

VAN HARTEN, Gus (2020): *The Trouble with Foreign Investor Protection* (Oxford, Oxford University Press) 224 pp.

Gus Van Harten es uno de los más influyentes críticos de los tratados de inversión (TI). Existe una abundante literatura sobre las injusticias y otros inconvenientes de los TI. Gus Van Harten, sin embargo, da un paso más allá, sintetizando dichos problemas jurídicos para formular, de manera más general, una crítica desde la economía política. En sus palabras, los TI consagran una desigualdad basada en la riqueza, otorgando privilegios legales a corporaciones multinacionales por la mera posesión de activos en más de un país (p. vii). El constitucionalismo prohíbe que la mera posesión de riqueza sirva de base para discriminar en el acceso a la igual protección que la ley debe otorgar a todas las personas. Si la tesis de Van Harten es correcta, los TI deberían ser sometidos a un profundo escrutinio y reforma, para alinearlos con los estándares de justicia que la democracia y los derechos humanos exigen. A continuación se explica cómo los TI, en la forma interpretada por los respectivos árbitros, consagran dichos privilegios, de acuerdo a lo expuesto por Van Harten.

*Acceso a la justicia.* La tipología de litigios de inversión extranjera suele ser, a grandes rasgos, la siguiente: un Estado adopta una medida regulatoria de interés público, como puede ser la protección ambiental, el bienestar laboral o el respeto a la participación de pueblos indígenas en asuntos que les concierne directamente, lo cual afecta las utilidades de un inversionista extranjero, el cual demanda al Estado frente a un tribunal arbitral internacional para que se le indemnice la pérdida de lucro que la medida le genera. De acuerdo a los estándares mínimos de debido proceso internacionalmente reconocidos, toda parte que se vea afectada por el resultado de un juicio debería tener derecho a participar del mismo, como sería el caso, por ejemplo, si producto de dicho litigio, el Estado optara por derogar una norma de protección ambiental en detrimento de los derechos de una determinada comunidad. Sin embargo, los árbitros de inversiones han tomado una posición restrictiva al respecto. No solo han negado a los interesados el derecho a ser parte del juicio, sino que raramente han concedido, siquiera, la posibilidad de ser oídas como *amici curiae* (p. 66). Para ilustrar el punto, Van Harten cita el caso *Von Pezold (Bernard) and Others v Republic of Zimbabwe*. Allí, cuatro comunidades indígenas, que reclamaban derechos sobre la tierra que era objeto de un litigio entre un inversionista extranjero y el Estado de Zimbabue, solicitaron a los árbitros del caso que se les admitiera como *amici curiae* para presentar su posición. A pesar de que los árbitros reconocen que su fallo puede impactar sus intereses, de todos modos rechazan la solicitud, esgrimiendo que las comunidades no eran neutrales o independientes, lo cual era injusto con el inversionista (p. 66).

*Agotamiento de remedios domésticos.* En el derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, una víctima de dicha clase de ilícitos necesitaría recurrir a las instancias jurisdiccionales disponibles en su país antes de poder entablar una acción ante un tribunal internacional. Dichas gestiones, normalmente, pueden tomar varios años. Los árbitros de inversiones, sin embargo, han interpretado los TI de tal manera que permiten a los inversionistas extranjeros, en muchos casos, evitar las cortes nacionales (p. 41). Ello aligera la carga temporal y económica de las multinacionales, mientras las víctimas de derechos humanos, usualmente personas pobres, deben sortear onerosos requisitos para obtener justicia.

*Elección de nacionalidad.* El famoso caso *Barcelona Traction*, decidido por la Corte Internacional de Justicia en 1970, trató sobre una demanda de Bélgica en contra de España, en representación de accionistas belgas que tenían propiedad sobre una sociedad canadiense con activos en España, y que recaía sobre ciertas acciones ejecutadas por el Estado español que habrían afectado la propiedad de dichos accionistas belgas sobre la compañía. La CIJ estableció que no procede una demanda de esta naturaleza cuando la propiedad de los accionistas es indirecta. Legalmente, correspondía que demande Canadá, pues de dicho país es la nacionalidad de la compañía. Esta norma de derecho internacional, destinada justamente a evitar la proliferación de demandas internacionales, ha sido desestimada por los árbitros de inversiones (p. 70). En efecto, en el arbitraje de inversiones, es práctica común por parte de los inversionistas establecer *shell companies* (corporaciones meramente “de papel”, sin desarrollo de actividades productivas) en algún país con un TI favorable para acceder a su protección, independiente de cuál sea el lugar donde, efectivamente, desarrollen su negocio. Evidentemente, una persona natural no tiene tal posibilidad. Un chileno no puede esgrimir un tratado bilateral entre, digamos, Suecia y Estados Unidos, para obtener facilidades migratorias. Una multinacional de cualquier parte del mundo puede acceder a la protección de un TI extranjero que le sea favorable mediante un simple papeleo.

*Esquivar los tribunales acordados.* En la mayoría de jurisdicciones, las partes pueden acordar qué tribunales resolverán eventuales disputas y bajo qué ley. Obviamente, producido el acuerdo, las partes quedan vinculadas por él. No así para las multinacionales. Los árbitros de inversiones les han permitido entablar demandas contra un Estado bajo el procedimiento indicado en el respectivo TI incluso cuando habían acordado un foro jurisdiccional distinto (p. 74).

*Secretismo.* En Chile y muchísimos otros países, los expedientes de causas no criminales, en general, son públicos en su totalidad. Ello permite controlar la función jurisdiccional, un elemento básico del Estado de Derecho. En los arbitrajes de inversión, sin embargo, la regla es la opuesta. Salvo limitadas excepciones, los expedientes de dichas causas son secretos (p. 95-96).

¿Qué explica la existencia de estos privilegios? Pues una cuestión es querer fomentar un clima favorable a la inversión, lo cual debe ser prioridad de cualquier gobierno, y otra muy distinta es hacerlo mediante el otorgamiento de ventajas judiciales, lo cual debería sortear un riguroso escrutinio para conformarse con el principio de igualdad en la protección que la ley debe otorgar a todas las personas, sin discriminar por la cantidad de riqueza poseída o, menos aún, por la sola localización de los activos del inversionista extranjero. En dicho sentido, es difícil encontrar razones que justifiquen dicha discriminación.

Para contextualizar los temas que posteriormente se desarrollan, Van Harten aborda la historia del surgimiento de los TI. Sostiene dicho autor que ellos son un producto del colonialismo, en tanto fueron el mecanismo al que recurrieron los decadentes imperios europeos para mantener los privilegios económicos de sus empresas en las recientemente independizadas excolonias (p. 14). La primera ola de TI, aquellos suscritos en las décadas de 1960 y 1970, fueron, en su mayoría, suscritos entre potencias europeas occidentales y excolonias. A mayor abundamiento, Van Harten identifica la relación entre varios TI y regímenes dictatoriales, algunos de ellos aliados de los mismos países occidentales con

quienes suscribían dichos TI. El primer TI de que se tiene registro fue celebrado en 1968 entre Holanda y una de sus excolonias, Indonesia, cuando Suharto, uno de los más brutales dictadores de la historia, apoyado por Estados Unidos y sus aliados, era gobernador del país asiático. Italia, en 1968 y 1969, respectivamente, firma TI con Gabón, bajo régimen de partido único y Chad, bajo régimen autoritario. Holanda continuaría, entre 1970 y 1972, concluyendo cinco TI, con Uganda, Kenia, Malasia, Marruecos y Singapur, todos ellos, entonces, bajo regímenes autoritarios o de partido único. Estados Unidos hace lo propio en 1982, suscribiendo un TI con Panamá, entonces bajo la célebre dictadura de Manuel Noriega, colaborador de la CIA (p. 16-18). La lista completa de TI que obedecen a este patrón es aún más extensa.

Entre los defensores de los TI se ha alegado, por el contrario, que su existencia se debe a la adopción voluntaria que realizan los países, fruto de las ventajas económicas que los TI reportarían, al incentivar la inversión extranjera mediante normas robustas de protección de la propiedad. Esta influyente hipótesis, sin embargo, cuenta con escasa evidencia (p. 8). De hecho, los estudios que se han realizado para explorar el vínculo entre inversión extranjera y TI se inclinan por la irrelevancia de estos últimos para explicar el aumento de aquella<sup>1</sup>. Además, los países también se benefician económicamente de empresas locales, quienes no gozan del antedicho beneficio (p. 8), lo cual contribuye a desestimar dicha hipótesis. Otro argumento levantado ha sido que el carácter de largo plazo de las inversiones, así como el carácter de “hundidos” de los costos involucrados, exige protecciones especiales que, de no existir, no incentivarían a los inversionistas a asumir el riesgo. Se puede aquí reiterar la misma réplica anterior: dichas cualidades pueden también poseerlas las inversiones domésticas, sin que por ello puedan acceder a estos privilegios legales (p. 9). Otro punto que se ha mencionado es la carencia de un sólido Estado de Derecho en países receptores de inversión extranjera, por ejemplo, sin tribunales independientes. Siendo dicha constatación cierta en algunos casos, no lo es en muchos otros. Además, como nos recuerda Van Harten, un débil Estado de Derecho exige no menos que el mejoramiento en el acceso a la justicia para todos los ciudadanos y respecto a todos sus derechos, no solo para inversionistas extranjeros y sus derechos económicos (p. 10).

Todo lo anterior permite tener una aproximación más fidedigna al asunto. De este modo, es posible que la explicación se halle en un punto intermedio entre la mera explotación colonial o el bienestar económico. Por ejemplo, se ha argumentado que los tratados económicos modernos parecieran ser, más bien, el producto de captura política por parte de conglomerados económicos cuyos intereses se encuentran sobrerrepresentados<sup>2</sup>.

Todo lo anterior, en definitiva, contribuye a la situación de privilegio en que se encuentran los inversionistas extranjeros en relación al resto de sujetos de la sociedad. Cabe notar, como explica Van Harten, que estas interpretaciones exceden el texto de los mismos TI. La hipótesis que ofrece Van Harten es que en los arbitrajes internacionales existe un incentivo perverso para fallar en favor del inversionista. Ello, puesto que los árbitros que deciden estas materias aumentan sus ganancias cuanto mayor es la cantidad de juicios ini-

<sup>1</sup> STIGLITZ (2008), p. 454.

<sup>2</sup> RODRIK (2018), pp. 82 y ss.; STIGLITZ (2008), pp. 551-552.

ciados, al percibir mayores honorarios, ya sea como árbitros o abogados litigantes (roles que suelen emplearse simultáneamente en distintos litigios). Con una interpretación expansiva de las cláusulas de protección del inversionista, aumentan las posibilidades del inversionista de ganar el juicio, proliferando la existencia de estos procedimientos y el mencionado beneficio para los árbitros de la industria. De estar en lo cierto Van Harten, los TI se asemejarían más a un negocio que a una institucionalidad de protección de derechos.

CARLOS MIRANDA ARRAU  
*Instituto Nacional de Derechos Humanos*

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- RODRIG, Dani (2018): “What do trade agreements really do?”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 32, N° 2: pp. 73-90.
- STIGLITZ, Joseph (2008): “Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities”, *American University International Law Review*, vol. 23, N° 3: pp. 451-558.