

## La protección de las inversiones extranjeras en conflictos armados y situaciones de emergencia

Antonio Pastor Palomar\*

### 1. Planteamiento

El tema que se presenta pretende examinar la relación entre dos elementos del Derecho Internacional de las Inversiones que nos conducen al contenido y los objetivos del Derecho Internacional Humanitario. De un lado, determinados climas de inversión —el conflicto armado u otras situaciones excepcionales o de emergencia nacional, revolución, disturbio, tensiones internas—; todos ellos explícitamente regulados en tratados internacionales e interpretados por la jurisprudencia internacional. De otro lado, un objetivo general: la protección y la seguridad jurídica de la inversión extranjera.

La protección de la inversión extranjera en un «clima» de conflicto armado —como los de Afganistán, Irak, Israel, Líbano, R.D. Congo, entre otros— y en situaciones excepcionales o de emergencia —Argentina en el 2001, Colombia, Sri Lanka, por ejemplo— es una necesidad de la sociedad internacional, que requiere un análisis jurídico superior al existente en la actualidad, como ha puesto de manifiesto el Comité de Inversiones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) al ocuparse de «[...] los riesgos para las empresas en las zonas de gobernabilidad frágil».<sup>1</sup>

---

\* Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Rey Juan Carlos (España), subdirector del Centro de Estudios de Iberoamérica de la misma casa de estudios y secretario de la Asociación Española de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales..

<sup>1</sup> OCDE. «Investment in Weak Governance Zones», 2006. Disponible en: <[www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)>.

Quede clara mi perspectiva axiológica: la protección primordial de las normas y obligaciones internacionales relevantes, sea cual sea su ámbito específico de aplicación, debería estar siempre orientada en beneficio de la persona humana, antes que de sus bienes. No concedamos que esto se valora siempre así, pues en el asunto *Asian Agricultural Products (Aapl) c. Sri Lanka*, ni siquiera se planteó al tribunal arbitral que la operación militar del ejército de ese país contra la guerrilla Tamil supuso la muerte de veintiún empleados de la granja Aapl. Entiendo que la violación de la obligación de vigilancia o plena protección y seguridad sobre la que se determinó la responsabilidad internacional de Sri Lanka y que dio lugar a una compensación económica a la empresa cercana al medio millón de dólares, no puede desvincularse del derecho supremo de la persona a la protección de su vida.<sup>2</sup>

Con demasiada frecuencia, las inversiones extranjeras se producen en un marco jurídico que se ve condicionado por dichas situaciones excepcionales o de emergencia, en las que es más factible el maltrato al inversor o a la inversión.<sup>3</sup>

Los sujetos activos y pasivos son los Estados —de inversión y el huésped— así como los inversores —personas físicas o jurídicas—. Más concretamente, en una situación de conflicto armado interno o internacional intervendrían: las autoridades o las fuerzas armadas del Estado huésped de la inversión, o los combatientes irregulares e ilegítimos que actúen en el territorio de ese mismo Estado, frente a la población civil y sus bienes.

Este núcleo de problemas se regula principalmente en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), que crean un régimen de trato a la inversión extranjera garantizado sobre todo por mecanismos arbitrales internacionales.<sup>4</sup> No voy a estudiar las cuestiones procesales de estos mecanismos sino el derecho material —el trato a la inversión y su interpretación jurisprudencial—, pues por ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones (CIADI), no es más que uno de los mecanismos de arbitraje internacional por el que las partes pueden optar, siempre que lo establezcan el APPRI o el convenio arbitral.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> CIADI. Caso N° ARB/87/3, laudo de 27 de junio de 1990. Disponible en: <<http://ita.law.uvic.ca/>>.

<sup>3</sup> Sobre el tema se ha discutido en un foro sobre tratados de inversiones organizado por el British Institute of International and Comparative Law, titulado «Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law», celebrado en septiembre de 2005. Véase LAIRD, I. A. «The emergency exception and the state of necessity», BIICL, disponible en: <[www.biicl.org](http://www.biicl.org)>.

<sup>4</sup> Para el estudio general de este tipo de tratados, véase DOLZER, R. y M. STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1995. También GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La protección de las inversiones exteriores (los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España)*. Valencia: Tirant, 2005.

<sup>5</sup> Sobre el arbitraje de inversiones en el Derecho Internacional, véase DÍEZ HOCHLEITNER, J. «Protección diplomática v. arbitraje de inversiones». *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum*

El clima de la inversión extranjera en las situaciones excepcionales o de emergencia se caracteriza por lo siguiente:

- Las deficiencias e insuficiencias en la garantía de los derechos fundamentales —incluido el derecho a la propiedad—, así como en la provisión de servicios públicos fundamentales para el gobierno de una población en un territorio determinado.
- Consecuentemente, los inversores se enfrentan a graves riesgos físicos, políticos y económicos por la existencia de violencia, corrupción, extorsión y violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.<sup>6</sup>

Las empresas no solo se benefician de derechos, puesto que también están obligadas a cumplir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Humanitario, como lo ha señalado Naciones Unidas, entre otras organizaciones internacionales.<sup>7</sup>

Junto a estas obligaciones, toda empresa que invierta en un país cuya gobernabilidad se vea afectada por una situación excepcional o de emergencia debería seguir las recomendaciones del Comité de Inversiones de la OCDE, que en el año 2006 preparó la *Guía para empresas que inviertan en zonas de gobernabilidad frágil*, en la que se recomienda:

- La estructuración o planificación de la inversión a partir de la información sobre el respeto en el Estado huésped de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).
- La adopción de medidas preventivas jurídicas y operativas para la protección física de los empleados y bienes de la empresa.<sup>8</sup>

Subrayo la importancia creciente de la responsabilidad social de las empresas ante el fenómeno conocido como la privatización de la guerra, que daría lugar a otro trabajo afín al que me ocupa.

---

José Antonio Pastor Ridruejo. UCM: 2005, pp. 476-477. Respecto al CIADI, SCHREUER, C. H. *The ICSID Convention: a Commentary*. Cambridge: 2001; y VIVES CHILLIDA, J. A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

<sup>6</sup> El clima de la inversión en un país concreto, que sufre una situación de conflicto armado u otra excepcional, es descrito en los informes del US Department of State, disponibles en: <[www.state.gov](http://www.state.gov)>.

<sup>7</sup> OCDE. «Les entreprises multinationales dans des situations de conflits violents et de violations generalices des droits de l'homme», 2002. Disponible en: <[www.ocde.org/investment](http://www.ocde.org/investment)>. También ZIEGLER, T. «Regulating Multinational Enterprises in Conflict Zones: a Framework for Conflict Impact Reduction». *Cahiers Internationales Brekkingen en Vredesonderzoek*, vol. 72, Centre for Peace Research and Strategic Studies, 2005. Respecto a la situación de las empresas transnacionales ante el Derecho Internacional, puede consultarse la obra de NOVAK, F. y L. GARCÍA CORROCHANO. *Derecho Internacional Público, sujetos de Derecho Internacional*. Tomo II, vol. 2. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 326-363.

<sup>8</sup> Documento citado en nota 1.

En suma, lo que más nos interesa es conocer la seguridad jurídica de los inversores e inversiones prevista en los APPRIS, pues complementan la protección de las víctimas de los conflictos armados, concretamente la población civil extranjera y sus bienes.

## 2. Interacción Derecho Internacional Humanitario/APPRIS: posibilidad y necesidad

### 2.1. Previsiones del DIH

La interacción DIH-APPRIS también se expresa en la relación entre la *lex generalis* y la *lex specialis*, cuando el Estado huésped de la inversión sufre una situación de conflicto armado. El vínculo y la convergencia en los objetivos están previstos tanto en el DIH cuanto en la mayoría de los APPRIS; luego lo veremos.

En el laudo de 27 de junio de 1990 dictado por un tribunal arbitral del CIADI sobre el asunto AAPL c. Sri Lanka, se afirma que: «[...] en ausencia de una norma específica establecida en el tratado mismo como *lex specialis* el Derecho Internacional general tiene que cumplir su función como *lex generalis*».<sup>9</sup>

Y, en la misma línea, la sentencia de 14 de julio de 1987 del Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones que resolvía sobre la base del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Consulares entre EEUU e Irán, el asunto Amoco International Finance Corporation c. Irán, se señaló que: «[...] las normas de Derecho consuetudinario pueden ser útiles para llenar posibles lagunas del Tratado, para determinar el significado de sus términos no definidos en el texto, o más generalmente, para interpretar y aplicar sus disposiciones».<sup>10</sup>

El complemento entre regímenes jurídicos puede darse a la inversa. Los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales admiten toda clase de acuerdos entre las partes, siempre que no perjudiquen la situación de las personas protegidas. Por tanto, caben estatutos más beneficiosos que los previstos expresamente en los convenios y protocolos, cuando haya acuerdo entre las partes.

Las obligaciones contenidas en los APPRIS, respecto al trato a la inversión, suplirían las deficiencias o insuficiencias presentes en el Derecho Internacional Humanitario en cuanto a la obtención de una reparación a las víctimas de infracciones.

<sup>9</sup> Ib., párrafo 54. Sobre este asunto, puede consultarse VASCIANNIE, S. C. «Bilateral investment treaties and civil strife: the AAPL/Sri Lanka Arbitration», N.I.L.R., 1992, pp. 332-354. También, los comentarios de VIVES CHILLIDA, J. A., ob. cit., nota 5, pp. 278 y ss.

<sup>10</sup> Publicado en COUSSIRAT-COUSTÈRE, V. y P. M. EISSEMAN (eds.). *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991, tomo III, vol. III (1946-1988), pp. 707-708.

Desde una perspectiva general del ordenamiento jurídico internacional, podría concluirse que la diversificación de funciones y contenidos del Derecho Internacional no conduce necesariamente a su fragmentación.

No obstante, además de las normas del artículo 3 común de las convenciones de 1949, para los casos de conflicto armado sin carácter internacional, en la convención que protege a personas civiles en tiempo de guerra (artículos 35 y siguientes) se reconocen unos derechos para los extranjeros que se encuentren en el territorio de una parte contendiente.<sup>11</sup>

Sin ánimo de exhaustividad, apunto los siguientes derechos:

- Aplicación de las «prescripciones relativas al trato de extranjeros en tiempo de paz».
- Derecho a salir del territorio.
- Trato de humanidad si hay privación de libertad o detención preventiva.
- Trato nacional en el derecho al trabajo.

El artículo 75 del protocolo adicional I completa estas normas.

También, en torno a la ejecución del convenio de protección a la población civil, los artículos 146 y 147 establecen que ante la existencia de una infracción grave como «[...] la destrucción y apropiación de bienes [no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario]», las partes se comprometen a:

- «[...] tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren o diesen orden de cometer una infracción grave».
- «[...] buscar a las personas acusadas debiendo hacerlas comparecer ante los tribunales nacionales, o entregarlas a otra Parte contratante interesada».
- «[...] adoptar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios».
- «[...] garantizar un procedimiento y la libre defensa, que no resulten inferiores a lo previsto en el Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra».

Además, el protocolo adicional I afirma en el artículo 48 la obligación de distinguir entre población civil y combatientes, o bienes de carácter civil y objetivos militares. Se prohíbe expresamente el ataque a la población civil y a bienes que no sean militares en los artículos 51 y 52. Así, en el ataque deben adoptarse una serie de

---

<sup>11</sup> A propósito de un estudio sucinto y sistemático del Derecho Internacional Humanitario, puede consultarse el manual de PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Décima edición. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 629-644. También, AA.VV. *Curso de Derecho Internacional Humanitario*. CEDIH, Cruz Roja Española, 1999.

precauciones (art. 57) encaminadas a ahorrar sufrimientos innecesarios o excesivos a la población civil —verificar la naturaleza de los bienes, elegir adecuadamente los medios y métodos de ataque, abstenerse de decidir un ataque que previsiblemente causará daños excesivos— e incluso a suspender o anular el ataque si se advierte que el objetivo no es militar. No caben los ataques indiscriminados y excesivos en relación con la ventaja militar. Solo podrían atacarse bienes de un inversor que «[...] por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyesen eficazmente a la acción militar o que ofreciesen una ventaja militar definida y proporcionada».

El protocolo II se aplicaría a los conflictos armados no cubiertos en el protocolo I, aunque no entrarían en su ámbito las tensiones internas, disturbios interiores u otras situaciones que aunque no se definan sí están recogidas *eo nomine* en las disposiciones de los APPRIS. De esta manera, los APPRIS serían *lex specialis* y perfeccionarían la protección del Derecho Internacional.

Por último, debo reconocer que en el último decenio ha sido evidente el progreso de la sociedad internacional al dotarse del Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional. El estatuto autoriza a la Corte a determinar el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas y también puede ordenar la Corte que se les conceda una reparación. Sin embargo, los procedimientos de reparación del daño a las víctimas del Derecho Internacional Humanitario siguen siendo precarios.<sup>12</sup>

A continuación, estudiaremos las previsiones de los APPRIS, que resultan especialmente interesantes en su comparativa con el DIH en lo concerniente al derecho de las víctimas a interponer recursos nacionales o internacionales y a obtener una reparación.

## **2.2. Previsiones de los APPRIS sobre la interacción con el Derecho Internacional general**

En el artículo 4 del APPRI España-Corea del Sur se habla de «[...] pérdidas debidas a guerra, otros conflictos armados, un estado de emergencia nacional, u otras circunstancias así consideradas por el Derecho Internacional».<sup>13</sup>

En otros APPRIS celebrados por España con El Salvador, México, Venezuela, Bolivia, entre otros, se vincula expresamente el trato justo y equitativo con el Derecho Inter-

---

<sup>12</sup> Sobre el tema, véase ZEGVELD, L. «Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del Derecho Internacional Humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003. Disponible en: <[www.icrc.org/](http://www.icrc.org/)>.

<sup>13</sup> BOE N° 297, 13 de diciembre de 1994.

nacional. Este vínculo posee gran alcance, pues como se verá en el siguiente punto, el trato justo y equitativo debe concederse en toda situación.<sup>14</sup>

Sucede además que, en virtud de las normas de interpretación de los tratados internacionales, junto a la interpretación textual, contextual y teleológica del APPRI, habrá de tenerse en cuenta «[...] toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» (artículo 31-3c de la Convención de 1969).<sup>15</sup>

En los mismos APPRIS se dispone que, para la solución de controversias de interpretación, el tribunal de arbitraje emitirá su dictamen sobre la base del Derecho Interno, las normas del propio APPRI, otros acuerdos vigentes entre las partes y los principios del Derecho Internacional. Si el APPRI guarda silencio sobre el Derecho aplicable, el artículo 42 (1) de la Convención de Washington establece que el tribunal arbitral decidirá la diferencia con las normas acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado, incluyendo las normas de Derecho Internacional Privado, y otras normas de Derecho Internacional aplicables.

En definitiva, todo apunta a que las normas del Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos —elementos del hecho ilícito, estado de necesidad—, las normas de los Derechos Humanos y las del Derecho Internacional Humanitario —necesidad militar, bienes civiles, destrucción o captura de bienes que ofrezcan una ventaja militar, precauciones en el ataque—, sirven para interpretar los estándares de protección establecidos en los APPRI.<sup>16</sup>

### 3. La responsabilidad internacional del Estado huésped de la inversión

De acuerdo con el artículo 12 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado,<sup>17</sup> habrá violación de la obligación internacional cuando el hecho del Estado no esté en conformidad con lo que de él exige la obligación, sea cual fuere su origen o naturaleza.

---

<sup>14</sup> En ese sentido, UNCTAD. *Recent Developments in International Investments Agreements*. Research Note, 30 de agosto de 2005 (UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1). También, Hague Academy of International Law. *2004 New Aspects of International Investment Law*. Centre for Studies and Research in International Law and International Relations. La Haya: Martinus Nijhoff, 2006.

<sup>15</sup> Sobre la interpretación de los tratados internacionales, véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. *La interpretación de las normas internacionales*. Pamplona: Aranzadi, 1996.

<sup>16</sup> La relación APPRIS-Derechos Humanos ha sido estudiada por PETERSON, L.E. y K.R. GRAY. «International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration». International Institute for Sustainable Development, 2003. Disponible en: <www.iisd.org>.

<sup>17</sup> Según el texto aprobado por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional el 26 de julio de 2001.

Si un árbitro, al interpretar el marco jurídico creado por el APPRI, se sirve del elemento implícito o explícito correspondiente al Derecho Internacional Consuetudinario, para decidir sobre la violación del estándar de protección a la inversión extranjera, el hecho disconforme del Estado constituiría probablemente una violación de la obligación dominante en los APPRIS para los Estados huéspedes de la inversión: el trato justo y equitativo.

Por ejemplo, en el asunto *AMT c. Zaire*, el Tribunal CIADI, en el laudo de 21 de febrero de 1997,<sup>18</sup> estableció la responsabilidad internacional del Estado sobre la base de la violación del estándar mínimo internacional de vigilancia de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho Internacional general y en el artículo 2 (4) del APPRI Estados Unidos-Zaire. Dicho artículo se refiere al trato a la inversión invocando un trato justo y equitativo complementado por la protección y seguridad «en todo momento».

La obligación establecida en los APPRIS sobre un trato justo y equitativo a la inversión extranjera resulta fundamental en el análisis. Su incumplimiento desencadena la responsabilidad internacional instada por un particular y también conlleva la obligación para el Estado de reparar el daño.

#### **4. ¿Cómo afectan las situaciones excepcionales o de emergencia el cumplimiento de la obligación del trato justo y equitativo?**

Aunque la mayoría de APPRIS no lo regulen expresamente en su texto, de acuerdo con el objeto y fin de los mismos, ha de entenderse que la obligación del trato justo y equitativo operaría también en situaciones excepcionales o de emergencia.<sup>19</sup>

Las situaciones de conflicto armado, revolución, insurrección, disturbio, graves crisis económicas e institucionales, o estado de emergencia nacional, se contemplan expresamente en las disposiciones de la mayoría de los APPRIS y son, precisamente, en las que más riesgo existe de un trato injusto y no equitativo.

El APPRI de España con Marruecos establece, en la cláusula de compensación por pérdidas (art. 6), que si tales situaciones se producen en el territorio o zona marítima de la otra parte contratante, las inversiones gozarán de «un tratamiento no discriminatorio». Esa previsión se completa con la regulación del trato nacional y el de la nación más favorecida, por lo que cabe inferir que el inciso relativo a la discriminación refleja uno de los elementos fundamentales del trato justo y equitativo.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> CIADI. Caso N° ARB/93/1.

<sup>19</sup> Sobre el tema, PASTOR PALOMAR, A. «Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España». *Revista Española Derecho Internacional*, 2006-1, en prensa.

<sup>20</sup> BOE N° 86, de 11 de abril de 2005.

En el mismo sentido, cuando el texto del APPRIS establece, en lugar distinto al de la cláusula de compensación por pérdidas, la plena protección y seguridad de la inversión, entendemos que la plenitud se proyectaría sobre todos los estándares de protección, e incluiría el trato justo y equitativo.

En la práctica, la plena protección y seguridad no se aplica solo a situaciones de violencia. Su efectividad puede consistir en la comprobación del cumplimiento, en circunstancias normales, del derecho a la tutela judicial efectiva ante una controversia de inversiones, como ha sido reconocido en el laudo de 3 de septiembre de 2001 en el asunto *R.S. Lauder c. República Checa*.<sup>21</sup>

Si la eficacia del trato justo y equitativo opera en toda circunstancia, ¿qué beneficio extrae el inversor de su aplicación en las situaciones excepcionales?

La respuesta nos lleva a las cláusulas de los APPRIS sobre compensación por pérdidas.

No todas se redactan de igual manera. En unas se establece que se otorgará al inversor extranjero el trato nacional y el de la nación más favorecida, a título de restitución o indemnización, salvo si la destrucción, requisición u ocupación de las inversiones es imputable al Estado huésped de la inversión. Este último inciso es importante, pues a diferencia de las nacionalizaciones o expropiaciones, las situaciones excepcionales no son voluntarias, en principio. Además, las cláusulas relativas a las expropiaciones, o medidas de efectos similares —expropiaciones indirectas—, establecen siempre el pago de una indemnización al inversor. Sin embargo, la indemnización por las pérdidas debidas a las situaciones de emergencia, solo tendrá lugar si procede con los inversores nacionales o con los de la nación más favorecida, y siempre que la requisita o destrucción sean consecuencia de las fuerzas o autoridades del Estado huésped.

Otro modelo de cláusula de compensación por pérdidas solo ofrece el trato de la nación más favorecida.<sup>22</sup> Y un tercer modelo guarda silencio sobre el hecho de que las pérdidas sean consecuencia de la actuación de los órganos del Estado huésped.

En suma, en estas situaciones entran en juego varios estándares de protección: los que inspiran el conjunto de las disposiciones de un APPRI —el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad—, el trato nacional o el de la nación más favorecida. Un primer beneficio, resultante de la interpretación del régimen de protección, se producirá cuando los APPRIS guarden silencio sobre la compensación por pérdidas en estas situaciones excepcionales —por ejemplo, sucede en los APPRIS celebrados

---

<sup>21</sup> Asunto *R. S. Lauder c. República Checa*, UNCITRAL, párr. 314. Disponible en: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>>..

<sup>22</sup> APPRIS de España con países asiáticos —Filipinas, Malasia—, o con países iberoamericanos —Uruguay, República Dominicana o Ecuador—.

por España con Turquía,<sup>23</sup> Chile<sup>24</sup> o Argentina<sup>25</sup>—. Creo que puede interpretarse que regirían cumulativamente el trato justo y equitativo, el trato nacional y el de la nación más favorecida, por dos razones:

- En los APPRI citados, los tres estándares están previstos con generalidad o no se ha descartado expresamente su aplicación en tales situaciones.
- La previsión general del trato justo y equitativo comporta el elemento de un estándar mínimo de protección de acuerdo con el Derecho Internacional general: que contendría la obligación de vigilancia y protección, así como la necesidad de reparar la violación en consecuencia de la responsabilidad internacional.

Esta solución también serviría para conceder una indemnización a los inversores que sufran pérdidas atribuidas a órganos del Estado huésped, cuando el APPRI aplicable no lo disponga explícitamente.

Algunos APPRI celebrados por España —con Macedonia<sup>26</sup>, Jamaica<sup>27</sup>, Kuwait<sup>28</sup>, entre otros— completan el contenido básico de la cláusula de compensación de pérdidas —trato nacional o el de la nación más favorecida a título de indemnización— con una disposición relativa a las pérdidas sufridas a consecuencia de la requisición o destrucción no necesaria de las inversiones por las fuerzas o autoridades del Estado huésped. En estos casos, se concederá a los inversores una compensación monetaria, adecuada y efectiva.

Me parece claro que dichos comportamientos —requisición, ocupación, destrucción por fuerzas armadas de un Estado— y el principio de necesidad, nos reenvían al Derecho Internacional Humanitario.

En el último punto de este trabajo vamos a comprobar la interpretación de estas cláusulas y estándares por la práctica arbitral internacional.

## 5. Algunos casos de la jurisprudencia arbitral internacional

Cronológicamente, comienzo por el laudo de 27 de junio de 1990 dictado en el asunto AAPL c. Sri Lanka, ya citado.

<sup>23</sup> BOE N° 71, de 24 de marzo de 1998.

<sup>24</sup> BOE de 19 de marzo de 1994.

<sup>25</sup> BOE de 18 de noviembre de 1992.

<sup>26</sup> En tramitación parlamentaria (BOCG, Serie C, N° 109-3, de 14 de octubre de 2005).

<sup>27</sup> BOE N° 11, de 13 de enero de 2003.

<sup>28</sup> En tramitación parlamentaria (BOCG, Sección Cortes Generales, Serie A, N° 232, de 17 de febrero de 2006).

La empresa, que se dedicaba al cultivo de camarones, tenía su sede en Hong Kong, por lo que el derecho aplicable era el APPRI Reino Unido-Sri Lanka de 13 de febrero de 1980. Los hechos se presentaron contradictoriamente por las partes en la controversia. Las conclusiones al respecto del tribunal son las siguientes: los rebeldes se infiltraron en el área donde se situaba la empresa desde 1986. La operación militar denominada Amanecer tuvo lugar en enero de 1987 e implicó la desaparición de la empresa. El gobierno de Sri Lanka tuvo la facultad durante un tiempo de evitar el ataque y expulsar preventivamente a las personas sospechosas de insurgencia y contó para ello con la colaboración de la empresa. El gobierno pudo haber procesado a los sospechosos para probar su culpabilidad o inocencia.

A mi entender, estas últimas circunstancias y comportamientos preventivos que señala el tribunal están previstos en el Derecho Internacional Humanitario, por lo que el gobierno también cometió infracciones en ese ámbito.

De este modo, el tribunal considera que el gobierno con su inacción u omisión violó su obligación de vigilancia o diligencia debida, que requiere la adopción de todas las medidas posibles que pudieran legítimamente esperarse para prevenir la eventual muerte de personas y destrucción de propiedades. Afortunadamente, el tribunal afirma que la protección de la propiedad constituye, de lejos, un objetivo menos imperativo (párrafo 85B).

El tribunal decidió la aplicabilidad de la cláusula de compensación por pérdidas a la luz de la responsabilidad internacional generada por violación de la cláusula que establece la plena protección y seguridad de la inversión. El Derecho Internacional general también obliga a la compensación por violación de la obligación de diligencia debida, que forma parte del estándar mínimo del Derecho consuetudinario.

Subrayamos la escasa relevancia que el tribunal concedió a las violaciones de los derechos humanos o del DIH. El trato a la inversión podía haberse apoyado sobre esa base.

El segundo laudo, que también se ha citado anteriormente, se dictó el 21 de febrero de 1997 en el asunto *AMT c. Zaire*, por otro tribunal CIADI.

*AMT* era una empresa estadounidense y basó su reclamación en el APPRI entre EE.UU. y el Zaire. En septiembre de 1991 y enero de 1993 diversos disturbios y actos de violencia causaron pérdidas y daños a la empresa.

La base legal de la responsabilidad internacional o la obligación que incumbía al Zaire era la de vigilancia, en el sentido de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena protección y seguridad de la inversión, sin poder invocar la legislación nacional como justificación del incumplimiento.

El tribunal no considera necesario determinar la autoría de los actos de violencia, pues la obligación de vigilancia se considera violada en todo caso de disturbios o actos violentos.

Tampoco considera relevante el tribunal esgrimir una tercera base de responsabilidad internacional; a saber, si la destrucción de la propiedad se produjo en una acción de combate.

## 6. Reflexiones finales

La unidad del Derecho Internacional, frente a la fragmentación, se aprecia positivamente en la interacción entre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Las consecuencias de dicha interacción en la aplicación judicial o arbitral de los APPRIS, que son los que contienen mecanismos de control que garantizan la eficacia de sus disposiciones, están por venir. Esto no quiere decir que la competencia material del arbitraje internacional de inversiones se extiende hasta el punto de constituir también un mecanismo que admita reclamaciones del DIH.

En este trabajo abogo por la efectividad de la interacción porque reportaría las siguientes ventajas a los principales destinatarios de las normas internacionales; a saber, la persona humana:

- El Derecho Internacional de inversiones aporta un control de carácter jurisdiccional, ofrece una reparación adecuada y colma la laguna relativa a la protección en situaciones de disturbios y tensiones internas donde la violencia puede alcanzar niveles próximos a los de los conflictos armados internos.
- El Derecho Internacional Humanitario contribuye a la determinación de conceptos utilizados en los APPRIS y de esta manera facilita la aplicación e interpretación de los mismos; incorpora el principio de humanidad y contrarresta la opacidad de las controversias de inversiones en las que se ven implicados los derechos humanos; su consideración aporta integridad o consistencia al conjunto del Derecho Internacional.
- Finalmente, ambos sectores del Derecho Internacional convergen en los objetivos, pues por ejemplo comparten los principios de respeto a las garantías fundamentales o la no discriminación.
- Por lo que respecta al papel del CICR, me planteo provisionalmente su participación cuando sea relevante en los procedimientos arbitrales —como *amicus curiae* o como testigo experto—, al igual que en el asunto Methanex (NAFTA) intervinieron grupos que argumentaron aspectos relativos al desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente.