ese extremo en caso no se haya reconocido el *jus standi* a los pueblos indígenas y, en caso de ser desfavorable, efectuar un control de convencionalidad respecto del mismo.

## **CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA**

### **4.1. Diseño metodológico**

#### **4.1.1. Tipo de investigación**

La investigación se realizará de forma mixta, tanto cuantitativa como cualitativa. Respecto al aspecto cuantitativo se estudiará la solución de conflictos en materia de pueblos indígenas en contraste con los fallos del CIADI a efecto de determinar posibles incompatibilidades. De igual manera, se espera encontrar medidas de solución ante este tipo de escenarios que se encuentren previstas en los diversos instrumentos jurídicos, de forma que no es necesario un análisis cuantitativo de la investigación planteada.

En relación, al aspecto cuantitativo, se recolectará jurisprudencia del CIADI en la cual haya brindado participación a terceros de forma directa o a través de la figura del *amicus curie*, a efecto de determinar un patrón que utilice este tipo de tribunales arbitrales a efecto de permitir participación de terceros. La jurisprudencia será recolectada a través de la ficha que se adjunta como anexo y la misma será compilada y estudiada a través de gráficos y estadísticas a fin de determinar el patrón mencionado.

#### **4.1.2. Nivel de investigación**

El nivel de la investigación es exploratorio debido a que fue desempeñado de acuerdo con las diversas perspectivas sociales y jurídicas, tanto doctrinarias

como jurisprudenciales, que existen a propósito de los desafíos que plantea el arbitraje internacional en los derechos de los pueblos indígenas.

#### **4.1.3. Diseño de la investigación**

El diseño de investigación será el cualitativo y cuantitativo, ya que se recogerá jurisprudencia y se le cuantificará a efecto de determinar un patrón o un criterio general que vulnere el derecho de participación indígena y justifique la necesidad de modificar las reglas arbitrales del CIADI. Asimismo, en cuanto al aspecto cualitativo se estudiarán pronunciamientos a propósito del tópico a investigar, utilizando el análisis lógico como actividad a fin de arribar a las conclusiones.

#### **4.1.4. Método de investigación**

El método empleado para la investigación será el del tipo deductivo porque se desarrollará en el marco doctrinario y jurídico respecto a los desafíos que plantea el arbitraje internacional en los derechos de los pueblos indígenas.

#### **4.2. Técnicas de recolección de datos**

La información pertinente para el desarrollo de la investigación será recolectada mediante el estudio y análisis de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios de carácter internacional.

### **4.3. Aspectos éticos**

El autor de esta tesis declara bajo juramento que para el desarrollo de la misma se han respetado los derechos de autor, utilizando las formas de citados APA en su versión actualizada. Asimismo, no contiene plagio alguno, siendo responsabilidad entera del autor de esta tesis lo aquí expresado.

**CRONOGRAMA**

ACTIVIDADES	2020-2021				
	SEP	OCT	NOV	DIC	ENE
PREPARACIÓN DEL PLAN	X				
APROBACIÓN DEL PLAN		X			
RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN		X			
PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN		X	X		
ANÁLISIS Y SISTEMATIZACIÓN DE DATOS		X	X	X	X
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS				X	X
PRESENTACIÓN DEL PROYECTO FINAL					X

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### Bibliográfica

- Cerqueira, D. (2015). *La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y DDHH*. Washington D.C., Estados Unidos de América: Aportes DPLF.
- CIDH. (2019). *Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos*. Washington D.C., Estados Unidos de América: CIDH.
- Corte IDH. (2020). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos: El cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Ciudad de México, México: Trotta.
- ONU. (2011). *Principios Rectores sobre Negocios y Derechos Humanos*. Nueva York, Estados Unidos y Ginebra, Suiza: ONU.
- ONU. (2016). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Nueva York, Estados Unidos: ONU.
- ONU. (2016). *Resolución A/HRC/RES/17/4 sobre derechos humanos y corporaciones transnacionales y otros negocios*. Nueva York, Estados Unidos: ONU.
- ONU. (2020). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Nueva York, Estados Unidos: ONU.

- Pillay, S. (2004). *¿Y justicia para todos? Globalización, empresas multinacionales y la necesidad de protecciones legalmente ejecutables de los DDHH*. Detroit, Estados Unidos de América: Universidad de Detroit.
- Salmón, E. (2012). *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los DDHH*. Lima, Perú: Fundación Konrad Adenauer.

### **Hemerográfica**

- Echaide, J. (2017). Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversiones vs. Derechos humanos? *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 31 (1), 81 – 114.
- Kundmuller, F. y Rubio, R. (2006). El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. *Lima Arbitration* 1 (1), 69 – 112.
- Mejía, J. (2019). Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Cejil* 5 (5), 1-102.
- Olano García, H. (2016). Teoría del control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales* 14 (1), 61 – 94.
- Pérez Escalona, S. (2010). Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi Internacional Vs. República de Argentina. *Redur* 1 (8), 111-122.

- Quiroz Pacheco, C. (2020). El enfoque intercultural para la gestión del conflicto con la Comunidad Nativa Chapis. *Revista de Gobierno y Gestión Pública* 7 (1), 97 – 125.
- Rosas, J.A. (2007). Hacia el Jus Standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Jurídica* 11(3), 80 – 89.

### Electrónica

- Bohoslavsky, J y Bautista, J. (2011). Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión. Recuperado de: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/S2010980.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Grupo de Trabajo de Arbitraje de Empresas y Derechos Humanos. (2019). Reglas de la Haya sobre Negocios y Arbitraje en Derechos Humanos. Recuperado de: [https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration\\_CILC-digital-version.pdf](https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf)
- Peterson, L. (2009). Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados. Recuperado de: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-inversion-peterson-2009.pdf>

## **Tesis**

- Alarcón Loayza, N. (2018). *El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión*. (Tesis de licenciatura). Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú.

## **Jurisprudencia**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.

**ANEXO 1**

**FICHA DOCUMENTAL JURISPRUDENCIAL**

Ficha N°:

Fecha de la sentencia o laudo:

Número de la sentencia o laudo:

Partes procesales:

Hechos que desencadenaron la controversia:

.....  
.....  
.....

Tercero interesado:

Decisión del tribunal respecto a la participación del tercero

“ .....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....”

Nota:

## **CAPITULO V: Las relaciones entre el CIADI y la jurisprudencia internacional en derechos humanos**

Mal podría pensarse que los órganos jurisdiccionales son totalmente independientes en el plano de la realidad. Si bien existen una serie de garantías constitucionales y legales que tienen por objeto que las decisiones judiciales sean imparciales e independientes, no podría asumirse, en automático, que de hecho lo son.

Esta cuestión también se encuentra presente en el marco de las relaciones internacionales entre los más altos tribunales de justicia, de modo que en este acápite estudiaremos las relaciones existentes entre los estándares esbozados por algunos tribunales internacionales de derechos humanos y, especialmente, la Corte IDH y el CIADI a efecto de identificar posibles tensiones en cuanto al derecho de participación indígena.

Cabe precisar que el estudio que se realizará no tiene por objeto identificar rivalidades políticas, sino, mas bien, incompatibilidades jurídicas en el marco de la solución de conflictos en la actividad empresarial. De esta manera, el objeto del presente acápite es identificar aquellos fallos del CIADI que han sido emitidos en evidente contravención de los emitidos por tribunales de derechos humanos con especial énfasis en el derecho de participación indígena.

En este punto, conviene recordar que el mundo jurídico no está compuesto por unidades autárticas, sino, por el contrario, por sub-sistemas en permanente interacción; de allí que a pesar que el CIADI y los tribunales de derechos humanos conozcan de temáticas claramente distintas, los mismos encuentran puntos en común y, como veremos más adelante, puntos de conflicto en determinados tópicos.

Precisamente, uno de los debates que con mayor vigor se ha alzado en los últimos tiempos es el referido al impacto de la actividad empresarial – principalmente de la inversión extranjera en el sector extractivo – en los derechos fundamentales de la persona humana.

Como señala la doctrina, la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas encuentra enormes desafíos ante la actividad empresarial, pues algunas corporaciones ostentan un enorme poder financiero que no se tuvo en cuenta al momento de diseñar parámetros constitucionales y de protección de derechos (Cerqueira, 2015). Esto produce que algunos Estados, a pesar que procuren ser garantes de los derechos de los pueblos indígenas, pierdan un gran poder de negociación con respecto a las corporaciones las cuales, al dedicarse en buena parte a la extracción de recursos naturales, ostentan capitales enormes (Sukaya, 2004).

Por tal motivo, existe un enorme desafío en el marco de la solución de conflictos relacionados con pueblos indígenas y negocios, pues las obligaciones que tiene

a cargo el Estado con relación al derecho de consulta, así como los procesos de diálogo y negociación que se llevan a cabo en sede interna, se pueden ver seriamente perjudicado frente al inmensurable poder económico y político de algunas empresas trasnacionales (Salmón, 2012).

De esta manera, las relaciones entre negocios y derechos humanos son un tópico innovador que impone desafíos entre el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Comercial Internacional. De forma específica, organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han insistido en la importancia que hay en que los Estados estructuren marcos regulatorios que regulen la actividad empresarial en el marco de las obligaciones de protección y garantía de derechos humanos.

Así, por ejemplo, la CIDH (2019) en su informe sobre obligaciones de derechos humanos y actividad empresarial ha estipulado que los Estados tienen la obligación de asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales frente a la actividad empresarial; de forma que las autoridades deben establecer responsabilidades directas a los grupos empresariales en el marco de la protección de derechos humanos.

De manera específica, los Principios Rectores sobre las Empresas o Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU, 2011) o mejor conocidos como Principios Ruggie, estipulan que los Estados deben configurar un marco regulatorio que proteja los derechos fundamentales de la persona

humana incluso en el marco de los convenios empresariales y de los contratos de inversión, de manera que se asegure el respeto de derechos fundamentales incluso en el marco del arbitraje internacional.

En atención a lo anterior, es de esperarse que tribunales que a primera impresión conocen de temáticas distintas, como el CIADI y la Corte IDH, tengan un punto de incidencia jurídica en común: el relacionado con el impacto que ocasiona la actividad empresarial en los derechos fundamentales de la persona humana.

Dicho ello, en las líneas siguientes procederemos a analizar de forma breve algunas de las características más importantes del CIADI y la Corte IDH, a fin de identificar con claridad los aspectos y temáticas que conocen cada uno de estos tribunales, así como su naturaleza jurídica y vinculatoriedad.

Cabe precisar preliminarmente que nos referiremos a la Corte IDH, de forma específica, pues como desarrollaremos posteriormente se trata del tribunal regional de derechos humanos al que están sometidos la mayor parte de Estados interamericanos como el Perú. De forma que será relevante estudiar las particularidades tanto de la Corte IDH como del CIADI.

## **5.1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Internacionales (CIADI): naciones básicas**

La presente sección, está destinada abordar nociones básicas sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones a fin de comprender su naturaleza y alcance en los diferentes Estados.

El Centro Internacional de Arreglo Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es un organismo internacional que se encuentra comprendido dentro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento conocido en el ámbito supranacional como Banco Mundial.

De esa manera, dicho organismo es creado con la finalidad de resolver conflictos de inversiones en el marco del derecho internacional de inversiones extranjeras, siendo creado través del Convenio CIADI –realizado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial en el año 1965– que entró en vigor en el año 1966 tras la ratificación de 20 países en el ámbito internacional.

De esa manera, el Banco Mundial contempla la posibilidad de recurrir a mecanismos de resolución de controversias en el campo supranacional por medios como la conciliación y el arbitraje, frente a lo cual, el CIADI asume el rol de dirimir controversias jurídicas y conflictos de intereses en materia de inversiones extranjeras entre aquellos Estados Contratantes e inversores. Así,

dicho procedimiento es iniciado con una solicitud de arbitraje presentada por alguna de las partes contendientes en el conflicto y culmina con la expedición del laudo arbitral, pudiendo ser posteriormente sometido a una etapa aclaratoria.

Respecto al procedimiento de arbitraje, es menester tener en cuenta algunas consideraciones previas, en primer lugar, por ejemplo “La jurisdicción del CIADI está limitada a la solución de controversias entre particulares inversionistas y Estados; está descartada la posibilidad de conocer controversias cuyas partes sean sólo particulares, o controversias cuyas partes sean solamente Estados” (Medina Casas, 2009, p.218).

Por lo cual, de manera adicional para someter el conocimiento de la controversia a dicho organismo se requerirá que el Estado receptor de la inversión y el Estado de donde provenga el inversionista hayan ratificado el convenio del CIADI y que ambas partes hayan acordado el recurrir a tal instancia para dirimir un posible problema a través de un Tratado Bilateral de Inversión.

Aunado a ello, en el marco de un proceso sometido a la jurisdicción del CIADI no solo se permite la intervención de partes contendientes directamente involucrados en el problema jurídico, sino que también se prevé la figura de los *amicus curiae*, que coadyuvarán a la toma de decisiones del Tribunal. Ya que, mientras que los primeros se ven directamente afectados por la controversia y la decisión que será emitida por dicho organismo, los segundos no tienen un interés directo en la controversia pero sí en la solución de la misma.

Por otro lado, la controversia a ser resuelta en el arbitraje internacional tiene como regla base los Tratados Bilaterales de Inversión, que contarán con un contenido sustancial y adjetivo que habrán sido previamente ratificados por el Estado de la inversión extranjera y el Estado receptor contratante. Por ello como se advertirá a lo largo de la presente investigación, el TBI significará una limitación a la resolución de la controversia suscitada, siendo indispensable en la actualidad, por ejemplo, la inclusión de cláusulas que busquen la protección de los derechos humanos.

De ese modo, la resolución del conflicto se ceñirá a lo establecido por los Tratados Bilaterales de Inversión que “ (...) tienen por finalidad darle protección a la propiedad privada invertida y darle al inversionista las garantías mínimas necesarias para que pueda realizar la actividad económica que motivó la inversión” (Moreno Blesa, 2015, p.77) y será en primer lugar el instrumento al cual recurrirá el CIADI para determinar si se violó o no los derechos de los inversores extranjeros en cada caso sometido a su conocimiento.

## **5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) naturaleza, composición y vinculatoriedad**

La Corte IDH es un tribunal regional de justicia en derechos humanos. En ese sentido, el referido órgano tiene por objeto administrar justicia, a diferencia de

otros órganos similares como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, únicamente, tiene facultades cuasi-jurisdiccionales (Corte IDH, 2020).

Así, cabe referir que mientras la Comisión Interamericana tiene a su cargo la emisión de informes temáticos e informes de país que tienen por objeto estudiar la problemática en materia de derechos humanos en el continente; la Corte IDH conoce de asuntos en concreto y provee de soluciones específicas a los asuntos que son sometidos a su conocimiento (Corte IDH, 2020).

Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también puede conocer de peticiones, la misma no tiene competencia para emitir, en estricto, sentencias, de modo que la misma se limita a expedir informes de admisibilidad y de fondo en los cuales determina la responsabilidad internacional de un Estado y sugiere, no ordena, adoptar determinadas medidas (Corte IDH, 2020).

Lo anterior, es una de las principales diferencias entre la Comisión Interamericana y la Corte IDH, pues solo los pronunciamientos de esta última son plenamente obligatorios para los Estados y constituyen auténticas sentencias. De hecho, como establece el propio Reglamento de la Corte IDH, es la Comisión Interamericana uno de los sujetos internacionales legitimados para interponer una demanda ante la Corte IDH (Corte IDH, 2020).

De esta manera, podemos apreciar que para iniciar el proceso internacional ante la Corte IDH, el peticionario (aquel que se siente lesionado en sus derechos) debe acudir, en primer término, y de forma obligatoria, a la Comisión Interamericana que, como ya hemos establecido de forma previa, emite informes relativos a la admisibilidad y fondo de la causa (Corte IDH, 2020).

Posteriormente, en caso el Estado se rehúse a cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana, esta última puede, facultativamente, someter el caso a conocimiento de la Corte IDH que a su turno tendrá que emitir la sentencia correspondiente en el marco del debate procesal promovido por la Comisión Interamericana y el Estado demandado (Corte IDH, 2020).

Siendo así, podemos concluir que la Comisión Interamericana es un órgano internacional encargado de vigilar y monitorear la protección de derechos humanos en el continente, en tanto la Corte IDH es un tribunal jurisdiccional que emite sentencias para la resolución de los casos en concreto que son sometidos a su conocimiento, facultativamente, por la Comisión Interamericana (Corte IDH, 2020).

De otro lado, cabe precisar que el instrumento jurídico que constituye la génesis de la Corte IDH es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 o también llamado Pacto de San José, que reconoce una serie de derechos fundamentales en favor de los ciudadanos de los países que la han ratificado en el seno de la OEA.

De esta manera, la Corte IDH es uno de los órganos de la OEA que se rige, fundamentalmente, por el Pacto de San José. Ahora bien, cabe precisar que la CADH no es el único instrumento que sustenta la actividad de la Corte IDH, pues existen otros tratados en materia de derechos humanos respecto de los cuales el tribunal interamericano puede emitir sentencias.

Siendo así, la Corte IDH es un tribunal de protección de derechos humanos que se rige por tratados en esta materia. Razón por la cual, el mencionado colegiado no podría declarar vulneraciones respecto de documentos distintos, como declaraciones o instrumentos *soft law*, a pesar de que los mismos si pueden ser utilizados como un parámetro de interpretación.

Se menciona lo anterior, pues no debe perderse de vista que la actividad de la Corte IDH se rige bajo las reglas del Derecho Internacional y, particularmente, bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la cual establece en su artículo 27° el principio de *pact sunt servanda* que reza que los sujetos de Derecho Internacional – como los Estados – deben cumplir de forma obligatoria los instrumentos que han ratificado, estos son, los tratados y documentos de distinta naturaleza jurídica.

Respecto a la composición de la Corte IDH cabe precisar que la misma es integrada por siete magistrados de diferentes nacionalidades parte de los

Estados que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Los cuales, de ninguna forma, representan en el tribunal interamericano los intereses de los Estados de los que son nacionales.

Los mencionados magistrados ejercen funciones en las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Corte IDH y son nombrados por un período de seis años y pueden ser reelectos una sola vez (Corte IDH, 2020).

Respecto a la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte IDH cabe mencionar que el Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC peruano) ha indicado que la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH vinculan a todos los poderes públicos (Exp. 2730-2006-PA/TC). Ello, tiene asidero en la medida que el Estado peruano ha ratificado la CADH, por lo que, de acuerdo al artículo 27° de la Convención de Viena de 1969, debe cumplir este tratado de buena fe no pudiendo invocar disposiciones internas para infringirlo.

En este sentido, según el artículo 2° de la CADH de 1969, el Perú está obligado a adoptar las medidas legislativas, o de cualquier otro carácter, para hacer efectivos los derechos y libertades del mencionado tratado, o más concretamente, está obligado a aplicar un control de convencionalidad permanentemente (Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela).

Si bien los jueces domésticos – estos son los jueces nacionales – tienen como obligación resguardar la vigencia y aplicación de las normas infraconstitucionales, los mismos, producto de las obligaciones que se derivan de la CADH, deben velar para que en sus labores jurisdiccionales no se menoscabe el contenido de los textos convencionales en materia de derechos humanos, a pesar de que en tal labor, deban inaplicar normativa nacional (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile).

En esta tarea, como hemos mencionado precedentemente, todos los poderes públicos deben velar por el respeto y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en el Pacto de San José. De esta manera, no solo los jueces constitucionales, sino también, todas las autoridades tienen como obligación vigilar la vigencia de nuestras prerrogativas básicas en virtud del texto constitucional y convencional.

Con lo explicado anteriormente, entendemos que la jurisprudencia de la Corte IDH y los tratados sobre derechos humanos que el Perú ha ratificado, son auténticamente vinculantes. Ahora bien, cabe preguntarse ¿de qué medios coercitivos goza la Corte IDH para ejecutar sus sentencias?

En la realidad, parece ser que de ninguno en concreto, pues a pesar que la Corte IDH puede vigilar y supervisar el cumplimiento de sus sentencias convocando audiencias; la misma no puede dictar medidas coercitivas tal y como nuestros tribunales nacionales, ni acudir a la fuerza pública. Por lo que, el tribunal

interamericano parece depender más de interacciones políticas e intereses internacionales para alcanzar el cumplimiento – en la mayoría de los casos parcial – de sus pronunciamientos. Lo que, sin lugar a dudas, constituye uno de los principales problemas para la administración de justicia internacional en materia de derechos humanos.

### **5.3. Estándares de la Corte IDH vinculados con la actividad empresarial**

Como hemos mencionado precedentemente, el punto en común en el que tanto la Corte IDH como el CIADI conocen respecto a temáticas relacionadas de forma intrínseca e indivisible es el tópico relacionado a la actividad empresarial y la protección de derechos humanos.

En efecto, históricamente, se han producido una serie de vejaciones a partir de la conducta empresarial de algunas corporaciones que, en diversos casos, han manifestado un comportamiento deplorable que ha atropellado de forma crasa los derechos de los pobladores indígenas.

Así, por ejemplo, el Foro Permanente de Cuestiones Indígenas de la ONU (2007) reconoce que la actividad empresarial ha afectado y afecta actualmente de forma desmedida a los pueblos indígenas a través de industrias internacionales especialmente lucrativas, como aquellas relacionadas con la actividad en hidrocarburos, en electricidad y energía nuclear.

De igual manera, el foro mencionado en el párrafo precedente ha mencionado que las cadenas del combustible nuclear han afectado de forma grave la salud de los pobladores indígenas, así como mellado de forma directa sus recursos básicos y principales formas de vida. Asimismo, el desarrollo energético y la actividad exploratoria y de explotación de algunas industrias perjudica gravemente el goce derechos fundamentales de los pueblos indígenas, poniendo en grave riesgo su bienestar material y espiritual (Foro Permanente de Cuestiones Indígenas de la ONU, 2007).

Para James Anaya (2011) esta afectación se produce, en buena parte, con el asentimiento de algunos Estados que promueven obsesivamente el desarrollo económico de determinados sectores empresariales. De esta manera, el mencionado autor considera que las afectaciones que son producidas debido a la explotación industrial de recursos naturales deben ser debidamente fiscalizadas y supervisadas tanto por los Estados donde se realiza la actividad, como por los Estados de origen.

De igual manera Anaya (2011) señala que la actividad empresarial que no se encuentra de acuerdo con estándares de derechos fundamentales perjudica gravemente los derechos fundamentales de la población indígena. Principalmente, lo que se refiere a sus medios de vida y subsistencia, como la ganadería, agricultura y medio ambiente. Lo que, sin lugar a dudas, pone en peligro su subsistencia.

Asimismo, el mencionado autor, ha subrayado que uno de los efectos más infravalorados del desarrollo insostenible es la vulneración del derecho de integridad cultural en contra de los pueblos indígenas, así como la mella de sus relaciones espirituales con el entorno (Anaya, 2011). De esta manera, las afectaciones materiales ostentan un perjuicio significativo en contra de la continuidad histórica de los pueblos indígenas.

Como apreciamos de lo anterior, las afectaciones producidas en contra de los pueblos indígenas son muy variadas, pues las mismas son tanto materiales como sociales. Razón por la cual, a continuación, haremos referencia a los principales estándares de protección de derechos de los pueblos indígenas – principalmente los expedidos por la Corte IDH – clasificándolos, de forma genérica, según su propia naturaleza.

Ello, será de suma relevancia a efecto de entender, posteriormente, cómo es el que CIADI ha emitido fallos que han contravenido de forma clara los estándares convencionales de protección de derechos humanos establecidos por la Corte IDH, en el marco de sus labores como tribunal regional de justicia en derechos fundamentales y contrastar ello con el derecho de participación indígena.

### **5.3.1. El derecho a la salud**

El derecho a la salud debe entenderse bajo una perspectiva amplia, pues como indica la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946), la misma no es solo la ausencia de enfermedades evidentemente perceptibles, sino, un estado en el que confluyen la salud física, emocional y psicológica que, para ser garantizado, requiere ser reconocido como un derecho fundamental por parte del Estado y la adopción de acciones especiales por parte de las autoridades públicas.

En ese sentido, la Corte IDH ha reconocido también el concepto mencionado en el párrafo precedente y ha establecido de forma reciente que la satisfacción del derecho a la salud de la persona humana requiere un equilibrio entre las distintas dimensiones de la persona, estas son: física, psicológica y espiritual (Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile).

Como referiremos posteriormente con relación a los denominados Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), la Corte IDH ha reconocido – después de muchas críticas y esfuerzos – la justiciabilidad directa del artículo 26° de la CADH. Lo que la ha llevado, por primera vez en su historia jurisprudencial, a desarrollar las implicancias del derecho a la salud de forma autónoma (Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile)

En el referido fallo, la Corte IDH ha desarrollado diversos criterios en materia del derecho a la salud. Así, en la referida sentencia ha indicado que el servicio de salud debe encontrarse disponible en suficiente cantidad a efecto de garantizar un número adecuado de hospitales y centros de salud. De igual manera, ha estipulado que el servicio de salud debe ser accesible, en el sentido que el mismo debe ser universal y proteger bajo su tutela sanitaria a toda la población. Así también, el tribunal interamericano ha indicado que el servicio de salud debe ser aceptable y calidad, de modo que el mismo debe contar con los fármacos, infraestructura y tecnología mínima e indispensable con el objetivo de dar cobertura y atención médica a la mayor parte de dolencias posibles (Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile).

Asimismo, el tribunal interamericano ha subrayado que los Estados deben velar porque tanto hospitales públicos como privados resguarden la salud mental de sus pacientes y vigilen por el cumplimiento de los estándares relacionados al conflicto libre e informado, principalmente en relación a determinados grupos vulnerables, como los pueblos indígenas, las personas migrantes y la población adulta mayor (Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile).

En el caso de afectación al derecho a la salud por la actividad de industrias extractivas encontramos, por ejemplo, el caso de la comunidad la Oroya y las operaciones de la empresa Doe Ruc Perú. Al respecto, podemos observar que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2016) ordenó

la ampliación de medidas cautelares en favor de algunos pobladores de la Comunidad de la Oroya.

En efecto, tal medida cautelar se amplió toda vez que la actividad empresarial en esta zona ocasionó que los pobladores de la Oroya presenten altos niveles de metal en la sangre, lo que les ocasionó una serie de problemas cardíacos y respiratorios que afectaron de forma grave su salud, al punto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2016) consideró la existencia de peligro de daño irreparable.

### **5.3.2. El derecho de participación indígena y consulta previa**

Con frecuencia podemos apreciar que diversos emprendimientos empresariales extractivos contravienen de forma cruel los derechos fundamentales de los pueblos indígenas que residen en nuestra Amazonía y en la sierra del Perú. Lo que es peor, parte de la población se muestra indiferente a esta problemática, y llega incluso a ridiculizar las relaciones existentes entre los pueblos indígenas y sus tierras.

Así, por ejemplo, en el conocido caso del “Baguazo”, el propio entonces presidente, Alán García Pérez, dio entender que los indígenas son ciudadanos de segunda categoría con creencias religiosas “absurdas”. Mostrando, de esta manera, una singular indiferencia ante la problemática y realidades que afectan

de forma directa a los derechos fundamentales.

Es necesario tener en cuenta que la supervivencia de los pueblos indígenas y de sus miembros se encuentra ligada con su identidad cultural, por lo que es necesario que se preserve, proteja y garantice su modo de vida, costumbres, creencias y tradiciones distintivas.

El Perú, como bien sabemos, es un país multidiverso y pluricultural que alberga a gran cantidad de pueblos indígenas. En este sentido, corresponde analizar algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se ha desarrollado sobre las relaciones existentes entre los pueblos indígenas y sus tierras en relación con el derecho de consulta previa, pues los mismos deben tenerse en cuenta en la política de interculturalidad peruana.

Para desarrollar tal labor es necesario estudiar, en primer término, qué es un pueblo indígena, pues el derecho de consulta pertenece exclusivamente a este tipo de colectivos sociales.

Los “pueblos indígenas” en concordancia con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como la Ley N° 29785 son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el país desde la época de la conquista o colonización y conservan sus propias instituciones sociales, económicas, políticas y culturales. Asimismo, son conglomerados sociales que se identifican como pueblos indígenas.

Para Quiroz Pacheco (2020) existen varias dificultades en la solución de conflictos relacionados con pueblos indígenas y negocios, toda vez que las diferencias culturales que plantean este tipo de antagonismos son profundas y deben tenerse en cuenta al momento del diálogo. En efecto, para la mencionada autora este tipo de situaciones se dan debido a la diversidad de actitudes, costumbres, valores y símbolos que ostentan los agentes del conflicto.

Siendo así, el presente trabajo pretende estudiar el derecho de participación de los pueblos indígenas – como colectivo en situación de vulnerabilidad y con características especiales - ante los tribunales arbitrales del CIADI. De modo que se utilizará la denominación de “pueblos indígenas”:

Según indica la doctrina, los pueblos indígenas son aquellos grupos sociales que mantienen una profunda relación histórica con conglomerados anteriores a la invasión colonial y mantienen usos, costumbres, tradiciones y formas culturales producto de estas características. Asimismo, es importante que el pueblo indígena se autoidentifique como tal, de modo que manifiesten prácticas especiales vinculadas de forma estrecha con su identidad cultural, así lo estipula el Convenio 169 de la Organización Internacional para el Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (López, 2006).

Lo anterior se diferencia de las comunidades tribales que según indica Dulitzky (2010) tienen costumbres, tradiciones y medios de vida diferentes a la población en general; así como ostentan una organización propia que tiene como objeto la preservación su cultura que no requiere estar vinculada con una sociedad de la época pre-colonial.

Conforme establece la Corte IDH la supervivencia de los pueblos indígenas y de sus miembros se encuentra ligada con su identidad cultural, por lo que es necesario que se preserve, proteja y garantice su modo de vida, costumbres, creencias y tradiciones que están relacionadas con su continuidad histórica (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay).

El derecho de propiedad debe ser interpretado en un sentido amplio que incluya el derecho de consulta previa respecto a los elementos que resultan importantes para salvaguardar la integridad cultural de los pueblos indígenas y su continuidad histórica.

Siendo así, podemos apreciar que, de acuerdo al inciso a) del artículo 6° Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 los Estados deben realizar una consulta previa antes de la ejecución del proyecto empresarial, siempre que el mismo, pueda afectar de forma directa o indirecta al pueblo indígena. En este sentido, podemos apreciar que la consulta previa es una obligación del Estado, que no puede ser delegada a la empresa, dado que

esta última no es un órgano imparcial al estar interesada económicamente en la ejecución del proyecto.

De igual manera, la consulta previa requiere realizarse antes de la ejecución del proyecto. Lógicamente, no tiene sentido consultar a un pueblo indígena sobre la realización de un proyecto, si el mismo se está realizando. Razón por la cual, la consulta previa debe realizarse antes de emprender cualquier acción empresarial, pues de lo contrario la misma será ficticia.

De otro lado, se requiere que la consulta previa tenga un suficiente grado de especificidad y calidad, por lo que, de forma lógica, en la misma se exponen tanto estándares técnicos como científicos. En ese sentido, se requiere que el Estado informe de forma especial a los pobladores a través de sesiones; pues de lo contrario, la consulta se tornaría en incomprensible e infructuosa.

### **5.3.3. El derecho de propiedad**

Para los pueblos indígenas el significado de propiedad y posesión sobre las tierras no se condicen de forma estricta a la acepción tradicional de propiedad; sin embargo, ello no es un motivo para desechar este tipo de derechos que, por su propia naturaleza, gozan también de la calidad de fundamentales (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay). Conforme estipuló la Corte IDH desde uno de sus primeros pronunciamientos la concepción que los

pueblos indígenas tienen respecto a sus tierras no se relaciona con el individualismo, sino con la multiculturalidad y el colectivismo que se desarrolla dentro de determinado espacio geográfico (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua).

La Corte IDH ha establecido que los pueblos indígenas tienen características específicas que hacen que las mismas ostenten relaciones espirituales con su entorno, así dentro de este tipo de prácticas (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay) se encuentra la celebración de ritos, ceremonias y demás actividades en torno a sitios sagrados, que son parte esencial de la identidad cultural del pueblo indígena.

Por lo que cualquier afectación al territorio o recursos naturales de estos pueblos afecta su identidad cultural, más aún cuando son elementos sagrados de la cosmovisión indígena, premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas

Adicionalmente las limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos de la comunidad indígena deben obedecer a parámetros convencionales, de forma que este tipo de limitaciones debe obedecer a los elementos del denominado test de proporcionalidad. En ese sentido, las restricciones que pueden aplicarse a la propiedad indígena – como expropiaciones – deben perseguir una finalidad legítima, ser necesarias e idóneas, estar establecidas por ley y responder a un

objetivo legítimo (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay).

#### **5.3.4. Derechos económicos sociales y culturales, contenido y justiciabilidad**

La Corte IDH ha atravesado un largo trecho para dotar de justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) a la luz del artículo 26° de la CADH de 1969 a partir del caso Lagos del Campo contra Perú, en el cual abordó el derecho a la estabilidad laboral y la protección contra el despido arbitrario a partir de un escenario de faltamiento de palabra propiciado, presuntamente, por parte del señor Alfredo Lagos del Campo.

Es necesario precisar que en oportunidades anteriores la Corte IDH tuvo oportunidad para conocer los DESCAs a través del artículo 26° de la CADH de 1969, sin embargo, el referido tribunal optó por asociar los referidos derechos con los derechos civiles y políticos.

Así, por ejemplo, la Corte IDH reconoció que el derecho a la salud requiere ser garantizado y respetado de acuerdo a los criterios de: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador); no obstante, la Corte no declaró vulnerado de forma directa el artículo 26° de la

CADH de 1969, sino que lo asoció al derecho a la salud al derecho a la integridad personal.

No obstante, a partir del caso Lagos del Campos esta perspectiva cambió, y se ha reconocido como justiciable al artículo 26° de la CADH de 1969, así, por ejemplo, se ha declarado vulnerado el derecho a la salud por primera en el caso Poblete Vilches contra Chile, en el cual se analizan las implicancias especiales de este derecho en la persona adulta mayor (Corte IDH, Poblete Vilches y otros Vs. Chile).

No obstante, cabe preguntarse: ¿qué DESCAs resultan justiciables a partir del caso Lagos del Campo?, ¿deben ser justiciables todos los DESCAs del Protocolo de San Salvador? Al respecto, es necesario precisar que el propio Protocolo de San Salvador restringe la justiciabilidad de los DESCAs a los artículos 8.1 y 13, que consagran los derechos de sindicación laboral y educación. De modo que el Pacto de San Salvador no es una referencia adecuada para delimitar la justiciabilidad de los DESCAs a partir del artículo 26° de la CADH de 1969.

De esta manera, de una revisión de la sentencia Lagos del Campo, se advierte que los DESCAs justiciables a partir del artículo 26° de la CADH de 1969 son aquellos que se encuentran consagrados en la Carta de la OEA y, subsidiariamente, en la Declaración Americana de Derechos Humanos. Ahora bien, cabe precisar que no es necesario que se reconozca de forma expresa y

taxativa determinado DESCAs en los documentos anteriormente referidos a fin de dotarlo de justiciabilidad; sino que es posible hacer referencias implícitas.

En este sentido, por ejemplo, podría derivarse el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado a pesar de que este derecho no se encuentre consagrado expresamente ni en la Carta de la OEA ni en la Declaración Americana de Derechos Humanos. Ello es posible dado que ambos documentos hacen referencia al derecho al desarrollo equilibrado del que debe gozar todo ser humano; de modo que interpretando tales aspectos a la luz de la Opinión Consultiva N° 23 sería posible considerar al derecho a un medio ambiente sano y equilibrado dentro del alcance del artículo 26° de la CADH de 1969.

Ahora bien, un aspecto interesante de comentar es que la redacción del artículo 26° de la CADH de 1969 es sustancialmente similar a la de los artículos 1° y 2° del Pacto de DESC de la ONU de 1966, el cual además fue adoptado muy poco tiempo antes que el Pacto de San José, de forma que el tribunal interamericano podría utilizar como referencia interpretativa a lo contenido en tal Pacto de la ONU, dado que resulta evidente que es un antecedente normativo que inspiró el artículo 26° de la CADH de 1969.

Ahora bien, cabe mencionar que dentro los DESCAs que resultan de mayor relevancia en el campo de las actividades empresariales y su impacto en los derechos fundamentales encontramos el derecho al agua, el cual, cabe precisar, es especialmente invocado en casos de actividades empresariales que afectan

de forma directa fuentes hídricas utilizadas tanto para el abastecimiento como para ritos y prácticas culturales indígenas.

En efecto, frecuentemente, se aprecia un constante conflicto en nuestro país entre diversos proyectos de inversión (principalmente los relacionados con actividades extractivas) y defensores de derechos humanos que abogan, entre otras causas, por el derecho al agua, el derecho a la alimentación, el derecho a un medio ambiente sano y los derechos de los pueblos indígenas.

Estos conflictos polarizan crudamente nuestra sociedad y tienen repercusiones en la justicia social y en el desarrollo económico del país. Así, por mencionar un ejemplo emblemático en nuestra localidad, el proyecto Tía María ocasionó la polarización de la población arequipeña y manifestó, aparentemente, una relación antagónica entre intereses como el agro y la minería.

En efecto, conforme afirma la Corte IDH (Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay) el agua tiene una importancia vital que trasciende la dimensión corporal de consumo y es necesaria para disfrutar de determinadas prácticas culturales, que aseguran la supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de los pueblos indígenas.

De allí que deba subrayarse la importancia del cumplimiento de estándares técnicos y científicos que tienen como objeto reducir el impacto de proyectos

empresariales en las fuentes de agua comunales, tal y como la obtención de la licencia de aguas y la instalación de plantas desalinizadoras, como la que se requiere en el caso del proyecto Tía María.

## **CAPÍTULO VI: El derecho de participación indígena en el CIADI**

### **6.1. El locus standi y el ius standi en relación al derecho de participación indígena**

Como hemos visto en el capítulo precedente el derecho de participación indígena tiene un alcance amplio, de modo que el mismo no solo abarca la facultad de los pueblos indígenas de participar en las decisiones económicas que los afectan, sino también, de todo tipo de mecanismo cuyo fallo final tenga una repercusión directa en sus intereses.

De esta manera, el derecho de participación indígena no debe ser concebido exclusivamente como la obligación de los agentes del Estado de realizar una consulta previa en razón a proyectos de gran envergadura económica, sino además, como la obligación de garantizar que los pueblos indígenas participen de forma efectiva en los procesos judiciales y arbitrales que puedan afectarles.

En efecto, toda persona, tiene derecho a un recurso efectivo, lo que es aplicable a todos los fueros jurisdiccionales como arbitrales a la luz del artículo 25° del Pacto de San José de 1969. Siendo así, se puede señalar que, a la luz del tratado

anteriormente referido, el derecho a la tutela efectiva garantiza, a su vez, el derecho a que toda persona, a efecto que no quede en indefensión participe en los procesos que pueden afectar sus intereses jurídicos.

El renombrado jurista Monroy Gálvez (2010) señala que: “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en que debe verificarse en todo momento, acceso al debido proceso, a la sentencia de fondo, a la doble instancia y la ejecución de la sentencia” (p.p. 245 y 246).

Siendo así, según lo expuesto precedentemente, es necesario que el Estado asegure el derecho de participación de toda persona en los procesos judiciales o arbitrales que pueden afectar sus intereses de forma directa, lo que tiene una especial importancia en el caso de los derechos de los pueblos indígenas que, según las consideraciones apuntadas en el capítulo precedente, requieren de medidas especiales para garantizar su continuidad histórica en atención a su situación de especial vulnerabilidad.

A su vez, según Miguel Carbonell (2004), el derecho a un recurso efectivo tiene un carácter sustantivo, toda vez que no protege de forma directa los derechos de la persona, sino que en realidad es el medio que debe asegurar el Estado a fin de que nuestros derechos no sean perjudicados sin que se brinde posibilidad de participación en el proceso judicial pertinente, pues de lo contrario, se

vulneran los derechos inherentes al debido proceso y, en especial, el derecho de defensa.

De esta manera, para la Corte IDH se requiere que los pueblos indígenas tengan acceso a un recurso efectivo e idóneo a fin de tutelar los derechos que les corresponden (Caso Durand y Ugarte Vs. Perú). Siendo así, los Estados deben garantizar que los pueblos indígenas sean escuchados ante un juez competente, en un plazo razonable y bajo las garantías del debido proceso.

Por tal razón, resulta inconvencional e inconstitucional que se dicte un fallo – judicial o arbitral – que afecte los derechos de los pueblos indígenas sin que previamente se brinde participación a la comunidad – en el proceso o procedimiento de su interés, a fin de poder expresar sus argumentos, alegatos, pueda actuar y presentar medios probatorios, así como formular recursos impugnatorios bajo las debidas garantías.

Siendo así, en este extremo corresponde considerar que cuando determinada decisión arbitral o judicial puede, potencialmente, afectar a un pueblo indígena, el tribunal respectivo debe brindar participación directa a este, a fin de ejercer debidamente su derecho de defensa, pues ello es propio del *ius standi*.

Al respecto, el *ius standi* es el derecho a participar activamente en el proceso en calidad de sujeto. En el marco del derecho internacional, se establece que tienen *ius standi* aquellas partes procesales que presentan argumentos, pruebas y alegatos a fin de tutelar sus derechos e intereses de forma directa en el proceso jurisdiccional internacional (Rosas Castañeda, 2007).

Siendo así, de lo anterior se colige que cuando determinado proceso puede tener influencia en los derechos de determinado pueblo indígena, los tribunales – judiciales o arbitrales – deben brindar participación a la mencionada comunidad a fin que ejerza su derecho de defensa de forma extensiva, según lo establece precisamente el *ius standi*.

En el caso del procedimiento arbitral observamos que se presentan algunas particularidades en relación a este tópico. En efecto, el proceso de arbitraje está concebido como un medio privado de obtención de justicia, de modo que sus características y estructuración, depende de dos o más particulares que de forma libre y voluntaria acuerdan someterse a la competencia de un tribunal arbitral a través del compromiso arbitral.

En ese sentido, según establece Fernández Rosas (2006), el compromiso arbitral o convenio arbitral debe ser aceptado y suscrito libremente por las partes, dado que es la formalidad que dará competencia al tribunal arbitral y sustentará sus atribuciones; de modo que el *ius standi* en los procesos arbitrales o, lo que

es lo mismo, el derecho de participar directamente en los procesos arbitrajes, lo tienen aquellas personas que suscribieron el compromiso arbitral.

De forma similar Kundmuller, F. y Rubio, R. (2006) comentan que el derecho a presentar pruebas, argumentos y, en general, a ejercer defensa en un proceso arbitral lo tienen las partes procesales que, de forma previa han convenido resolver sus controversias a través del arbitraje de forma libre e informada; por lo que de acuerdo a las reglas del propio arbitraje, no puede brindarse participación a una persona que no haya suscrito el convenio arbitral, pues de lo contrario se desnaturaliza el propio arbitraje.

Al ser un método de administración de justicia privada el arbitraje no está configurado legalmente para brindar participación a un tercero que no haya suscrito el convenio arbitral con las partes; razón por la cual, puede deducirse de forma lógica que el fallo arbitral tampoco podría afectar de forma alguna los derechos de las personas que no han participado dentro de él.

Siendo así, en la eventualidad que se someta a arbitraje una controversia entre el Estado y un grupo empresarial el mismo no podrá incluir a pueblos indígenas si es que los mismos no han suscrito el convenio arbitral, no obstante, tal arbitraje no podría tener como resultado alguna medida que afecte a pueblos indígenas, toda vez que la misma no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa en ningún momento.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que gran parte de tribunales, especialmente los de carácter internacional, si bien no reconocen *ius standi* a terceros en el proceso de su competencia, sí les brindan, bajo diversos criterios, *locus standi in iuribus*.

Esto, según indica la doctrina es una facultad de personas que no iniciaron directamente el proceso y, a pesar de ello, por su calidad y naturaleza, tienen una participación en el proceso al ostentar interés en el mismo, así, por ejemplo, se encuentra la participación de instituciones especializadas o comunidades que ostentan algún interés en el procedimiento, especialmente cuando se ventilan asuntos de interés general (Rosas Castañeda, 2007).

En este sentido, en el marco del Derecho Internacional se reconoce *locus standi* por ejemplo, a aquellas personas que participan y tienen voz en un proceso internacional (frecuentemente en calidad de amigos de la corte o *amicus curiae*) y, no obstante, no ostentan derechos ventilados en el mismo que puedan ser afectados mediante la sentencia o el laudo arbitral (Rosas Castañeda, 2007).

En el caso de los pueblos indígenas, debe tenerse también en consideración que los mismos podrían tener *locus standi* en aquellos asuntos que resulten de su interés general, lo que podría justificar que los mismos presenten opiniones o

alegatos en los procedimientos judiciales o arbitrales respectivos, siempre y cuando los mismos no les afecte de forma directa, pues en este supuesto, los mismos deberían ser acreedores de *ius standi*.

Siendo así, hasta aquí es posible concluir, el derecho de participación indígena en los procesos arbitrales de su interés puede manifestarse mediante el *ius standi* en aquellas controversias que les afectan de forma directa o indirecta y cuya solución requiere, necesariamente, brindarles oportunidad de defenderse y; mediante el *locus standi*, en aquellos asuntos que resultan de su interés general y pueden requerir de su opinión, al tener una cosmovisión y naturaleza especial.

## **6.2. Casos en el CIADI en los que se ha decidido sobre la participación a terceros en procedimientos arbitrales, 2005-2020**

### **6.2.1. Aguas de Tunari S.A. contra la República de Bolivia**

En el referido caso una serie de inversores holandeses, españoles y estadounidenses alegaron que, con ocasión de una serie de negligencias por parte del Estado boliviano, así como omisiones de su parte ocasionaron la rescisión de su contrato de concesión; el cual autorizaba a los inversores a brindar el servicio público de alcantarillado y agua potable en la provincia de Cochabamba.

En el referido caso, un conjunto de asociaciones sin fines de lucro, solicitaron al CIADI intervenir en calidad de *amicus curiae* en el procedimiento arbitral. Al respecto, los solicitantes indicaron que el servicio brindado por la empresa Aguas del Tunari tenía la calidad de público, por lo que el mismo revestía de interés general (CIADI, Caso Aguas de Tunari S.A. Vs. República de Bolivia).

En ese tenor, es menester indicar que tal procedimiento se ventiló en el año 2002, cuando todavía no existía una mención a la posibilidad de participar en calidad de *amicus curiae* en el Reglamento del CIADI, sino que únicamente existían algunos pronunciamientos favorables en este extremo por parte de otros tribunales arbitrales internacionales (Pascual Vives, 2011).

Asimismo, los solicitantes hicieron referencia a que siendo que el agua potable se encuentra relacionada con la salud humana, era necesario brindar mayor transparencia al arbitraje y, de este modo, posibilitar la participación de terceros; por lo que los solicitaron realizaron un énfasis considerable en relación al interés general que representaba la controversia suscitada (CIADI, Caso Aguas de Tunari S.A. Vs. República de Bolivia).

Ante la ausencia de un parámetro normativo que regule la participación de terceros para ese entonces en el CIADI, los solicitantes apelaron al artículo 15° del Convenio CIADI de 1966 el cual establece que cualquier pedido o cuestión que no se encuentre comprendida entre las Reglas de Arbitraje, tendrá que ser

resuelta de acuerdo al principio de razonabilidad y en aplicación estricta de las competencias otorgadas al tribunal arbitral.

En el mencionado caso, el tribunal arbitral del CIADI realizó una interpretación considerablemente estricta de la naturaleza consensual del arbitraje, a fin de concluir que, en la medida que el arbitraje nace de la voluntad de las partes, no es posible que el tribunal arbitral brinde participación a un tercero que no fue parte, en su oportunidad, del compromiso arbitral.

En específico, el tribunal arbitral señaló lo siguiente:

La naturaleza consensual del arbitraje es la que presenta las cuestiones que deben resolverse en el arbitraje. Es una cuestión planteada por las partes, no por el Tribunal. En particular, es manifiestamente claro para el Tribunal que, sin el acuerdo de las Partes, no tiene el poder de incorporar a un tercero en el proceso; para proporcionar acceso a audiencias y, a fortiori, con el público en general; o para hacer públicos los documentos del proceso (CIADI, Caso Aguas de Tunari S.A. Vs. República de Bolivia, párr. 17).

Como se advierte de lo anterior, el CIADI brindó una total preminencia al carácter consensual del arbitraje, de modo que, en tal oportunidad, concluyó que, sin el

consentimiento de las partes, el tribunal no era competente para incluir a terceros dentro del procedimiento (Pascual Vives, 2011).

### **6.2.2. Biwater Gauff Limited contra la República Unidad de Tanzania**

Este caso fue sometido bajo las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966 y trata sobre una controversia suscitada en el marco del convenio suscrito entre Reino Unido y Tanzania como resultado de las medidas de estatización de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado adoptadas por parte del gobierno de Tanzania (Pascual Vives, 2011).

Un conjunto de organizaciones sin fines de lucro solicitaron intervenir en el proceso arbitral, pues alegaron que se trataba de un tema de interés general que se encuentra relacionado con el derecho a la salud, así como la protección del medio ambiente. Al igual que en el caso mencionado precedentemente, alegaron que los tribunales arbitrales deberían dotar de mayor transparencia a sus procedimientos (CIADI, Caso Biwater Gauff Limited Vs. República Unidad de Tanzania).

Como se mencionó precedentemente, el caso fue ventilado cuando las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje del

CIADI) de 1966 ya habían sido modificadas a fin de establecer los criterios bajo los cuales puede permitirse la participación de terceros en el proceso arbitral.

En ese sentido, en el caso en mención el tribunal arbitral estudió la solicitud de las organizaciones interesadas a la luz del numeral 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966, las cuales establecen que este tipo de participación es posible cuando el tercero interesado puede aportar una cuestión de hecho o derecho para el arbitraje que esté relacionada con éste, adicionalmente, se requiere que el tercero interesado acredite interés en el procedimiento.

Con ocasión de los criterios anteriormente establecidos el tribunal arbitral permitió la participación de las organizaciones interesadas a través de la presentación de escritos, pues consideró que dada su especialización en temas de derechos humanos y medio ambiente podían contribuir de forma significativa a la solución de la controversia suscitada.

No obstante, el tribunal arbitral recalcó que la figura del *amicus curiae* permite participar a terceros en calidad de “no contendientes”, de manera que los mismos, si bien pueden expresar sus opiniones de forma escrita, los mismos no pueden participar directamente de la contienda. Lo que el más, en el caso en mención el tribunal arbitral denegó la solicitud de las organizaciones interesadas para poder revisar la documentación del procedimiento, así como para asistir en calidad de oyentes a las audiencias respectivas (CIADI, Caso Biwater Gauff Limited Vs. República Unidad de Tanzania).

### **6.2.3. Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador**

Pac Rim Cayman LLC es una empresa dedicada a la extracción minera que en 2009 demandó a la República de El Salvador toda vez que consideró expropiatorio el hecho que se le haya denegado una licencia para explotación del área denominada El Dorado; una zona geográfica bastante pobre, pero de gran potencial minero por sus altas reservas de oro (CIADI, Caso Pac Rim Cayman LLC Vs. República de El Salvador).

Entre 2002 y 2008 la empresa Pac Rim Cayman LLC adquirió diversas licencias de exploración minera en El Salvador, sin embargo, cuando la referida empresa solicitó una licencia de explotación, la misma fue rechazada dado que no se cumplieron con los requisitos ambientales correspondientes (CIADI, Caso Pac Rim Cayman LLC Vs. República de El Salvador).

Lo particular de este caso es que las autoridades del Estado gestionaron una reforma a la legislación minera de aquel entonces que, de forma irónica, reducía los requisitos y gestiones que debían ser presentados por parte de la empresa minera a fin de obtener licencias de explotación; a pesar de ello, Pac Rim Cayman LLC no logró acreditar el cumplimiento de todos los estándares ambientales correspondientes (CIADI, Caso Pac Rim Cayman LLC Vs. República de El Salvador).

En este caso el CIADI no solo rechazó la demanda de Pac Rim Cayman LLC, sino también que ordenó el pago de US\$ 8 millones en favor del Estado (CIADI, Caso Pac Rim Cayman LLC Vs. República de El Salvador).

Respecto a la participación de terceros se advierte el tribunal arbitral invitó a presentar opiniones en calidad de *amicus curie*, dado que ello tiene mérito en el artículo 10.20.3 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos (CIADI, Caso Pac Rim Cayman LLC Vs. República de El Salvador).

#### **6.2.4. Merrill & Ring Forestry L.P contra Canadá**

Este caso trató sobre la controversia existente entre la parte demandante, que fue la empresa Merrill & Ring Forestry L P de capital estadounidense y Canadá como Estado demandado. En esta controversia la parte demandante alegó que Canadá una serie de restricciones a la exportación de madera que perjudicaba a empresas extranjeras de forma desigual a empresas nacionales (CIADI, Caso Merrill & Ring Forestry L.P Vs. Canadá).

En efecto, bajo el Régimen del Forest Act, se imponían una serie de regulaciones a la Exportación e Importación de troncos de madera que debían cumplir empresas como la demandante. Estas regulaciones, incluían, por ejemplo, una prueba de registro de excedentes antes de la autorización del registro, así como

el registro local procesadores para hacer ofertas para la compra de los registros (CIADI, Caso Merrill & Ring Forestry L.P Vs. Canadá).

En este sentido la parte demandante alegó que las regulaciones del gobierno federal eran desventajosas en comparación con las regulaciones provinciales. De esta manera, las regulaciones federales, por ejemplo, requerían que árboles se cosechen antes de que una empresa pueda solicitar un permiso de exportación, mientras la regulación provincial permitía la aplicación de un permiso de exportación antes de la cosecha. Lo que resultaba significativo toda vez que los productos se volvieron susceptibles a perecer después de la cosecha (CIADI, Caso Merrill & Ring Forestry L.P Vs. Canadá).

En cuanto a la participación de terceros se advierte que el tribunal arbitral permitió la participación del señor Steven Shrybman en calidad de *amicus curiae*. Al respecto, el tribunal arbitral reiteró sus decisiones en anteriores fallos e indicó que en efecto, a pesar que la controversia se suscitó en el marco del tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Canadá y México nada le impedía conocer solicitudes de *amicus curiae* (CIADI, Caso Merrill & Ring Forestry L.P Vs. Canadá).

Un aspecto importante de esta decisión es que el tribunal arbitral recalcó que no tenía competencias para incluir al solicitante en calidad de parte, dado que esto depende completamente de la voluntad de las partes. De forma que las partes del litigio, estas son, aquellas que gozan de *ius standi*, son aquellas que, en

estricto, tienen calidad de inversor y Estado demandado (CIADI, Caso Merrill & Ring Forestry L.P Vs. Canadá).

Ello resulta sumamente importante, pues como vemos, la participación en calidad de *amicus curiae* de una tercera persona no garantiza de forma alguna sus derechos. Dado que conforme indicó el tribunal arbitral en el caso mencionado, sus opiniones pueden ser o no consideradas. De modo que la participación ante el CIADI en ejercicio del *locus standi in iudicio* parece ser casi simbólica, y no garantiza de forma alguna el ejercicio del derecho de defensa.

#### **6.2.5. Commerce Group and Sebastian Gold Mines Inc. contra la República del Salvador.**

Esta controversia se suscitó en el marco del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos entre la empresa Commerce Group Corp and Sebastian Gold Mines, Inc., y, en contraparte la República del Salvador (CIADI, Caso Commerce Group and Sebastian Gold Mines Inc. Vs. República del Salvador).

La demandante es una empresa minera dedicada a la extracción de metales preciosos que operó en El Salvador desde 1968 a través de varias concesiones con los gobiernos de turno. El 18 de agosto de 2002, los representantes empresariales se reunieron con las autoridades estatales de El Salvador para

cancelar su licencia de concesión de explotación para la Mina de San Sebastián a cambio de otra licencia de explotación de larga duración (CIADI, Caso Commerce Group and Sebastian Gold Mines Inc. Vs. República del Salvador).

Tiempo después, El Salvador revocó las licencias ambientales de la Mina de San Sebastián y de la Planta San Cristobal, por lo que los representantes empresariales iniciaron una serie de acciones legales a nivel interno con el objeto de obtener los permisos correspondientes a fin de desempeñar sus actividades empresariales. Sin embargo, tales recursos fueron desestimados por los tribunales internos (CIADI, Caso Commerce Group and Sebastian Gold Mines Inc. Vs. República del Salvador).

En cuanto a la participación de terceros se advierte que tan los Estados de Nicaragua como Costa Rica presentaron opiniones en calidad de *amicus curie*. Los mismos fueron recibidos sin mayor análisis por parte del tribunal arbitral, dado que tales Estados forman parte del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos (CIADI, Caso Commerce Group and Sebastian Gold Mines Inc. Vs. República del Salvador).

Los comentarios fueron valorados parcialmente en la decisión final del tribunal arbitral, de modo que se aprecia que, en este caso, el tribunal arbitral aceptó con gran apertura la participación de terceros en el procedimiento materia de su conocimiento.

### **6.2.6. Piero Foresti, Laura de Carli y otros con la República de Sudáfrica**

Este caso está relacionado con la controversia presentada entre los inversores Piero Foresti, Laura de Carli y otros contra la República de Sudáfrica, la cual estaba relacionada con la legislación adoptada por el gobierno a partir de 2004 para fomentar la participación de la población históricamente discriminada en sectores mercantiles específicos, como la explotación de canteras de granito (CIADI, Caso Piero Foresti, Laura de Carli y otros Vs. República de Sudáfrica).

Este tipo de acciones legales son consideradas como “acciones afirmativas” que tienen por objeto revertir situaciones de discriminación histórica y estructural en perjuicio de determinados grupos vulnerables, de modo que el caso en mención ostentaba una particular importancia en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por su parte, los inversores alegaron que las medidas adoptadas por el gobierno los ponía en una desventaja competitiva que resultaba, en última instancia, como expropiatoria. Razón por la cual, demandaron al tribunal arbitral del CIADI una compensación suficiente debido a las medidas adoptadas por el gobierno (Pascual Vives, 2011).

Como se mencionó precedentemente, el caso tenía una importante repercusión en las políticas de lucha contra la discriminación en Sudáfrica, dado que las

acciones afirmativas adoptadas tuvieron por objeto la lucha contra el racismo y la discriminación estructural. Razón por la cual, las siguientes organizaciones defensoras de derechos humanos y del medio ambiente presentaron peticiones para poder intervenir en el arbitraje, las cuales son: Centre for Applied Legal Studies; Center for International Environmental Law; International Centre for the Legal Protection of Human Rights; y el Legal Resources Centre (CIADI, Caso Piero Foresti, Laura de Carli y otros Vs. República de Sudáfrica).

El tribunal arbitral adoptó una de las decisiones más flexibles e inclusivas en el marco de la intervención de terceros en calidad de *amicus curie*, pues no solo permitió la participación de las organizaciones en calidad de terceros no contendientes, sino que además les concedió acceso a los documentos confidenciales a pesar de la fuerte oposición mostrada por los inversores (Pascual Vives, 2011).

En su decisión, el tribunal arbitral indicó que se trataba de un asunto de interés público, dado que la legislación aprobada por Sudáfrica a partir de 2004 pertenecía a la política del Estado de lucha contra la discriminación, de modo que el caso no solo tenía un impacto particular en contra de los inversores, sino un alcance general que requería de mayor transparencia (CIADI, Caso Piero Foresti, Laura de Carli y otros Vs. República de Sudáfrica).

### **6.2.7. The Renco Group, Inc. contra la República del Perú**

Este caso fue iniciado por la demanda de The Renco Group, Inc., quien es un accionista de la empresa Doe Run contra el Estado peruano. Como es sabido, este caso se presenta en un contexto en el que se detectó una serie de irregularidades de parte de esta empresa en el marco de sus labores de explotación en la localidad de la Oroya (CIADI, Caso The Renco Group, Inc Vs. Perú).

Como es sabido este caso de contaminación fue tan grave que llegó a la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2016), quien ordenó medidas cautelares a favor de los peticionarios, dado que los mismos presentaban altos niveles de metal en la sangre debido a la contaminación producida por Doe Run en el marco de sus labores extractivas.

Los inversionistas acudieron ante el CIADI pues consideraron que el hecho que el Estado peruano vuelva más rigurosos sus requisitos ambientales resultaba en un trato discriminatorio que afectaba seriamente a la empresa. La demanda fue rechazada por el CIADI pues el TLC firmado entre Estados Unidos y Perú indicaba que para acudir ante este tipo de instancias debían agotarse vías de arbitraje distintas, lo que no fue acreditado por parte de Renco. Según las declaraciones de la propia empresa se habría dejado el camino abierto para que los mismos vuelvan a demandar al Estado peruano ante el CIADI (CIADI, Caso The Renco Group, Inc Vs. Perú).

Cabe precisar que en este caso se permitió la participación de terceros y en concreto la participación de Estados Unidos dado que el referido Estado es parte del TLC firmado con Perú, razón por la cual, el tribunal arbitral no tuvo mayor inconveniente en incluir a Estados Unidos en calidad de parte no conteniente a fin que pueda presentar alegaciones, sin acceso a documentos privados o confidenciales (CIADI, Caso The Renco Group, Inc Vs. Perú).

#### **6.2.8. Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú**

Este asunto suscitado entre Bear Creek Mining Corporation y el Estado peruano tuvo como antecedente la derogación del Decreto Supremo N° 083-2007-EM por parte del gobierno de Alán García mediante Decreto Supremo N° 032-2011-EM. Como es sabido el Decreto Supremo N° 083-2007-EM declaró de necesidad pública que Bear Creek pudiera realizar actividades mineras en siete concesiones en la provincia de Chucuito, Puno (CIADI, Caso Bear Creek Mining Corporation Vs. Perú).

Bear Creek indicó que las medidas adoptadas por el Estado peruano fueron expropiatorias de forma indirecta, adicionalmente, la empresa indicó que existieron una serie de protestas sociales injustificadas que suscitaron que el Estado peruano retire las concesiones de la empresa extractiva (CIADI, Caso Bear Creek Mining Corporation Vs. Perú).

Al igual que en el caso comentado precedentemente se permitió la participación de terceros y en concreto la participación de Estados Unidos dado que el referido Estado es parte del TLC firmado con Perú, razón por la cual, el tribunal arbitral no tuvo mayor inconveniente en incluir a Estados Unidos en calidad de parte no conteniente a fin que pueda presentar alegaciones, sin acceso a documentos privados o confidenciales (CIADI, Caso Bear Creek Mining Corporation Vs. Perú).

#### **6.2.9. Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) contra la República Oriental del Uruguay**

El conocido caso Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) contra la República Oriental del Uruguay trata sobre las empresas tabaqueras de capitales suizos que demandaron a Uruguay ante el CIADI una suma millonaria indemnizatoria por supuestos tratos anticompetitivos (CIADI, Caso Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) Vs. República Oriental del Uruguay).

En efecto, el caso resulta peculiarmente interesante pues Uruguay aprobó una serie de regulaciones – aplaudidas por la OMS – que restringían en buena parte el consumo de cigarrillos en el país. No obstante, las empresas tabaqueras indicaron que estas medidas resultaban anticompetitivas, a pesar que el Estado Uruguayo alegaba cuestiones de interés público en su favor (CIADI, Caso Philip

Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) Vs. República Oriental del Uruguay).

En este caso, la propia OMS solicitó que se le brinde participación en el asunto incoado, pues a su consideración el caso era de interés público dado que comprometía de forma seria la salud general.

El tribunal arbitral del CIADI aceptó la participación de la OMS en calidad de *amicus curiae*, pues dio un singular énfasis al interés público que revestía el arbitraje en mención. En este sentido, el tribunal arbitral reconoció que la OMS podría aportar diversos elementos de singular importancia que podrían contribuir a dar solución al arbitraje, por lo que permitió su participación en calidad de *amicus curiae* (CIADI, Caso Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) Vs. República Oriental del Uruguay).

#### **6.2.10. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal contra Argentina**

A partir de la apertura de Argentina a las inversiones extranjeras y la propagación de la firma de TBIs, la gestión del agua en la zona metropolitana de Buenos Aires pasó a manos privadas a cargo de las empresas transnacionales de origen francés, como Suez y Vivendi Internacional y de origen español, como Aguas de Barcelona, las cuales conformaron un consorcio denominado Aguas Argentinas

S.A. que en ese entonces fue la concesión más grande del mundo (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

Las mencionadas empresas realizaron una inversión inicial de US\$120 millones, sin embargo, la misma resultó un fracaso debido a las diversas multas impuestas, a la contaminación del agua en determinados sectores y a la mala gestión privada que se tradujo en poca implementación de nuevos suministros (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

Posteriormente, entre los años 2000 y 2003 se produjo una grave crisis económica en Argentina que generó una singular devaluación de precios e inflación. Según el acuerdo de concesión entre Aguas Argentinas S.A. y el Estado la tarifa de agua potable se fijaba en dólares americanos, pero se expresaba en pesos argentinos (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

Ante esta situación, el Estado creó una Comisión de Renegociación de tarifas en el Ministerio de Economía, la cual, ante una permanente controversia en cuanto a la fijación tarifaria producida por la dolarización de la misma y la crisis económica argentina, el contrato de concesión de distribución de agua potable fue rescindido en 2006 (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

Con base en estos hechos, las empresas de agua potable deciden demandar ante un tribunal arbitral del CIADI a Argentina por un monto de US\$ 1019 millones, alegando entre otras cuestiones, que la rescisión del contrato fue una expropiación indirecta que les ocasionó enormes pérdidas económicas y que la conducta de Argentina había afectado el trato justo y equitativo protegido por los TBIs firmados entre Argentina, Francia y España (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

El tribunal arbitral del CIADI reconoció la importancia social de la demanda y, por primera vez en su historia consideró que el asunto ostentaba una gran repercusión con el tópico de derechos humanos, de forma que permitió la participación de diversas organizaciones pro derechos humanos en calidad de *amicus curiae* (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

En efecto, el Estado argentino alegó que tenía potestades para regular los TBIs e incluso para realizar cambios tarifarios del servicio de agua potable ante casos excepcionales que respondan a un interés público, como el caso de la renegociación de tarifas de este servicio con ocasión de la grave crisis económica argentina que se produjo entre los años 2000 y 2003 (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

En la decisión sobre responsabilidad del 30 de julio de 2010 el tribunal del CIADI desestimó los argumentos planteados por el Estado argentino, arguyendo que el estado de necesidad no es una figura que pueda eximir de responsabilidad por el incumplimiento de TBIs (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

En este extremo el tribunal arbitral invocó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 para hacer referencia que los Estados no pueden referir su derecho interno con el objeto de incumplir los acuerdos internacionales a los que se obligan mediante ratificación (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

Asimismo, el tribunal arbitral rechazó la tesis de las empresas reclamantes en relación a la expropiación indirecta, pues consideró que la rescisión del contrato derivó de un desacuerdo tarifario producido a partir de la crisis económica argentina entre 2000 y 2003 la cual, afectó por igual a todas las empresas con capital en Argentina (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

No obstante, el tribunal arbitral determinó que Argentina incumplió con la obligación de brindar un trato justo y equitativo en favor de las empresas inversoras. Para dar amparo a tal conclusión el tribunal arbitral del CIADI hizo referencia a que dado los términos de la concesión, las empresas de capital extranjero ostentaban expectativas razonables de rentabilidad que justificaron

precisamente su inversión (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

Con base en este argumento, se concluye que en el caso en concreto Argentina no debía utilizar sus potestades regulatorias para reducir la tarifa de agua potable y finalmente rescindir el contrato de concesión, lo que finalmente produjo un cuantioso perjuicio económico en contra del consorcio Aguas Argentinas S.A. (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina)

Esta decisión es duramente criticada incluso por uno de sus árbitros, el profesor Pedro Nikken, quien se opuso al argumento mencionado en el párrafo anterior argumentando que el término “expectativas del inversor” no se condicen en ningún idioma con el concepto de trato justo y equitativo que se establece en los TBIs (Echaide, 2017).

En efecto, en una decisión posterior por parte del tribunal arbitral del 09 de abril de 2015, bajo el concepto de expectativas razonables de rentabilidad, se fijó un monto indemnizatorio en favor de las empresas de agua potable ascendientes a US\$ 405 millones (CIADI, Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina).

Tal monto fue determinado considerando los flujos bancarios y presupuestarios de la empresa, sin tener en cuenta el monto que había invertido (tres veces menor) y sin considerar los aspectos relativos al acceso al agua como derecho fundamental.

Como refiere Echaide (2017) en la decisión del cálculo del monto indemnizatorio a cargo del Estado no se considera que la tarifa por el servicio de agua potable debe estar de acuerdo a los estándares de derechos humanos en relación al acceso a este servicio público, de modo que la misma debe ser accesible para el ciudadano argentino común.

En efecto, como refiere el mismo autor, el valor promedio que se pagaba por concepto de agua potable en Argentina para el año 2004 era de US\$ 0.48, esto es, un monto de US\$ 5.76 al año por m<sup>3</sup> (Echaide, 2017). Sin embargo, bajo la perspectiva del tribunal arbitral del CIADI esta tasa anual proyectada por la tasa de inflación de veintiún años debía ascender a US\$ 7834.74, lo que, en términos prácticos conlleva a que un argentino deba pagar un aproximado de \$US 375 por tan solo una ducha de cinco minutos (Echaide, 2017).

Lo anterior, a todas luces constituye una decisión tomada por parte del tribunal arbitral del CIADI que se aleja diametralmente del derecho fundamental del acceso al agua, y que solo considera, de forma aislada, las expectativas de rentabilidad del inversor que, como advierte el profesor Nikken, no se condice con el concepto de trato justo y equilibrado.

En efecto, como estableció la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC, 2002) el acceso universal al agua es una obligación a cargo de los Estados que importa que los mismos deban tomar las medidas necesarias a fin que el agua potable, como recurso elemental para la garantía de otros derechos, sea accesible a todos los ciudadanos.

Razón por la cual, en adelante consideraremos a este caso como divorciado de los estándares de derechos humanos en materia de acceso al agua, lo que demuestra que puede existir incompatibilidad entre lo dictado por los tribunales arbitrales del CIADI y los organismos internacionales de derechos humanos.

#### **6.2.11. Caso Von Pezold y otros contra Zimbabwe**

Como hechos antecedentes se tiene que el presidente de Zimbabwe, Robert Mugabe, se propuso a corregir la situación adversa en contra de campesinos y pueblos indígenas en el sector agrario (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe).

La controversia se relaciona con la confiscación de tres grandes propiedades Forrester Estate, Border State y Makandi Estate (dedicadas a la producción de tabaco, eucalipto, café, banano, maíz, nueces, entre otros) por parte del Estado

de Zimbabwe en contra de la familia Bernhard Von Pezold quienes compraron 78.275 hectáreas en 1988 y alegaron que las mismas fueron invadidas posteriormente, a partir de 2000, por parte de población afroamericana (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe).

Los demandantes alegaron la vulneración de los TBIs firmados con los Estados de Suiza y Alemania que prohibían brindar un trato injusto o abusivo en contra de inversores extranjeros de estos países y sometieron la controversia a uno de los tribunales arbitrales del CIADI en la cual se reclamó una indemnización de US\$65 millones (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe).

El Estado reconoció la expropiación, pero alegó que esta fue legal y obedeció a un fin público, que correspondía a la reforma agraria promovida por el presidente Robert Mugabe, así como a diferencias históricas en contra de la población afroamericana (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe).

Posteriormente, en junio de 2015 cuatro pueblos indígenas, Ngorima, Chikukwa, Nyaruwa y Chinyai - cuyas tierras tradicionales eran objeto del proceso - se presentaron en calidad de *amicus curiae* ante el CIADI y fueron debidamente representadas por el Centro Europeo para la Constitucionalidad y los Derechos Humanos (ECCHR por sus siglas en inglés), quien alegó la interdependencia entre los derechos humanos y el arbitraje internacional e indicó que debería incluirse a los pueblos indígenas en el marco del proceso, pues sus tierras

podrían ser severamente afectadas (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe).

El ECCHR solicitó concretamente permiso para presentar en calidad de *amicus curiae* escritos de alegatos y observaciones ante el tribunal arbitral, acceso a la información del arbitraje y permiso para participar en las audiencias orales y hacer preguntas específicas al tribunal a través de comunicaciones escritas (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe).

Asimismo, se indicó que la decisión del tribunal arbitral podía afectar seriamente los derechos de propiedad e identidad cultural de los pobladores indígenas de las comunidades de Ngorima, Chikukwa, Nyaruwa y Chinyai; de igual manera, se alegó que los derechos humanos deben ser interpretados en concordancia con las normas de inversión internacional, de modo que ambas ramas jurídicas son interdependientes y deben ser consideradas de forma imperativa a efecto de delimitar los derechos de las poblaciones indígenas protegidas por el Convenio OIT 169 y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe).

El tribunal arbitral consideró para tal efecto las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966 las cuales estipulan en su numeral 37(2) que después de consultar a las partes el tribunal arbitral puede decidir respecto a la participación de una tercera persona (no contendiente) siempre que su participación esté referida a un aporte que coadyuve al esclarecimiento del marco fáctico y legal que contribuya al

tribunal a decidir la causa y que la parte interviniente tenga un interés directo en el procedimiento (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbawe).

Para sorpresa de las instituciones defensoras de derechos humanos interesadas en el proceso, el tribunal arbitral desestima la solicitud de los pueblos indígenas rechazando su intervención en calidad de *amicus curiae*. En concreto, el tribunal arbitral alegó las siguientes razones para sustentar su decisión.

En primer término, el tribunal arbitral consideró que a la luz del numeral 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966, los pueblos indígenas no iban a contribuir a esclarecer el marco fáctico o legal que coadyuve a la toma de una decisión arbitral, toda vez que ninguna de las partes, (el Estado y la empresa demandante) había mencionado a los pueblos indígenas en ninguno de sus escritos procesales (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbawe).

Asimismo, el tribunal arbitral refiere que no se acreditó la relación de interdependencia entre los derechos humanos y el derecho internacional de inversiones, de modo que, al parecer, para el tribunal arbitral, no existen obligaciones de derechos humanos en los TBIs en la medida que así no esté estipulado de forma taxativa en el acuerdo de inversión, dejando en duda la supremacía de los derechos humanos frente a otras fuentes jurídicas (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbawe).

En tercer lugar, el tribunal arbitral indicó que se encuentra fuera de controversia el determinar que las comunidades de Ngorima, Chikukwa, Nyaruwa y Chinyai tengan calidad de indígenas y que, en todo caso, ese aspecto excede su competencia y especialidad (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe), razón por la cual, rechazó finalmente la petición interpuesta por el ECCHR impidiendo a los pueblos indígenas de participar en el proceso arbitral.

Posteriormente, el 28 de julio de 2015 el tribunal rechazó los argumentos del Estado e indicó que la expropiación fue ilegal y discriminatoria. En tal sentido advirtió que no se pagó compensación por la expropiación realizada e incluso la declaró discriminatoria contra la población no afroamericana.

Consecuentemente, ordenó el pago de una indemnización en favor de los demandantes ascendiente a US\$ 64 millones como compensación e incluso el monto de US\$ 1 millón por concepto de daño moral; por si fuera poco, ordenó la restitución de las tierras confiscadas en favor de la familia Bernhard Von Pezold, sin mayor consideración a los pueblos indígenas Ngorima, Chikukwa, Nyaruwa y Chinyai (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe).

La decisión ha sido duramente criticada por diversos organismos especializados en derechos humanos. En concreto, la Relatora especializada en derechos de los pueblos indígenas de la ONU (2015) indicó que en el mencionado fallo se ignoró de forma flagrante los derechos de los pueblos indígenas y los mismos fueron considerados como irrelevantes en el proceso.

Asimismo, la mencionada relatoría consideró que en este tipo de casos los tribunales arbitrales pueden tener un impacto sumamente significativo en el marco de los derechos de los pobladores indígenas, principalmente, en los derechos de propiedad, identidad cultural y consulta previa (Relatora especializada en derechos de los pueblos indígenas de la ONU, 2015).

De igual manera, es menester tener en consideración el fallo de la Corte IDH (2006) en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. el Paraguay en el cual el tribunal interamericano rechazó el argumento del Estado que indicó que no podía ordenar la restitución de tierras encaminadas a garantizar los derechos de los pueblos indígenas, toda vez que Paraguay tenía un acuerdo bilateral con Alemania.

En el citado caso, la Corte IDH dictaminó que las obligaciones de derechos humanos deben interpretarse en conjunto con otros instrumentos jurídicos, incluso tratados de comercio, de modo que la restitución de tierras en favor de pueblos indígenas puede justificarse como una causa de interés público siempre que se paguen las compensaciones correspondientes.

Siendo así, en el caso Von Pezold y otros contra Zimbawe el tribunal arbitral omitió claramente considerar parámetros sobre derechos humanos de los

pueblos indígenas y dictó una medida de restitución de tierras sin tener la menor consideración por escuchar a los representantes comunales.

Esto, sin lugar a duda constituye una clara vulneración de los derechos de participación y propiedad de los pueblos indígenas, siendo que los argumentos que esgrimió el tribunal del CIADI son por demás erróneos y equivocados. Así, por ejemplo, el tribunal del CIADI sostuvo que la luz del numeral 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966, los pueblos indígenas no iban a contribuir a esclarecer el marco fáctico o legal que coadyuve a la toma de una decisión arbitral, toda vez que ninguna de las partes mencionó a los pueblos indígenas en sus escritos procesales.

En este extremo, el tribunal arbitral omitió brindar trascendencia al aporte fáctico y legal que puede traer consigo considerar a los pueblos indígenas en la controversia. Así, por ejemplo, resulta irreal considerar la controversia como una controversia, exclusivamente, entre el Estado y los inversores privados cuando la posesión de las tierras era ejercida en parte por los pueblos indígenas, quienes incluso son considerados de plano como invasores.

De otro lado, la intervención de los pueblos indígenas en este caso era relevante, toda vez que se pudo considerar un gran aporte jurídico en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que contiene diversos instrumentos jurídicos como el Convenio OIT 169 y la Declaración Universal de los derechos de los Pueblos Indígenas. Por el contrario, el tribunal arbitral consideró a los TBIs

como instrumentos jurídicos absolutamente independientes, como si los mismos no existieran en conjunto con otras obligaciones jurídicas a cargo del Estado.

Asimismo, el tribunal arbitral sostuvo que ninguna de las partes – estas son el Estado y los inversores – mencionaron de forma específica a los pueblos indígenas de Ngorima, Chikukwa, Nyaruwa y Chinyai (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe). Sin embargo, este argumento resulta incorrecto, pues el hecho que estas comunidades no fueran mencionadas en un proceso en el que no se les dio la oportunidad de participar no anula sus derechos fundamentales, por el contrario, este hecho solo demuestra la invisibilización y relegación que sufre este tipo de comunidades en cuestiones relativas a inversiones extranjeras.

Aunado a lo anterior, el tribunal arbitral expuso como otro argumento que los pueblos indígenas respectivos no demostraron la interdependencia existente entre los TBIs y las obligaciones internacionales de derechos humanos (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbabwe). En este punto, el tribunal arbitral vuelve a caer en un craso error, pues esta relación no requiere de mayor demostración.

En efecto, el hecho que no existan obligaciones derechos humanos taxativamente establecidas en los TBIs no significa que las mismas no se encuentren a cargo del Estado. De esta manera, asumir que el derecho de inversiones se encuentra completamente divorciado de los derechos humanos y que, en todo caso, esta relación requiere de una probanza específica, es completamente errado; pues de lo contrario existirían tópicos – como el derecho

de las inversiones – que se encontrarían exentos del imperio de los derechos humanos, a pesar que este tipo de obligaciones tiene la calidad de *erga homnes* según lo estableció la propia Corte Internacional de Justicia en el histórico caso Barcelona Traction.

De otro lado, el tribunal arbitral arguyó que no es competente para determinar la calidad de indígena de la comunidad (CIADI, Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbawe), sin embargo, respecto a este extremo, a pesar de que el propio tribunal reconozca su falta de especialidad para determinar estas cuestiones, bien se pudo nombrar peritos que coadyuven al tribunal a esclarecer este punto.

Por el contrario, el tribunal arbitral, a pesar de reconocer su impericia en materia de derechos humanos, dictó la restitución de tierras en favor de inversores extranjeros a pesar de que existió un reclamo consistente por parte de pueblos indígenas.

Como puede verse, la decisión de excluir incluso de calidad de *amicus curiae* a las comunidades de Ngorima, Chikukwa, Nyaruwa y Chinyai es completamente antijurídica y violatoria de los derechos fundamentales de las mismas. Razón por la cual, al advertir esta incompatibilidad, se considerará en adelante al caso Von Pezold y otros contra Zimbawe como un caso que demuestra una clara incompatibilidad entre lo dictado por uno de los tribunales arbitrables del CIADI y los estándares internacionales de derechos humanos.

### 6.3. La participación de terceros ante el CIADI

De lo anterior, podemos cuantificar los fallos emitidos por el CIADI en cuanto a participación de terceros desde el año 2005 hasta la actualidad de la siguiente manera:

**Tabla N° 1 “Participación de terceros ante el CIADI 2005 - 2020”<sup>1</sup>**

N°	Nombre de las partes	Nombre del tercero solicitante	Ratio decidendi	¿Se permitió la intervención del tercero?	De ser así, ¿en qué consistió la intervención del tercero?
1	- Aguas de Tunari S.A. - República de Bolivia	- Organizaciones no gubernamentales defensoras de derechos humanos y/o medio ambiente	- Se arguyó el carácter privado de las partes. - No existía, en ese momento, reglamentación respecto a la participación de terceros en el CIADI.	NO	Ninguna
2	- Biwater Gauff Limited - República de Tanzania	- Organizaciones no gubernamentales defensoras de derechos humanos y/o medio ambiente	- Se verificó el cumplimiento de los requisitos del numeral 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI en el sentido que las organizaciones	SI	Los terceros podrían presentar información en relación al procedimiento. Sin embargo, se les impidió participar en audiencias orales, tampoco se les

<sup>1</sup> La compilación de estos casos se realizó a través de la página oficial del CIADI: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>, desde el 15 de agosto de 2020 hasta el 27 de octubre de 2020. Se utilizó como criterio de búsqueda a aquellos asuntos que tienen órdenes procesales emitidas por el tribunal arbitral en cuanto a “amicus curiae”, “terceros” y “partes no contendientes” que tienen la calidad de “concluidos” al 27 de octubre de 2020.

En ese sentido, los 11 casos compilados fueron resultado de los 87 casos que arrojó la plataforma virtual anteriormente mencionada bajo el filtro de búsqueda indicado.

			<p>podían aportar información respecto a la materia de su especialidad.</p> <p>- Se indicó que el caso revestía interés general</p>		<p>brindó acceso a los documentos del procedimiento.</p>
3	<p>- Merrill &amp; Ring Forestry L.P</p> <p>- Canadá</p>	- Steven Shrybman	<p>- Se indicó que nada impedía al tribunal a conocer solicitudes de intervención de terceros. Se consideró que el solicitante podía aportar información útil para la solución del conflicto.</p>	SI	<p>El tercero podía presentar información en relación al procedimiento. Sin embargo, se le impidió participar en audiencias orales, tampoco se le brindó acceso a los documentos del procedimiento.</p>
4	<p>- Commerce Group and Sebastian Gold Mines Inc.</p> <p>- República del Salvador.</p>	- Estados de Nicaragua y Costa Rica	<p>- Se permitió la intervención en el marco del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos dado que tanto Nicaragua como Costa Rica son partes del mismo.</p>	SI	<p>Los terceros podrían presentar información en relación al procedimiento. Sin embargo, se les impidió participar en audiencias orales, tampoco se les brindó acceso a los documentos del procedimiento.</p> <p>Se indicó específicamente que la participación de los terceros era en calidad de partes "no contendientes".</p>

5	<p>- Piero Foresti, Laura de Carli y otros</p> <p>- República de Sudáfrica</p>	<p>- Organizaciones no gubernamentales defensoras de derechos humanos y/o medio ambiente</p>	<p>- Se indicó que la materia en controversia ostentaba un alto interés general en materia de derechos humanos.</p> <p>- Se reconoció la especialidad de las organizaciones solicitantes.</p>	SI	<p>Los terceros podrían presentar información en relación al procedimiento.</p> <p>Se les brindó acceso a los documentos del procedimiento.</p>
6	<p>- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal</p> <p>- Argentina</p>	<p>- Organizaciones no gubernamentales defensoras de derechos humanos y/o medio ambiente</p>	<p>- Se indicó que la materia en controversia ostentaba un alto interés general en materia de derechos humanos.</p> <p>- Se reconoció la especialidad de las organizaciones solicitantes.</p>	SI	<p>Los terceros podrían presentar información en relación al procedimiento.</p> <p>Sin embargo, se les impidió participar en audiencias orales, tampoco se les brindó acceso a los documentos del procedimiento.</p>
7	<p>- Caso Von Pezold y otros</p> <p>- Zimbawe</p>	<p>- Pueblos indígenas, Ngorima, Chikukwa, Nyaruwa y Chinya</p>	<p>- Se reconoció que el tribunal no era competente para definir quiénes tienen calidad de comunidad indígena.</p> <p>- Se indicó que ninguna de las partes mencionó en sus escritos a los pueblos indígenas.</p>	NO	Ninguna

			- Se aseveró que a la luz de 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, los pueblos indígenas no aportarían un elemento que permita la solución de la controversia suscitada entre las partes.		
8	- Pac Rim Cayman LLC  - República de El Salvador	- Se invitó a participar a las partes del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos	- Se permitió la intervención en el marco del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos dado que tanto Nicaragua como Costa Rica son partes del mismo.	SI	Los terceros podrían presentar información en relación al procedimiento. Sin embargo, se les impidió participar en audiencias orales, tampoco se les brindó acceso a los documentos del procedimiento.
9	The Renco Group, Inc. contra la República del Perú	- Estados Unidos de América	La participación en calidad de tercero no contendiente fue posible toda vez que así lo permite el TLC firmado entre Estados Unidos y Perú.	SI	Los terceros podrían presentar información en relación al procedimiento. Sin embargo, se les impidió participar en audiencias orales, tampoco se les brindó acceso a los documentos del procedimiento.
10	Bear Creek Mining Corporation contra	- Estados Unidos de América	La participación en calidad de tercero no		Los terceros podrían presentar información en

	la República del Perú		contendiente fue posible toda vez que así lo permite el TLC firmado entre Estados Unidos y Perú.	SI	relación al procedimiento. Sin embargo, se les impidió participar en audiencias orales, tampoco se les brindó acceso a los documentos del procedimiento.
11	Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) contra la República Oriental del Uruguay	-Organización Mundial de la Salud	Se permitió la participación de la OMS considerando que el asunto ostentaba un singular impacto en la salud pública. De otro lado, se consideró que la OMS podría aportar información para contribuir a la resolución de la controversia, por lo que se permitió su participación.	SI	Los terceros podrían presentar información en relación al procedimiento. Sin embargo, se les impidió participar en audiencias orales, tampoco se les brindó acceso a los documentos del procedimiento.

**Fuente:** Propia

**Figura N° 1 “Participación de terceros ante el CIADI, 2005 - 2020”<sup>2</sup>**



**Fuente:** Propia

De lo anterior, puede advertirse que los tribunales del CIADI, desde la modificación de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966, han mostrado una mediana apertura a recibir solicitudes de participación de terceros en calidad de *amicus curiae*. Así, se aprecia de la Figura N° 1 anteriormente mencionada que de la muestra de los 11 casos en los cuales se encontró que un tercero solicitó intervenir en el proceso arbitral respectivo, se estimó esta solicitud en 9 casos, esto representa el 82%, y se rechazó en 2, lo que representa el 18%.

---

<sup>2</sup> Se tomó como referencia los datos consignados mediante la Tabla N° 1

No obstante, tal participación es hasta cierto punto simbólica según se advierte de la Tabla N° 1, pues la participación que ha concedido el CIADI ha terceros es bastante limitada, dado que se circunscribe, en general, a que los terceros puedan presentar opiniones o información respecto a la materia en cuestión, salvo en el caso Piero Foresti, Laura de Carli y otros contra la República de Sudáfrica, en el cual permitió una mayor participación por parte de las organizaciones solicitantes a través de la lectura de los documentos del expediente. Así se aprecia:

**Figura N° 2 “¿En qué consiste la participación de terceros ante el CIADI? 2005 - 2020”<sup>3</sup>**



**Fuente:** Propia

<sup>3</sup> Se tomó como referencia los datos consignados mediante la Tabla N° 1

De lo anterior se aprecia que de los 9 casos en los que el CIADI permitió la participación de terceros en el proceso solo en 1, lo que representa el 11%, se permitió que el tercero, además de presentar información pertinente al proceso, tenga acceso a los documentos del expediente. En contraste con lo anterior, en 8 casos, esto es 89%, se limitó la participación del tercero a la presentación de información al tribunal, sin oportunidad de revisar el expediente, participar en audiencias, entre otros.

Por lo que en el resto del presente trabajo nos ocuparemos en responder, ¿es posible garantizar el derecho de participación indígena ante el CIADI ante el escenario anteriormente descrito?, para responder tal interrogante se tendrá en cuenta la información anteriormente recabada, así como las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966.

Al respecto, debe llamar la atención también que, en gran parte de los casos, tal y como se advierte de la Tabla N° 1, se utiliza como criterio determinante para decidir si es que un tercero participará o no en el arbitraje al numeral 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966; el cual, básicamente, consagra criterios referidos al interés del tercero en el procedimiento incoado y en la información y especial que éste puede aportar en relación a la solución de la controversia.

En este sentido, debe enfatizarse en lo resuelto en cuanto a participación de terceros en el caso Caso Von Pezold y otros contra Zimbawe, dado que en el

mismo, conforme se ha detallado precedentemente, se impidió la participación en calidad de terceros de los pueblos indígenas, Ngorima, Chikukwa, Nyaruwa y Chinya.

Al respecto, conforme se detalló precedentemente, se arguyeron argumentos errados e insuficientes, al punto que el propio tribunal arbitral admitió que carecía de especialidad para determinar la especial condición de los pueblos indígenas respectivos. Uno de los aspectos que llama más la atención en el caso en mención es que el tribunal arbitral dispuso la restitución de tierras en favor de los inversores, a pesar de no haberle dado espacio a los pueblos indígenas de manifestar sus alegaciones que, en buena parte, se referían a que los mismos tenían derechos de propiedad respecto de las tierras que el CIADI ordenó su restitución. Respecto a tales aspectos se profundizará en el próximo capítulo.

## **CAPÍTULO VII: ¿Cómo garantizar de mejor manera el derecho de participación indígena ante el CIADI?**

Como señalamos precedentemente toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, lo que es aplicable a todos los fueros jurisdiccionales como arbitrales a la luz del artículo 25° del Pacto de San José de 1969. Siendo así, se puede señalar que a la luz del tratado anteriormente referido, el derecho a la tutela efectiva garantiza, a su vez, el derecho que tiene toda persona de no quedar en indefensión en los procesos que pueden afectar sus intereses jurídicos.

Como apreciamos del capítulo anterior, este derecho no parece estar garantizado de forma alguna sede arbitral. En efecto, de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966 no se desprende una modalidad de participación adicional a la participación de partes “no contendientes” a la que se refiere el numeral 37 (2) del reglamento mencionado.

De esta manera, las partes legitimadas para actuar en un arbitraje, según se desarrolló anteriormente, son aquellas que suscriben el compromiso arbitral que, en el caso del arbitraje internacional son la empresa inversora y los Estados demandados, lo que no brinda de forma alguna participación directa a los pueblos indígenas.

En este sentido, la única vía de la que disponen este tipo de pueblos para participar en arbitrajes de su interés es a través de peticiones a la luz del numeral 37 (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966. Sin embargo, como se desarrolló en el capítulo anterior, esta vía no resulta adecuada o idónea para tutelar cabalmente los derechos de los pueblos indígenas.

En efecto, en este tipo de casos no solo se encuentra el derecho de participación indígena, sino, además, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a la defensa del que gozan para participar – con *ius standi* – en los procesos de su interés. No obstante, en el caso de los arbitrajes ante el CIADI se ha evidenciado en el capítulo anterior que, si bien existe una mediana apertura para recibir solicitudes de “partes no contendientes”, los tribunales arbitrales conceden una participación muy limitada que de ninguna manera garantiza de forma cabal los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Como se mostró en la Figura N° 2, la participación de terceros ante el CIADI es, por lo general, a través únicamente de la presentación de información y opiniones sobre la materia en controversia; lo que priva a los terceros de participar en las audiencias orales, formular alegatos, presentar pruebas o, en última instancia, ejercer su derecho a la defensa.

Bajo este tenor, tal y como se resolvió en el caso Merrill & Ring ante el CIADI, se puede apreciar que la participación de terceros en el CIADI a la luz del numeral

37 (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966 no es, en ningún extremo, compatible con el *ius standi*. De modo que esta participación se realiza en calidad de parte “no contendiente”, lo que de ninguna forma garantiza los derechos de los pueblos indígenas.

Más preocupante resulta que incluso existen casos ante el CIADI, como Von Pezold contra Zinbawe, en los que se ha rechazado la participación de pueblos indígenas en calidad de *amicus curie* a pesar que las mismas alegaron ostentar intereses específicos en la materia de arbitraje. Como se refirió anteriormente, en este tipo de casos la argumentación del tribunal deja mucho que desear, pues el mismo reconoce su incompetencia para determinar la calidad de “pueblo indígena” de los solicitantes y recurre a argumentos claramente erróneos.

Frente a esta situación, este trabajo propondrá que, a efecto de garantizar el derecho de participación y el derecho a un recurso efectivo de los pueblos indígenas ante el CIADI, los Estados deberían incluir en sus TBI's a los pueblos indígenas con el objeto que los mismos puedan, eventualmente, participar en los arbitrajes de su interés como partes procesales debidamente representadas

### **7.1. Importancia de incluir cláusulas de derechos humanos en los TBI's**

Los Estados deben embarcarse en la difícil tarea de buscar el equilibrio entre dos tópicos aparentemente contrapuestos: “derechos humanos” materializados en la CADH e “inversión extranjera” representada formalmente en los TBIS. Para

emprender esta tarea, es preciso traer a colación lo expresado en el inciso c) del numeral 31.3 del artículo 31° de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados de 1969, del cual se desprende la fórmula de la “interpretación sistémica”, esta es, aquella que en el presente caso busca asegurar una interpretación armónica entre las normas de inversión extranjera y las normas de derechos humanos (CIDH, 2015).

Conforme asevera Van Ho Tara (2018), una de las formas para asegurar lo anteriormente señalado es, por ejemplo, la inclusión expresa de cláusulas de respeto y protección a los derechos humanos en acuerdos comerciales, tratados de inversión o acuerdos de integración económica.

Como premisa que es algo aclaradora del panorama, pero a su vez plantea un gran reto, cabe señalar que no existe una referencia clara a nivel del arbitraje internacional que obligue a los árbitros a considerar derechos humanos en la resolución de este tipo de disputas (Peterson Luke, 2009).

Además, cabe recordar que la actividad jurisdiccional de los tribunales arbitrales internacionales se limita a analizar el contenido sustancial de un Tratado de Inversión Bilateral en concreto, lo que supone la búsqueda de vulneraciones de los derechos de los inversores extranjeros, pudiendo quedar los derechos humanos relegados a un segundo plano; empero, como se mencionó en apartados previos el carácter universal de los derechos humanos y su protección tienen un efecto transversal en todos los organismos destinados a solucionar

controversias, por lo cual, dicho campo no podrá ser excluido en la resolución de un conflicto de intereses si se advierte una posible colisión con tales garantías.

Adicionando a lo ya mencionado, se aprecia que los Tribunales Arbitrales si bien ven limitada su función jurisdiccional al contenido de un Tratado en materia de inversión, ello no quiere decir que descarten la posibilidad de interpretar los tratados acorde lo estipulado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 o que no recurran a otras fuentes del derecho internacional como las reconocidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En esa línea de ideas como consagra el inciso 1 del artículo 31° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 respecto a la interpretación de los tratados internacionales los tratados deben interpretarse de buena fe y de acuerdo al sentido común de los términos, teniendo en cuenta el momento histórico en el que fueron utilizados (ONU, 1969, p.12).

Así teniendo como factor conducente la buena fe se advierten según Novak (2013) tres tipos de interpretación que si bien no consagran un orden de prelación, si establecen “un punto de partida” así, en primer lugar se advierte la interpretación literal o gramatical, la interpretación subjetiva y finalmente la teleológica, tales métodos de interpretación son extensivos a un proceso arbitral, no solo respecto a la interpretación del Tratado de Inversión, sino también a aquellos instrumentos internacionales en protección de derechos humanos que sirvan para dirimir el conflicto.

Por otro lado, debe traerse a colación las fuentes del derecho internacional que no podrán ser olvidados en un arbitraje en el CIADI y permitirán plenamente aplicar una interpretación en defensa de los derechos humanos cuando alguna disposición del Tratado de inversión afecte tal ámbito.

En esta línea de ideas, tal postulado no está lejos de la realidad, puesto que, como advierte Peterson Luke (2009) el Tribunal del CIADI consideró pertinente en la resolución de una controversia tomar en cuenta un tratado internacional diferente al Tratado bilateral de inversión. En efecto, en el caso Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contra Egipto el colegiado de árbitros acogió y analizó la argumentación que sostenía que el Estado de Egipto que fungía como parte demandada que encontraba vinculación con tratados culturales de la ONU (Peterson Luke, 2009).

De esa manera, se arribó a la conclusión de que, si bien el TBI databa de fecha anterior a la adopción de dicha Convención, afectando los intereses de los inversionistas, ello no justificaba el pago de una indemnización por beneficios futuros perdidos, dado que, dicha actividad que afectaba una locación cultural no era exigible por contravenir el contenido de una Convención que vinculaba a Egipto a observar su contenido.

Asimismo, como señalan Bohoslavsky Juan & Justo Juan (2011) se encuentra, el caso *Biwater Gauff contra Tanzania* que abordó el caso de una expropiación contra una inversora extranjera en el suministro del agua. Sin embargo, pese a que mediante diversos *amicus curiae* se advirtió la posible conexidad de la controversia con el derecho al agua en el laudo final no se ponderó la posible conexión entre dicho servicio de agua deteriorado por las acciones del Estado recepcionista y los derechos del inversionista.

Por tanto, teniendo en cuenta dichas consideraciones sería totalmente posible que la solución de controversias los árbitros del CIADI respeten el contenido de instrumentos internacionales paralelos en materia de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el tema de derechos humanos no solo podría ser tratado en el marco de un proceso arbitral internacional, sino también desde el planteamiento del instrumento que limita la competencia de los árbitros, es decir, la posibilidad de incluir cláusulas de protección de derechos humanos en los Tratados Bilaterales de Inversión, lo que desde un inicio en la concepción misma de la Inversión en un Estado se facultaría la armonización del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones extranjeras.

En ese sentido, tales apartados destinados a la protección de derechos deberán guardar consonancia por lo desarrollado por el Tribunal Interamericano en

materia de Negocios y Derechos Humanos, es decir, abordando problemáticas con responsabilidad social empresarial y un enfoque de derechos humanos, dejando así sentadas las bases del juego para el Estado receptorista como para el inversor extranjero.

Así, por ejemplo, se podría incluir en una de las cláusulas la obligación de ambas partes de efectivizar un proceso de consulta previa en caso la inversión tenga incidencia en propiedad ancestral indígena.

Tal introducción de un enfoque de derechos humanos en materia de inversión extranjera se vuelve un imperante en la actividad estatal, puesto que, como advierte Solórzano Quintero (2017) la convivencia de los derechos humanos y el mercado pareciera cada vez ser más imposible por el proceso de globalización que se vive.

Además, para garantizar la protección internacional de los derechos humanos en el campo de inversiones extranjeras resulta recomendable incluir una perspectiva de los derechos personales en los tratados de inversión con el objeto de asegurar el respeto y garantía de este tipo de derechos (Solórzano Quintero, 2017).

En ese sentido, lo señalado a lo largo del presente no implica eximir de toda responsabilidad a un Estado receptor en materia de inversiones que pueda violar

derechos de inversionistas y consecuentemente, deba responder por dichos actos, sino que adicional a ello, siempre se tenga presente a los derechos humanos como eje rector en el proceso, sea en beneficio o perjuicio del Estado, se garantice el respeto de estos.

De igual modo es necesario resaltar una propuesta interesante propuesta por Aller Celia, Romero Elena y Guzmán Cristina (2014) que plantean la denuncia del TBI , así como la invocación del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (p. 114).

## **7.2. Posibilidades legales de un Estado de cuestionar un laudo de un tribunal arbitral del CIADI**

Hasta aquí se ha desarrollado que con el objeto de garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas los Estados deben procurar incluir cláusulas de derechos fundamentales en los TBI's a efecto de brindar participación a los pueblos indígenas en los arbitrajes que eventualmente puedan ser de su interés.

No obstante, considerando que tal propuesta sería de aplicación progresiva a continuación se estudiarán algunas vías legales que tendría el Estado a su cargo en caso de que el mismo advierta de que un fallo del CIADI contravenga de forma

flagrante derechos fundamentales y, en específico, perjudique a pueblos indígenas sin siquiera haberles brindado participación en el arbitraje.

Para tal efecto, se desarrollarán algunas consideraciones que refieren que los Estados tienen la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales incluso en las relaciones entre particulares, lo que incluye, sin lugar a duda, el arbitraje internacional. En seguida, se desarrollarán algunas medidas o alternativas legales en caso el Estado advierta que un fallo del CIADI contraviene de forma evidente derechos de los pueblos indígenas.

### **7.3.¿Puede un Estado ser responsable internacionalmente por cumplir fallos del CIADI inconvencionales?**

La presente sección abordará la posibilidad responsabilidad internacional en la que incurriría un Estado en caso se de cumplimiento a un laudo arbitral expedido por el CIADI que conculque derechos humanos en el ámbito interno del Estado que cumpla con lo dispuesto por dicha instancia internacional. En esta línea, se abordará tal tema en dos momentos, en un primer lugar, se definirán nociones básicas sobre el hecho internacionalmente ilícito así como el posible grado de responsabilidad internacional de un Estado frente a vulneraciones de un Estado para finalmente abordar la problemática en concreto.

### **7.3.1. El hecho internacionalmente ilícito**

A efectos de entender la posible responsabilidad internacional de un Estado frente a la problemática delimitada, en un primer término, es indispensable abordar la concepción del hecho internacionalmente ilícito, entendido como aquella conducta que lesiona un parámetro perteneciente al Derecho Internacional y que resulta atribuible a determinado Estado (Díaz Cáceda, 2009).

Así, se aprecia que por el hecho internacionalmente ilícito requiere de una actuación de un sujeto del derecho internacional que sea gravoso a los derechos de otros sujetos. En ese mismo orden de ideas, el autor precitado –Díez de Velazco (1994)– apunta que la ilicitud del acto estaría seccionado en dos partes: una primera, una contradicción a un marco regulatorio internacional y, la segunda, una actuación u omisión atribuible al sujeto de derecho internacional.

Además a efectos de comprender de manera plena tal acto ilícito en el ámbito internacional, es necesario identificar al sujeto activo del hecho, a este respecto, es necesario traer a colación las nociones básicas sobre los sujetos de derecho en el campo internacional. Para el precitado autor, no solo los Estados, sino también las entidades internacionales con el debido reconocimiento legal (Díaz Cáceda, 2009) pueden conculcar un derecho a través del acto ilícito.

Bajo tal tesitura, se advierte en segundo lugar que el sujeto activo de un hecho internacionalmente ilícito puede ser cualquier sujeto de derecho en el ámbito

supranacional. Empero, la figura misma se asocia mayormente al Estado por ser el ente con actuación más importante por antonomasia en el plano internacional.

En consecuencia, el Derecho Internacional al advertir la alteración del *status quo* buscará reestablecer la armonía en el campo supranacional, buscando suprimir tal hecho que ha resquebrajado el orden preestablecido, frente a lo cual surgirán las normas secundarias que legitimarán a los sujetos lesionados para que mediante instancias internacionales puedan subsanar tal hecho que vulnera sus derechos, con la finalidad de restablecer el orden alterado a través de la corrección del acto ilícito, lo que generará obligaciones como las de reparación de las víctimas a raíz de la responsabilidad internacional del Estado.

Concluída así una noción breve sobre el hecho internacional ilícito corresponde abordar la responsabilidad internacional como tal, la misma que se ubica en el elemento subjetivo del hecho ilícito en el campo internacional que comporta la vulneración de derechos por la actuación u omisión del aparato estatal.

Así, en los párrafos que continúan se analizará cómo ello puede darse por actuación e intervención directa del Estado a través de sus funcionarios, como acontece el ilícito a través de la aquiescencia y tolerancia del Estado frente a la actuación de particulares para finalmente, analizar el grado de responsabilidad del Estado en la actuación de particulares sin intervención del Estado en la comisión del acto, pero que si acarrea responsabilidad internacional por la no actuación frente al conocimiento de la existencia de un riesgo real e inmediato.

### 7.3.2. Responsabilidad por actuación directa

Respecto a este primer supuesto de responsabilidad internacional de un Estado, el mismo no está dotado de complejidad como las otras situaciones que requieren un análisis detenido para determinar el grado de responsabilidad de un Estado, puesto que, este primer nivel de responsabilidad supone la violación de derechos humanos por actuación directa de agentes estatales.

Puesto que, en el ejercicio de sus funciones, los agentes representan los intereses del Estado y ostentan una suerte de personificación del mismo, por ejemplo, donde hay policía y seguridad, está presente el Estado, bajo tal razonamiento la actuación de un agente policial que vulnere derechos de un ciudadano arbitrariamente detenido se entiende como el propio Estado en el desarrollo de sus funciones quien perpetra dicha vulneración.

De esta manera, se indica que los agentes estatales son aquellas personas cuyas funciones son reconocidas por el Estado en cuestión al interior o al exterior del Estado, ya sea que se extralimiten en el ejercicio de las mismas (Díaz Cáceda, 2009).

Igualmente, algunos de dichos criterios fueron desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), como por ejemplo, el extremo de los actos *ultra vires*, que suponen la actuación de una entidad estatal,

que actúa de forma oficial, pero en exceso o de sus competencias atribuidas legalmente (CDI, 2001).

En ese sentido, resulta totalmente posible que la aplicación de un laudo arbitral del CIADI por la autoridad judicial y administrativa competente al interior de un Estado pese al contenido notoriamente vulneratorio de derechos suponga un supuesto de responsabilidad internacional directa, con el elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito recaído en manos de funcionarios públicos.

### **7.3.3. Responsabilidad por actuación de terceros y conocimiento del Estado**

En segundo lugar, en lo concerniente a la responsabilidad internacional de un Estado en vulneraciones de derechos humanos, se encuentra aquella conculcación realizada a manos de un tercero, y no del Estado. Sin embargo, en el presente escenario este último tolera dicha acción o es aquiescente.

A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el Caso López Soto y otros vs. Venezuela señaló que la comisión de actos vulneratorios de derechos humanos como la tortura no se circunscribe a la actuación de determinada autoridad, sino que también puede cometerse por actuación de particulares cuando estos tienen el consentimiento de las autoridades públicas (Corte IDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela).

Dicho esto, se infiere en un primer momento que el presente supuesto de responsabilidad internacional comporta una suerte de complicidad entre el Estado a través de sus agentes y aquel tercero que con sus actos vulnera los derechos humanos de determinadas víctimas.

Así, por ejemplo el Tribunal de San José señaló en el caso precitado que la aquiescencia de un Estado le genera responsabilidad, pues hasta cierto punto, la misma significa determinado grado de consentimiento y responsabilidad respecto a las actuaciones vejatorias que cometen terceros (Corte IDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela)

Es decir, que la tolerancia por parte del Estado implica el conocimiento pleno del acto que conculca derechos humanos, correspondiendo al Tribunal analizar en cada caso en concreto para determinar si el Estado brindó apoyo al particular para la realización del acto o realizó una omisión con efecto directo en la actuación del particular.

Especialmente, lo especificado precedentemente adquiere una relevancia particular en el tema objeto de la presente investigación, puesto que, en materia de inversiones extranjeras, empresas y derechos humanos se aprecia un continuo patrón de vulneraciones de derechos humanos de miembros de poblaciones indígenas por la realización de actividades extractivas o de

explotación como lo acontecido en el Caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, que plantea el reto a los laudos arbitrales que cuando versen sobre intervenciones de negocios en territorio indígena, comprendan previamente en el TBI una cláusula de realización de proceso de consulta previa que deberá ser insoslayable.

Ello, primordialmente, por la autonomía que ostentan los pueblos indígenas para la administración de sus tierras acorde su cosmovisión que deberá ser garantizada en todas las etapas de realización de un proyecto de inversión desde su concepción.

En suma, se aprecia que el presente supuesto de responsabilidad no se realiza a manos del Estado o alguno de sus agentes. Sin embargo, tal desmedro de derechos es tolerado por el Estado e incluso resulta ser cómplice de tal acción o aquiescente, que a diferencia del último supuesto a ser abordado hay una forma de intervención del Estado, por ejemplo la presencia de militares en una masacre realizada por un grupo armado, que no es realizado por las fuerzas armadas pero que conocen la existencia del acto vulneratorio y a sus autores.

#### **7.3.4. Responsabilidad por actuación de particulares**

El último supuesto de responsabilidad internacional en la cual podría incurrir un Estado es aquel acto vulneratorio de derechos humanos que es realizado a

manos de un particular sin intervención directa en el hecho del Estado. Así, en la práctica jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aprecia que para determinar el grado de responsabilidad estatal se utiliza la teoría de la situación de riesgo real e inmediato.

Así, la exigencia de la existencia de una situación de riesgo real surge frente a la noción de que el Estado no es omnipresente ni omnisciente, es decir, no conoce cada una de las situaciones por las cuales atraviesan cada uno de los habitantes de su jurisdicción territorial. Por lo cual, existirán vulneraciones contra derechos humanos perpetradas por particulares en perjuicio de otros conciudadanos de las cuales no será responsable en la medida que no conoce del acontecimiento de los mismos.

A este respecto el Tribunal Interamericano señaló en la sentencia del Caso Gómez Virula y otros. Vs Guatemala que si bien respecto al contenido de la Convención Americana que los Estados deben salvaguardar que se respeten y garanticen los derechos estipulados en el referido tratado, no obstante, ello no significa que el Estado sea responsable por cualquier tipo de actuación de un particular (Corte IDH, Caso Gómez Virula y otros. Vs Guatemala).

En esta ilación, en dicha sentencia la Corte estableció que la exigencia del cumplimiento de las obligaciones de garantía no exigían la responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier actuación fruto de las relaciones entre los particulares. No obstante, la adopción de medidas de prevención y

protección quedaban supeditadas al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato.

Agregando a lo señalado previamente, tal situación de riesgo deberá cumplir con ciertas condiciones, por ejemplo, i) deberá ser contra un individuo o grupo de sujetos debidamente determinado, es decir, mediante tal requisito se excluye la posibilidad de la existencia de la actuación contra un grupo determinable, debiendo estar los sujetos pasivos del acto debidamente identificados.

Como segundo elemento se señala que ii) el Estado debió conocer dicha situación para evitar el mismo de manera razonables. Así por ejemplo, en el quehacer jurisprudencial de la Corte IDH se ha apreciado que los Estados pueden ser responsables por no desempeñar acciones cuando tienen conocimiento, o deben tener, respecto a un hecho ilícito cometido por un particular (Corte IDH, Caso Luna López Vs. Honduras).

Ello permite colegir, como señala el Tribunal Interamericano que si bien existen actos que se realizan en el marco de la relación de particulares por acción u omisión de los mismos, las consecuencias jurídicas que afectan derechos humanos de estos, no son atribuibles directamente al Estado, pues para arribar a tal conclusión se debe analizar cada caso en concreto y las obligaciones de garantía efectivamente cumplidas, para atender tal situación (Corte IDH, Caso Gómez Virula y otros Vs. Guatemala).

Por otro lado, la exigencia de adoptar razonablemente medidas de prevención requiere que exista un contexto generalizado de vulneraciones contra un grupo determinado, que exigiría consecuentemente al Estado adoptar medidas necesarias con la puesta de conocimiento de un riesgo, por ejemplo, las desapariciones de mujeres en un contexto de violencia generalizado, el asesinato de defensores de derechos humanos en un contexto sistemático de vulneraciones ,etc.

En suma, habrá responsabilidad internacional de un Estado por la actuación de particulares en la medida que conociendo una situación de riesgo real e inmediato contra un individuo o grupo de individuos, no se hayan adoptado las medidas necesarias y razonables de prevención tras dicho conocimiento.

#### **7.3.5. Posible responsabilidad por el cumplimiento de un laudo arbitral con contenido vulneratorio de derechos humanos**

Como se mencionó en apartados precedentes un conflicto de esta naturaleza aún no ha sido sometido ni por la vía contenciosa ni consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, a efectos de desarrollar la posible problemática que surgiría ante un laudo arbitral emitido por el CIADI cuyo contenido afecte de manera notoria los derechos humanos de un determinado sector es necesario realizar las siguientes precisiones.

En primer lugar, con base a los principios que sustentan a los derechos humanos como el de universalidad, debe tenerse presente que los derechos fundamentales asisten a toda persona por su propia condición, de modo que los mismos deben ser garantizados sin mayor discriminación (ONU, 2016).

Respecto a dicho principio se recuerda que los derechos humanos deben ser observados en toda entidad que solucione un conflicto de intereses que pueda afectarlos. Así, desde los mecanismos autocompositivos a nivel nacional e internacional así como los heterocompositivos en fuero interno y supranacional deberán garantizar el respeto irrestricto de los mismos.

En la cuestión sometida análisis, sería ilógico afirmar que los derechos humanos únicamente se protegen en las instancias nacionales como la vía constitucional o internacionales como los Comités de Derechos Humanos en el Sistema Universal o los Tribunales supranacionales de los sistemas regionales, ya que la protección de los derechos humanos es un baluarte de la propia función jurisdiccional o de todo aquel mecanismo de solución de conflictos.

En ese sentido, con dicho primer razonamiento se puede afirmar que tal protección con efecto horizontal y transversal es plenamente exigible en aquellas

sentencias de Tribunales Internacionales o a los laudos emitidos por entidades como el CIADI.

Por otro lado, como se explicó en párrafos precedente en caso un Estado pese a que el contenido del laudo sea gravoso en materia de derechos humanos, incurrirá en responsabilidad directa, si la ejecución de dicho laudo arbitral se realizará mediante el organismo judicial competente, implicando un acto del Estado mismo, por lo cual, aquí se reitera la importancia de que los Tribunales encargados de dar cumplimiento a dichos laudos realicen un control de convencionalidad del contenido del laudo para comprobar su consonancia con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En conclusión, es totalmente posible que un Estado incurra en responsabilidad internacional tras adoptar un laudo arbitral que contravenga los derechos humanos, significando la configuración del hecho ilícito internacional en su dimensión subjetiva a través de la actuación de funcionarios públicos, siendo un supuesto de responsabilidad internacional directa.

#### **7.4. El control de convencionalidad**

##### **7.4.1. Nociones Básicas del Control de Convencionalidad**

En primer lugar, es menester mencionar que el denominado “control de convencionalidad” no figura en el contenido taxativo de la CADH, puesto que, el

desarrollo de los alcances de dicha figura se ha realizado a través del máximo intérprete del Pacto de San José, es decir, la Corte IDH.

De esa manera, en el vasto quehacer jurisprudencial de dicho colegiado, se advierten los primeros vestigios de dicha figura, en el voto concurrente de Sergio García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala - de 25 de noviembre del 2003- en el cual el referido magistrado señaló que en los procesos a nivel internacional, el Estado parte del mismo, comparece ante esta alta instancia internacional de manera integral, por lo cual, el control de convencionalidad era plenamente exigible a la integridad del aparato estatal (Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala).

Empero, no es hasta el año 2006, que el Tribunal de San José hace mención expresa de dicho concepto en una sentencia, la cual fue expedida en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, en la que se pronunciaría y desarrollaría el denominado “control de convencionalidad” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile).

En consecuencia, al ser los jueces parte del aparato estatal, se encuentran sometidos a dicho tratado, teniendo la obligación en la práctica judicial de velar por el estricto cumplimiento por los tratados respecto de los cuales ha existido ratificación por parte de los Estados (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros

Vs. Chile). Por tanto, normativa de tal índole perdía su eficacia desde un primer momento por contravenir el contenido convencional.

De este primer pronunciamiento de la Corte IDH, podría surgir la interrogante de si el denominado control de convencionalidad es lo mismo que la obligación general de adecuación al derecho interno contenida en el artículo 2° de la CADH de 1969. Sin embargo, cabe señalar a este respecto que la obligación general del art. 2° se traduce en una disposición directa para el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo con facultades delegadas, que garantiza que toda expedición de leyes sea acorde al contenido de la Convención, mientras que el control de convencionalidad como símil del control de constitucionalidad, implica una preferencia de la aplicación del contenido del Pacto de San José sobre una ley de rango inferior.

Empero, se aprecia que esta concepción inicial del control de convencionalidad se limitó a la función jurisdiccional, brindando al magistrado la posibilidad de dar prevalencia a los intereses perseguidos por la Convención sobre los de la propia legislación interna cuando exista incompatibilidad.

Sin embargo, el concepto del control de convencionalidad evolucionó con el desarrollo de la actividad jurisdiccional realizada por la Corte IDH. Por ello, a raíz de dicho desarrollo se advierten hasta cuatro momentos – necesarios para la comprensión de dicha figura – en el quehacer jurisprudencial de la Corte de San

José. En primer lugar, se advierte la concepción inicial delimitada en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, del cual ya se hizo mención.

En segundo lugar, el criterio de la Corte permitió la posibilidad de realizar un control de convencionalidad de oficio, que según García Ramírez (2018) era una obligación que de oficio los Estados deben cumplir en atención al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Dicho criterio, otorgó un lugar predilecto al juez como principal protector del contenido de la CADH en la jurisdicción interna.

Por otro lado, el tercer momento que se aprecia en la línea jurisprudencial, rompió el esquema tradicional de exclusividad de realización del control otorgada a los tribunales judiciales. Correspondiendo realizar dicho control tanto a las autoridades judiciales, fiscales y cualquier otra autoridad que se desempeñe en el marco de la administración de justicia (García Ramírez, 2018).

Finalmente, respecto al cuarto criterio, – que actualmente rige la labor jurisprudencial de la Corte fue señalado en el Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia del año 2016, en el cual quedo establecido que el control convencional está a cargo de toda autoridad pública (García Ramírez, 2018). Así, tal alcance se condice con el carácter complementario, subsidiario y coadyuvante del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que colabora con el fuero nacional y no lo reemplaza.

En esta línea de ideas, queda claro hasta el momento que dicho control es realizado respecto al bloque de convencionalidad, conformado en el SIDH por el Pacto de San José y la jurisprudencia emitida por el mismo.

Sin embargo, en el desarrollo y amplitud que se le ha conferido al control de convencionalidad no se puede pasar por inadvertida una postura que es controvertida actualmente en el sistema, puesto que, la Corte IDH (2014) –en la Opinión Consultiva N°21 –reconoció que las Opiniones Consultivas integran el bloque de convencionalidad, lo que en consecuencia se traduce en la obligación de hacer extensivo dicho control a tales pronunciamientos.

Dicha postura, no está exenta de críticas al conferir carácter vinculante a opiniones que por su propia naturaleza no lo son, aún más cuando dicha categoría se le otorga a través de otra opinión consultiva, recayendo en una suerte de tautología.

En suma, tras abordar de manera sucinta la evolución del criterio de control de convencionalidad en el sistema, se aprecia que es un instrumento racional y eficaz para la defensa de derechos humanos, principalmente, en la actividad jurisdiccional de los Estados, siendo un medio para la garantía de los derechos reconocidos en el Pacto de San José (Sagüés, 2010) siendo así una amplia una de las principales herramientas para el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos fundamentales (Mesa, 2018).

#### **7.4.2. Posibilidad de someter a control de convencionalidad laudos del CIADI**

Ahora bien, como segunda parte de este apartado, corresponde analizar si existe o no la posibilidad o de someter a los laudos arbitrales del CIADI a dicho control de convencionalidad, teniendo en consideración que tales fallos son expedidos como resultado de un proceso arbitral internacional de inversiones.

En primer lugar, como consideración previa se debe precisar que el sistema del CIADI no permite algún medio de revisión de laudos o pronunciamientos finales (CEPAL, 2011) Bajo tal premisa, surge la interrogante: ¿se podría aplicar lo resuelto en un arbitraje internacional pese a que tal decisión vulnere derechos humanos? Dicho esto, esta segunda parte de la presente sección buscará esclarecer el panorama.

Como bien se colige de esta primera interrogante, la misma plantea un aparente conflicto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente al Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras que, históricamente, parecieran ser excluyentes y no compatibles, que parecieran repelerse y en consecuencia no hallar un punto de convergencia.

A este respecto, autores como Bohoslavsky y Justo (2011) señalan que el error que se suele cometer en la práctica judicial de los fueros internos es pretender someter laudos arbitrales del CIADI a un control de constitucionalidad, método que a primera vista debe ser descartado, dado que no es posible interponer cuestiones de orden interno a pronunciamientos internacionales (CEPAL, 2011, p.29).

Tal razonamiento resulta plenamente certero, puesto que, la resolución de controversias internacionales por un tribunal internacional requiere justamente la aplicación de fuentes del Derecho Internacional. Por lo cual, en primera instancia, se puede afirmar que bajo ningún supuesto los laudos pueden ser analizados por tribunales internos con legislación interna.

Tal afirmación, pese a su contundencia es concordante con el derecho internacional público, que establece por ejemplo en el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 que no puede invocarse el derecho interno como excusa del incumplimiento de las disposiciones internacionales vinculantes (ONU, 1969).

En ese orden de ideas, habiendo descartado la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad de laudos arbitrales, surge el postulado de que tal análisis sería totalmente factible a través de un control de convencionalidad; ello, con el criterio base de que si el sistema del CIADI se desenvuelve en un ámbito supranacional solo podría ser sometido a un análisis por legislación que esté en

condición de paridad, como es el derecho internacional de protección de los derechos humanos. En esta ilación, dicho control de convencionalidad se convierte en una obligación imperante en los tribunales internos de un Estado, por la propia naturaleza de las figuras que pretenden ser armonizadas.

Respecto a tal posibilidad, autores como Reyes Sinisterra (2019) reconocen la posible aplicación de un control de convencionalidad en contra de posibles laudos arbitrales que violenten derechos fundamentales, toda vez que si bien no pueden invocarse disposiciones de orden interno en contra de este tipo de laudos, el control de convencionalidad resulta la herramienta idónea para cuestionar este tipo de decisiones en el marco de las obligaciones internacionales que imponen los derechos fundamentales.

Tal afirmación no carece de verdad, dado que, cuando uno se detiene a analizar las alegaciones que se enmarcan en un arbitraje internacional, se advierten invocaciones de vulneración y trato discriminatorio a empresas. Por tanto, un Estado podría encontrarse en la encrucijada de proteger a un pueblo indígena o una empresa internacional de inversión extranjera, cuestiones que si bien aún no tienen un desarrollo jurisprudencial en la región, plantean el gran reto tanto a nivel nacional como internacional de armonizar ambos campos, es decir, garantizar la observancia de los tratados de inversión extranjera sin dejar a un lado el respeto irrestricto de los derechos humanos.

Aunado a ello, pese a ser evidente la total posibilidad de aplicar dicho control de convencionalidad, la praxis jurídica mundial se encuentra en proceso de arribar a ella, puesto que los diversos sistemas arbitrales preveen el recurso de anulación de laudos arbitrales para tutelar defectos de forma (Reyes Sinisterra, 2019).

En ese orden de ideas, se aprecia que en la actualidad prima un análisis de laudos arbitrales de manera meramente formal, sin arribar a un ámbito sustancial. Empero, cabe señalar que para que se pueda aplicar el control de convencionalidad como tal, deberá permitirse el análisis del fondo de un asunto para poder escrutinar la posible vulneración de derechos humanos a raíz de la expedición de un laudo.

Asimismo, tal control se vuelve en una verdadera necesidad en el marco judicial, ya que la aplicación de un laudo arbitral contrario a los principios del derecho internacional de los derechos humanos que afecte a un sector de la población, sería una causal de responsabilidad internacional plenamente atribuible a un Estado.

No obstante, desde otra perspectiva si dicho control no fuese debidamente aplicado y excede criterios de razonabilidad se traducirá en una peligrosa injerencia en la administración de justicia a través del arbitraje a nivel del CIADI (CEPAL, 2011), lo que desembocaría en una posible indemnización hacia la empresa de inversión extranjera afectada por la actuación del Estado.

Ahora bien, en materia jurisprudencial internacional, aún no se ha sentado base en algún caso en concreto sobre la aplicación del control de convencionalidad de un laudo arbitral en fuero interno y que este sea cuestionado por vulnerar derechos humanos. El caso más cercano en la materia se aprecia en el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), que en el caso Pellegrini vs Italia, analizó lo que en el ordenamiento civil peruano se conoce como *exequator* o aplicación de una sentencia de un Tribunal de otra jurisdicción a la del propio Estado.

Sin embargo, respecto a tal pronunciamiento debe tenerse en consideración lo siguiente:

- i)* La naturaleza de la decisión sometida a revisión, mientras en el caso Pellegrini, la revisión exigida era la de un proceso de nulidad de matrimonio por consanguineidad en el marco de un pedido de *exequator*, en el presente caso se plantea la posibilidad de someter a control de convencionalidad un laudo arbitral internacional.
- ii)* Las partes intervinientes, mientras en el precitado caso intervenían los intereses individuales de los cónyuges; en el presente supuesto el laudo arbitral tendría como partes intervinientes a los intereses de una empresa extranjera y los de un Estado partes de un TBI.

- iii) Ejecución de la decisión, en el caso mencionado se solicitó la efectividad de tal decisión en los tribunales italianos mediante un recurso de *exequator* que difieren de la naturaleza de un laudo del CIADI.

En suma, se aprecia que existe la total posibilidad de aplicar un control de convencionalidad a los laudos arbitrales del CIADI, constituyendo ello una oportunidad sin precedentes para armonizar los derechos humanos y las inversiones extranjeras, que hasta el momento parecieran ser campos totalmente opuestos.

Ahora bien, corresponde precisar que a la luz del artículo 53° del Convenio CIADI de 1966 los laudos arbitrales son plenamente obligatorios para las partes, de forma que los Estados no podrían someter, directamente, la aplicación del laudo emitido por el CIADI a un tribunal jurisdiccional. De modo que, ante la eventualidad que un fallo del CIADI contravenga de derechos humanos y, en concreto, afecte a una población indígena sin haberles brindado participación suficiente en el proceso arbitral (tal y como en el caso Von Pezold y otros Vs. Zimbawe), correspondería a estas comunidades afectadas interponer un recurso de amparo en sede interna solicitando la aplicación del control de convencionalidad.

Desde luego, el Estado podría brindar su patrocinio y asesoramiento a nivel interno con el objeto de que se canalice de una forma más célere y adecuada tal

demanda de amparo, no obstante, la legitimidad activa para interponer esta acción recaería en el propio pueblo indígena afectado. Ahora bien, respecto a la legitimidad pasiva, consideramos que la demanda de amparo tendría que ser interpuesta en contra de la entidad del Estado encargada de ejecutar la parte del laudo del CIADI que resulta vulneratoria de derechos fundamentales.

Siendo así, sería el juez constitucional el encargado de efectuar un control de convencionalidad en este extremo. Ello, teniendo en cuenta que los operadores jurídicos están no solo facultados, sino también obligados a efectuar un control de convencionalidad respecto a aquella actuación estatal o de particulares que resulte inconvencional (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile) a pesar de que la misma se encuentre refrendada formalmente por un laudo del CIADI.

#### **7.5. Interponer un recurso de anulación del laudo arbitral**

El arbitraje es un método de solución de conflictos de carácter privado que en los últimos años ha tenido mucha importancia. Parte de las reglas procesales de este arbitraje es precisamente que el mismo debe culminar con una decisión definitiva que pueda ser ejecutada por la parte vencida.

Por tal razón los recursos disponibles para cuestionar un fallo definitivo del CIADI son muy limitados y se encuentran ceñidos, estrictamente, al cuestionamiento de cuestiones de fondo. Así, la doctrina señala que los laudos arbitrales del

CIADI no están completamente exentos de un control posterior, dado que si bien se prohíbe una revisión de fondo, el recurso de anulación permite el cuestionamiento de aspectos formales (Fernández Rozas, s.f, p. 31).

En efecto podemos advertir que las causales por las que se puede cuestionar un fallo a través de un recurso de anulación son muy limitadas, de esta manera, el artículo 50° de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966 estipula las siguientes de forma estricta:

- Que el tribunal no haya estado constituido adecuadamente
- Que el tribunal haya excedido sus competencias o atribuciones
- Que haya existido corrupción por parte de un árbitro
- Que haya existido violación a una regla procedimental
- Que el laudo no haya expresado los fundamentos sobre los que se motiva

En este sentido, consideramos que en la eventualidad que un fallo del CIADI contravenga de forma clara algún parámetro de derechos fundamentales y, en concreto, perjudique los intereses de pueblos indígenas que no han participado dentro de la contienda; el Estado parte debería interponer un recurso de anulación en este extremo.

En concreto, el Estado parte podría alegar, entre otras cuestiones, la causal referida a que el tribunal arbitral ha excedido sus atribuciones. Al respecto, se tiene que las atribuciones de los tribunales arbitrales están subordinadas a la

voluntad de las partes, por lo que las mismas, de ninguna forma, pueden afectar válidamente a una persona que ha sido ajena al litigio.

Bajo estas consideraciones creemos que sería válido que, como primer medio procesal de defensa ante este tipo de escenarios, el Estado interponga un recurso de anulación arguyendo que se ha perjudicado a un colectivo que no ha participado ni ejercido su defensa de forma válida en el proceso.

## **7.6. Las facultades consultivas de la Corte IDH**

El presente apartado está destinado a tratar dos cuestiones en concreto. En primer lugar, algunas nociones básicas y antecedentes respecto a la facultad consultiva de la Corte IDH, para en un segundo momento analizar la posibilidad de realizar una opinión consultiva respecto a fallos del CIADI.

### **7.6.1. Opiniones Consultivas, nociones básicas y antecedentes**

La CADH de 1969 estipula en su artículo 64° la posibilidad de que los Estados miembros consulten a la Corte IDH, sobre la CADH y tratados de similar naturaleza a nivel de la OEA, ello en el marco de sus obligaciones internacionales en derechos humanos.

Asimismo, respecto a la legitimación activa para solicitar una consulta ante el Tribunal Interamericano dicho artículo señala que tendrán legitimidad para las entidades de derecho internacional que se encuentren reconocidas en la Carta de la OEA.

Además, se prevee la posibilidad de que un Estado solicite pronunciamiento sobre la compatibilidad de una ley del ordenamiento jurídico interno y los instrumentos internacionales en la materia. Así, su naturaleza jurisdiccional le confiere la competencia *ratione materiae* para interpretar otros tratados además del Pacto de San José; *ratione personae*, en la legitimación de consulta previamente mencionada. Significando que su radio de acción se extiende a todo tratado implicado en la protección internacional de los derechos humanos de un Estado parte del SIDH.

Aunado a ello, el ejercicio de la facultad de consulta no podrá realizarse en detrimento de alguna presunta víctima que busque justicia en el SIDH, por lo cual, de manera adicional corresponderá el análisis sustancial de cada caso para determinar la procedencia o no de la absolución de la consulta.

Asimismo, como se mencionó en párrafos precedentes en los últimos años, grande es la controversia frente al pronunciamiento realizado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 21, en la cual se reconocía la necesidad de realizar un control de convencionalidad por parte de los Estados sobre las propias opiniones consultivas, sustentando tal acción en el postulado en que las

opiniones consultivas tienen también un carácter preventivo que los Estados deben tener en cuenta (Corte IDH, 2014).

Tal exigencia desde una perspectiva garantista sobre los derechos humanos es plausible. Sin embargo, desde una perspectiva que persiga la seguridad jurídica del sistema, implica la extralimitación de funciones de la Corte al conferir el carácter vinculante a pronunciamientos que por su propia naturaleza no lo son.

De otro lado, en lo referente al requisito de que el tratado sometido a consulta sea exclusivamente sobre materia de derechos humanos, es uno flexible, dado que, el Tribunal Interamericano, en la Opinión Consultiva N° 1 señaló que un tratado puede estar referido a derechos fundamentales independientemente de cuál sea su finalidad taxativa (Corte IDH, 1999).

Bajo tal tesitura, este último punto permite relacionar la parte introductoria de este apartado para arribarlo al análisis de la interrogante en concreto, como es, si existe la posibilidad de solicitar una opinión consultiva respecto a los fallos del CIADI.

Por otro lado, si la consulta fuese solicitada por un órgano de la OEA distinta a la CIDH, deberá precisar cómo la consulta se refiere a su competencia. Igualmente, si la consulta es solicitada respecto a una ley interna, deberá

consignarse las disposiciones internas y las internacionales que son sometidas a consulta.

Dicho esto, concluida la etapa escrita la Corte decidirá si es necesaria la realización de una audiencia oral y fijará la fecha de realización de la misma, a excepción de que delegue tal tarea a la presidencia, de dicho modo, las sesiones impulsadas por el Tribunal Interamericano, en el marco de una solicitud de opinión consultiva, involucran a un gran sector académico de la región, que mediante institutos de investigación, centros de estudio o grupos de universidades comparecen ante el tribunal a fin de brindar aportes y apreciaciones sobre la solicitud de consulta, que coadyuva la labor que realiza la Corte IDH de cara a las solicitudes que puedan plantearse.

Asimismo, como se aprecia en la *praxis* jurídica del Tribunal Interamericano, en algunas ocasiones la postura asumida por la Corte Interamericana no es aceptada por la integridad de sus magistrado, sino por una mayoría, supuesto en el cual se permite que aquel juez participe de la emisión de la consulta, pero disidente en algún extremo de la misma, tiene derecho a unir al documento de la opinión, su voto concurrente o disidente, que deberá fundamentar , todo ello dentro del plazo previamente fijado por la presidencia para que los demás magistrados conozcan de la postura manifiesta de dicho juez.

Ahora bien, respecto al contenido de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe precisarse que las mismas

consagran una serie de lineamientos que permite esclarecer el contenido de determinado derecho u obligación consagrado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como de otro tratado de similar naturaleza (Corte IDH, 1999). En este tenor, es necesario tener presente que las opiniones consultivas contienen lineamientos respecto al contenido interpretativo de las obligaciones inherentes en materia de derechos fundamentales fruto del derecho convencional (Ventura y Zovatto, s.f.).

En relación al alcance de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos corresponde precisar que este órgano jurisdiccional cuenta con una amplia facultad consultiva. En este sentido, a diferencia de otros tribunales, el tribunal interamericano puede conocer consultas formuladas por los Estados miembros de la OEA no solo respecto al Pacto de San José, sino también, respecto a otras obligaciones de derechos humanos que se desprendan de tratados de esta naturaleza (Sagüés, 2015).

Asimismo, la competencia consultiva de la Corte Interamericana se extiende incluso a leyes o proyectos de leyes, de modo que el tribunal interamericano puede ser consultado, incluso, respecto a la convencionalidad de disposiciones internas a nivel de un Estado parte de la OEA.

Así, por ejemplo, advertimos que mediante la Opinión Consultiva N° 4 se conoció respecto a la convencionalidad de un proyecto de reforma constitucional de Costa Rica referido a la naturalización y al derecho a la nacionalidad (Sagüés,

2015). Lo que sin lugar a dudas constituye un mecanismo de garantía de la convencionalidad de la legislación interna y dota de seguridad jurídica a los Estados respecto a su actuar legislativo.

### **7.6.2. ¿Podría solicitarse una opinión consultiva respecto a fallos del CIADI?**

En definitiva, como se abordó en el apartado anterior, la convergencia y armonización del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de inversiones extranjeras nos posiciona ante una nueva interrogante como es el analizar si es posible someter los fallos del CIADI al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la facultad consultiva de dicho tribunal.

Como se mencionó en las nociones básicas de la solicitud de consulta, el Tribunal Interamericano tiene como limitación el análisis de instrumentos o tratados internacionales que versen sobre la materia de protección de derechos humanos y sean aplicables al ámbito de su jurisdicción, es decir, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En ese sentido, se aprecia que un laudo arbitral *per sé* no podría ser sometido a consulta, dado que la resolución de dicha controversia es resuelta en el marco de un Tratado Bilateral de Inversión que dista mucho del contenido usual de los

tratados en materia de derechos humanos. Por lo cual, en un primer lugar, se debe descartar la posibilidad de someter a consulta un laudo arbitral en concreto.

Sin embargo, otro sería el panorama, si nos encontrásemos ante un laudo arbitral cuya aplicación signifique una evidente vulneración de derechos humanos de los habitantes de un Estado. En ese caso, la consulta podría ser planteada como análisis del contenido de la Convención Americana y la falta de pronunciamiento que permita solucionar una controversia de dicha índole.

Asimismo, como se mencionó en el párrafo precedente, no podrá ser sometido el análisis de un laudo arbitral en concreto pero si una cuestión general como la siguiente: ¿frente a la evidente colisión del contenido de un laudo arbitral expedido en el marco de un arbitraje internacional, como debe armonizarse la protección de inversiones extranjeras y la de los derechos humanos? Siendo así, dicha interrogante planteada daría lugar a que el Tribunal Interamericano se pronuncie sobre la materia.

### **7.7. La excepción de litispendencia como medio procesal para evitar incompatibilidades entre el CIADI y la Corte IDH**

Asimismo, otro escenario posible es que paralelamente a un procedimiento arbitral en el que no se le brinda participación a un pueblo indígena se esté tramitando una petición ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

(SIDH). Al respecto, surge la pregunta de si es posible interponer una excepción de litispendencia en este extremo.

En efecto, podría pensarse que uno de los medios para asegurar el derecho de participación indígena en los procesos judiciales y arbitrales que le competen es interponer una excepción de litispendencia que busque, en primer término, la suspensión de determinado procedimiento hasta que en otro se esclarezcan aspectos concernientes a los pueblos indígenas.

Sin embargo, este medio legal parece no ser totalmente factible, pues resulta inviable que exista una litis de la misma naturaleza que se ventile, a la vez, en el tribunal interamericano y alguno de los tribunales arbitrales internacionales. Sobre lo anterior, la Corte IDH ha señalado que conforme al inciso d) del artículo 47º de la CADH de 1969, debe declararse inadmisibles una petición cuando sea una reproducción de otro caso suscitado en un fuero de la misma naturaleza (Caso Mendoza y otros Vs. Argentina).

Como corolario de lo expuesto, es preciso mencionar que la frase “sustancialmente la misma” significa que debe existir una triple identidad entre los casos, a saber: i) que la base legal sea idéntica; ii) que las partes sean las mismas; y iii) que el objeto sea el mismo (Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina).

Sin embargo, en el supuesto que exista una aparente identidad entre los procedimientos ventilados ante el CIADI y ante el SIDH los elementos mencionados en el párrafo anterior no podrían concurrir, por lo que la excepción a plantearse sería evidentemente inviable.

Así, por ejemplo, no podría existir una identidad de sujetos, toda vez que las personas que actúan a nivel del CIADI son el inversor y el Estado, quienes son diferentes a los que actúan a nivel del SIDH, quienes son la CIDH, los peticionarios y el Estado parte. Por lo que en este extremo no podría existir una identidad que sustente la excepción de litispendencia.

De otro lado, tampoco podría existir identidad en cuanto a la base legal utilizada, toda vez que en el SIDH los instrumentos legales que se utilizan son el Pacto de San José y los tratados de derechos humanos que resulten vinculantes para el Estado en el marco de la OEA. No obstante, a nivel del CIADI la normativa que se utiliza es, esencialmente, los tratados que se suscriben entre las partes, así como los principios jurídicos en general con el objeto de determinar si existen tratos discriminatorios, expropiaciones, entre otras cuestiones de índole comercial.

Respecto al objeto del procedimiento, debe tenerse en cuenta que a nivel del SIDH se persigue la condena internacional a un Estado y las reparaciones correspondientes en favor de las víctimas, lo que resulta evidentemente distinto al objeto de los procedimientos arbitrales ante el CIADI, los cuales en esencia

persiguen indemnizaciones en favor de los inversores afectados por el actuar estatal.

Por tales razones, consideramos que la excepción de litispendencia no podría ser viable por las razones anteriormente expuestas. Motivo por el cual, el Estado tendría que buscar otras alternativas legales en caso advierta la existencia de un fallo del CIADI que lesione derechos fundamentales de pueblos indígenas.

## **CAPÍTULO XIII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **CONCLUSIONES**

- El derecho de participación indígena no es garantizado de forma plena en los arbitrajes internacionales ventilados ante el CIADI, de igual forma, tampoco se garantiza su derecho a la defensa ni su derecho a un recurso efectivo.

Al respecto, se observa que las reglas de participación de terceros en el CIADI se limitan a lo estipulado en el artículo 37 (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966, las cuales, en general son interpretadas de forma favorable a los terceros solicitantes. No obstante, el alcance de la participación que brindan los tribunales arbitrales del CIADI es limitado, dado que en la mayoría de los casos se permite únicamente la presentación de información u opiniones, sin oportunidad para presentar pruebas, acceder al expediente, entre otros. Lo que no garantiza de forma alguna el derecho de participación y el derecho de defensa indígena en esta sede.

En este sentido, la participación en calidad de parte contendiente ante el CIADI está restringida a aquellas partes que han firmado un acuerdo de comercio internacional; lo que hace que el arbitraje no pueda ser una vía de solución de conflictos que incluya, cuando sea necesario, a pueblos indígenas.

- Los fallos del CIADI, de conformidad a las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1966, son definitivos y tienen la misma jerarquía que un fallo dictado a nivel interno dentro de cualquier Estado parte, de modo que los mismos deben ser cumplidos de forma obligatoria.

En tal sentido, carece de sentido que se implementen medios de solución de conflictos a través del diálogo, como la negociación o la mediación, si es que respecto a la controversia en juego existe un fallo del CIADI. Razón por la cual, resulta importante que se garantice de forma suficiente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas ante el CIADI, pues de dictarse un fallo que contravenga los derechos de los mismos, sin haberles brindado si quiera participación, puede presumirse que los conflictos sociales a nivel interno se intensificarán.

Razón por la cual conviene complementar las reglas de participación de terceros en el arbitraje internacional ante el CIADI, pues de ello dependerá que luego los mecanismos de solución de conflictos no se tornen en ilusorios, ante la presencia de un laudo definitivo emitido por un tribunal arbitral.

- Corresponde que los Estados realicen los esfuerzos necesarios a fin de incluir cláusulas de derechos humanos en los tratados internacionales de comercio que suscriban, principalmente, con el objeto de garantizar la participación y representación procesal de los pueblos indígenas ante un eventual arbitraje internacional.

De otro lado, ante la eventualidad de que se dicte un fallo por parte de un tribunal arbitral del CIADI que afecte de forma directa los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, corresponde que los Estados interpongan un recurso de anulación, alegando que el tribunal se ha excedido en sus atribuciones al dictar un laudo que perjudica a un tercero que no fue reconocido como parte procesal en el arbitraje.

En caso el recurso de anulación resulte infructuoso, el Estado podría realizar un control de convencionalidad respecto al laudo arbitral. Para estos efectos, el Estado debe preferir la técnica de “interpretación conforme” con el objeto de tratar de compatibilizar el contenido del laudo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; de no ser posible alcanzar tal armonía, los Estados deberán inaplicar únicamente aquel punto resolutivo que afecte de forma directa y evidente los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, sería importante que los Estados o la CIDH interpongan una solicitud de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de abordar el posible escenario que un fallo del CIADI afecte de forma directa derechos fundamentales. Ello, sería importante dado que tal opinión consultiva podría ser utilizada como fundamento para aplicar el control de convencionalidad referido en el párrafo anterior.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda que los Estados realicen los esfuerzos necesarios a fin de incluir cláusulas de derechos humanos en los tratados internacionales de comercio que suscriban, principalmente, con el objeto de garantizar la participación y representación procesal de los pueblos indígenas ante un eventual arbitraje internacional.
- Asimismo, con el objeto de mejorar los mecanismos de participación de pueblos indígenas ante el CIADI en cuestiones de interés general (esto es, cuando el asunto no afecta de forma directa al pueblo indígena) se sugiere la modificación de las Reglas de Arbitraje de 1966 incluyendo el siguiente inciso en el artículo 37(2):

*“Alcance de la participación de la parte no contendiente. – La parte no contendiente puede presentar información y opiniones las cuales deberán ser atendidas por el tribunal arbitral. De igual manera, la parte no contendiente puede consultar los documentos del expediente, hacer presentaciones orales en las audiencias respectivas y complementar medios probatorios”*

## FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

### Bibliográfica

- Anaya, J, (2011). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*. Nueva York, Estados Unidos y Ginebra, Suiza: ONU.
- Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. Ciudad de México, México: CNDH-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Cerqueira, D. (2015). *La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y DDHH*. Washington D.C., Estados Unidos de América: Aportes DPLF.
- CIDH. (2015). *Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Washington D.C.: Estados Unidos de América: OEA.
- CIDH. (2019). *Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos*. Washington D.C., Estados Unidos de América: CIDH.
- Consejo de Derechos Humanos. (2015). *Informe de la Relatora especializada en derechos de las comunidades indígenas de la ONU*. Ginebra: Suiza: ONU.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). *Observación General N° 15: Cuestiones sustantivas que se plantean en*

*la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* Ginebra: Suiza: ONU.

- Comisión de Derecho Internacional. (2001). *Responsabilidad de los Estados. 53º Período de Sesiones.* Ginebra, Suiza: Comisión de Derecho Internacional.
- Corte IDH. (2020). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos: El cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas. (2012). *Informe sobre el sexto periodo de sesiones, E/C.19/2007/12.* Nueva York, Estados Unidos y Ginebra, Suiza: ONU.
- García Ramírez, S. (2018) *Panorama de la jurisprudencia Interamericana sobre derechos humanos.* Ciudad de México, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- ONU. (2011). *Principios Rectores sobre Negocios y Derechos Humanos.* Nueva York, Estados Unidos y Ginebra, Suiza: ONU.
- Peterson, L. E. (2009). *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión: panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados.* Ottawa, Canadá: Derechos y Democracia.
- Pillay, S. (2004). *¿Y justicia para todos? Globalización, empresas multinacionales y la necesidad de protecciones legalmente ejecutables de los DDHH.* Detroit, Estados Unidos de América: Universidad de Detroit.

- Salmón, E. (2012). *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los DDHH*. Lima, Perú: Fundación Konrad Adenauer.
- Van Ho Tara, J. (2019). *Proposed Investment Treaty Provisions*. Essex Business & Human Rights Project. Colchester, Reino Unido: University of Essex.

## Electrónica

- Bohoslavsky, J. P., y Justo, J. B. (2011). Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión. Recuperado de: <https://es.ircwash.org/sites/default/files/Bohoslavsky-2011-Proteccion.pdf>
- Fernández Rosa, Jose Carlos. (2006). El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/19712443.pdf>
- Fernández Rozas, J.C. (s.f.). Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI. Recuperado de: [https://eprints.ucm.es/13973/1/DOGM%C3%81TICA\\_DEL\\_RECURSO\\_DE\\_ANULACI%C3%93N\\_ANTE\\_EL\\_CIADI.pdf](https://eprints.ucm.es/13973/1/DOGM%C3%81TICA_DEL_RECURSO_DE_ANULACI%C3%93N_ANTE_EL_CIADI.pdf)
- López, G. (2006). Pueblos indígenas. Recuperado de: [http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos\\_final/430trabajo.pdf?PHPSESSID=ffc42510e755335c76404a255913b8ab](http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/430trabajo.pdf?PHPSESSID=ffc42510e755335c76404a255913b8ab)
- Monroy Gálvez, Juan. (2010). Comentarios a la ley procesal del trabajo. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110649.pdf>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2016). Manual para Parlamentarios 2016. Recuperado de: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf)
- Ventura y Zovatto. (s.f). La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura\\_%20IIDH%2007.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf)

### **Normas legales**

- Banco Mundial (1966). Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitrajes (Reglas de Arbitraje del CIADI).
- Banco Mundial (1966). Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
- Organización de las Naciones Unidas (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.
- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".
- Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

## Hemerográfica

- Quiroz Pacheco, C. (2020). El enfoque intercultural para la gestión del conflicto con la Comunidad Nativa Chapis. *Revista de Gobierno y Gestión Pública* 7 (1), 97 – 125.
- Moreno Blesa, L. (2015). El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes. *Iberoamerican Journal of Development Studies* 4(1), 74-97.
- Echaide, J. (2017). Condicionantes sistémicos para un concreto ejercicio del derecho humano al agua: Un análisis del caso de "Suez v. Argentina" ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Agua y Territorio* 10 (2), 72 – 88.
- Pascual Vives, F.J. (2011) La institución del amicus curiae y el arbitraje de inversiones. *Anuario Español de Derecho Internacional* 27(1), 353-396.
- Rosas, Castañeda, J.A. (2007). Hacia el Jus Standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Jurídica* 11(3), 80 – 89.
- Kundmuller, F. y Rubio, R. (2006). El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. *Lima Arbitration* 1 (1), 69 – 112.
- Dulitzjky, A. (2010). Cuando los afrodescendientes se transforman en “pueblos tribales”: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras. *ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Revista El Otro Derecho* 41(1), 13 – 48.

- Medina-Casas, H. M. (2009). Las partes en el arbitraje CIADI. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 7(15), 215-241.
- Mesa Latorre, A. (2018). El control de convencionalidad: ¿ Un acto racional o irracional?. *Estudios constitucionales*, 16(1), 129-166
- Reyes-Sinisterra, C. C. (2019). El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada. *Revista Derecho del Estado* 4(43), 159-190.
- Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales* 8(1), 117-136.
- Sagüés, P. (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. *Ius Et Veritas* 50 (1), 292 – 297.
- Solórzano Quintero J (2017). Los tratados bilaterales de protección de inversiones y su sometimiento a los derechos humanos y un breve excursus para el caso colombiano. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 19(2), 223-258.
- Talavera, F. N. (2013). Los criterios para la interpretación de los tratados. *THEMIS: Revista de Derecho* (63), 71-88.

## **Referencias jurisprudenciales o arbitrales**

### **Referencias jurisprudenciales**

- Corte IDH (1999). Opinión consultiva N°01. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 convención americana sobre derechos humanos).
- Corte IDH (2000). Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo.
- Corte IDH (2001). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas.
- Corte IDH (2003). Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.

- Corte IDH (2006). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas.
- Corte IDH (2011). Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH (2012). Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo.
- Corte IDH (2013). Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH (2013). Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.
- Corte IDH (2014). Opinión Consultiva N° 21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
- Corte IDH (2018). Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de fondo, reparaciones y costas.
- Corte IDH (2015). Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
- Corte IDH (2018). Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH (2018). Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH (2019). Caso Gómez Virula y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

- Corte IDH (2020). Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.
- CIDH. (2016). Medida cautelar N° 271-05. Ampliación de beneficiarios. Asunto de la Comunidad de la Oroya con respecto a Perú.
- TC peruano (2006). Exp. 2730-2006-PA/TC.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2001). Caso Pellegrini Vs. Italia.

### **Referencias arbitrales**

- CIADI (1992). Caso Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contra Egipto. Laudo final.
- CIADI (2005). Caso Aguas del Tunari c. Bolivia. Laudo final.
- CIADI (2007). Caso Biwater Gauff Limited Vs. República Unidad de Tanzania. Orden procesal.
- CIADI (2009). Caso Pac Rim Cayman LLC Vs. República de El Salvador. Orden procesal.
- CIADI (2010). Caso Merrill & Ring Forestry c. Canadá. Laudo final.
- CIADI (2010). Caso Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) Vs. República Oriental del Uruguay). Laudo final y órdenes procesales.

- CIADI (2010). Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal Vs. Argentina). Laudo final y órdenes procesales.
- CIADI (2011). Caso Commerce Group Corp y San Sebastian Gold Mines c. El Salvador. Laudo final.
- CIADI (2011). Caso Piero Foresti, Laura de Carli y otros c. Sudáfrica. Orden procesal.
- CIADI (2012). Caso Von Pezold y otros Vs. Zimbawe. Orden procesal.
- CIADI (2016). Caso The Renco Group, Inc Vs. Perú. Laudo final y órdenes procesales.
- CIADI (2017). Caso Bear Creek Mining Corporation Vs. Perú. Laudo final y órdenes procesales.