



Italo Carrano Tarrillo<sup>(\*)</sup>

## **Advertencia:** cualquier parecido con la realidad es pura coincidencia

**¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales?**

“(…) NECESARIAMENTE PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD A UN ESTADO ES NECESARIO DEMOSTRAR QUE LA ACCIÓN DE LOS PARTICULARES ES IMPUTABLE AL ESTADO (DIRECTAMENTE O BAJO CUALQUIERA DE LAS MODALIDADES DE “AUTORIZACIÓN” O “RECONOCIMIENTO” COMENTADAS EN LAS SECCIONES ANTERIORES). ASIMISMO, DEBERÁ INDICARSE EXPRESAMENTE CUÁL ES LA OBLIGACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL VIOLADA.”

### **1. El planteamiento del problema**

1.1. Como parte de su marco de promoción de la inversión, el Perú mantiene diversos instrumentos (bilaterales o multilaterales) cuya finalidad principal es proveer al inversionista extranjero de garantías destinadas a la protección de sus actividades. En este marco, el Perú ha suscrito más de treinta acuerdos internacionales para la protección de inversiones, entre los que se encuentran tratados de libre comercio (que incluyen un capítulo específico referido a la protección de inversiones) y tratados bilaterales de inversión (en adelante, “TBI”).

Estos tratados internacionales contienen protecciones similares a favor del inversionista extranjero. Si bien las redacciones varían de tratado a tratado, estos acuerdos contienen usualmente garantías relacionadas a trato justo y equitativo, nivel mínimo de trato (tratamiento conforme al Derecho Internacional), expropiación, trato nacional, trato de nación más favorecida y protección y seguridades plenas. En forma adicional, estos acuerdos contienen mecanismos particulares para la solución de controversias entre los inversionistas protegidos y el Estado anfitrión (en la mayor parte de los casos, arbitraje internacional bajo las reglas del

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Nueva York. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.



¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales?



Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados en adelante, “la Convención CIADI”).

Este artículo se referirá a una de las protecciones que es comúnmente recogida en los TBI suscritos por el Perú: la garantía de protección y seguridades plenas. Ésta no tiene una redacción unívoca en todos los TBI peruanos: los textos varían entre aquellos en los que tienen una redacción que vincula a esta garantía con la de trato justo y equitativo<sup>(1)</sup> y/o

“EN EL MARCO DERIVADO DE ESTE FACTOR DE ATRIBUCIÓN, LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO ANFITRIÓN ES LA DE PROVEER SEGURIDAD A LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS (Y SUS INVERSIONES) DE MANERA DILIGENTE. CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL, LA INACCIÓN FRENTE A ESTA OBLIGACIÓN CONLLEVARÁ QUE LA CONDUCTA SEA ATRIBUIBLE AL ESTADO, SIN IMPORTAR LAS CARACTERÍSTICAS (PÚBLICAS O PRIVADAS) DEL CAUSANTE DEL DAÑO.”

con el de nivel mínimo de trato de acuerdo con el derecho internacional<sup>(2)</sup> y los que contienen el estándar de manera independiente<sup>(3)</sup> en un artículo específico del tratado. Esta variedad de redacciones se presenta, asimismo, a nivel internacional<sup>(4)</sup>.

Ahora bien, no obstante la interpretación de la protección internacional que estamos revisando puede ser influenciada por la redacción del tratado (y su vinculación o no a otras obligaciones derivadas del TBI)

- (1) El acuerdo de protección de inversiones suscrito por el Perú y el Reino Unido señala en su artículo 2: Las inversiones realizadas por nacionales o compañías de cada Parte Contratante recibirán en todo momento un trato justo y equitativo y gozarán de la plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante.
- (2) El tratado de libre comercio que mantiene Perú con Estados Unidos precisa en su artículo 10.5 (1) señala que: Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
- (3) El tratado que mantiene Perú y Alemania para la promoción y protección de inversiones señala en su artículo 4(1): Las inversiones de los nacionales o sociedades de una de las partes contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra parte contratante.
- (4) Una situación similar se presenta en la experiencia comparada. Los tratados que contienen esta garantía de protección se encuentran redactados con la misma variedad que los enunciados en las notas precedentes. DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 152. DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 61.



## Ítalo Carrano Tarrillo

<sup>(5)</sup>, el presente artículo no tomará en cuenta las diferencias de redacción que puedan existir entre los instrumentos internacionales que contienen esta protección.

La problemática de las redacciones (indispensable para la evaluación de un caso real) será dejada de lado en este trabajo para centrarnos sólo en el funcionamiento de la garantía en función al problema concreto descrito en la sección 1.2 siguiente. Para ello, utilizaremos como herramientas la casuística derivada de diversos arbitrajes de inversión<sup>(6)</sup>, así como también algunos fallos derivados de otros tribunales internacionales.

1.2. Para efectos de centrar nuestro análisis, partiremos de los hechos ficticios que detallamos a continuación. Nótese, sin embargo, que cualquier parecido con la realidad es sólo una coincidencia

La empresa X (cuyos accionistas son extranjeros) tiene una concesión para desarrollar una determinada actividad económica en una región del Perú. El país de origen de los accionistas mantiene un TBI con el Perú, el cual considera que la inversión de los accionistas extranjeros y a éstos como inversiones e inversionistas protegidos, respectivamente. El TBI contiene -entre otras protecciones- el estándar al que nos hemos referido hasta este momento (protección y seguridades plenas), el cual está redactado de manera independiente de cualquier otra protección contenida en el mismo TBI (“Las Inversiones Protegidas gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio del Estado Parte Contratante”).

La actividad de la empresa X es desarrollada sin contratiempos hasta que la zona de concesión es tomada por diversas personas naturales. Éstas no pertenecen al Estado, ni actúan bajo influencia o dirección de éste. Son simplemente un grupo (organizado para la ocasión) de personas naturales que han tomado las instalaciones de producción del inversionista extranjero como medida de fuerza para exigir la solución a reclamos de índole variada. Algunos reclamos van dirigidos hacia la propia empresa X (esto es: reclamos salariales y medio ambientales), mientras que otros tienen como destinatario al Estado (esto es: cambios en la política económica, mejoras en la infraestructura de la zona, derogación de leyes, negativa a que el país suscriba tratados internacionales).

La toma de la zona de concesión, sin embargo, se veía venir. Era de público conocimiento que existían exhortaciones (a través de diversos medios de comunicación locales) para la realización de la medida de fuerza. La empresa X había -adicionalmente- recibido amenazas que también alertaban sobre el descontento social existente y la posible toma (hechos que fueron informados oportunamente a las autoridades competentes). Estos hechos llevaron a la

- 
- (5) El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que contiene una regla para la interpretación de tratados) señala que: I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. La importancia de estas reglas de interpretación se encuentran no sólo en el hecho de ubicarse en un acuerdo internacional sobre tratados, sino que dichas reglas son consideradas (para los países que no suscribieron la citada convención) como costumbre internacional. MURPHY, Sean. *Principles of International Law*. Saint Paul: Thompson West, 2006. p. 85. Tomado en cuenta lo expuesto, diferentes redacciones podrían influir en la interpretación de los alcances de lo pactado. Véase también: ZEITLER, Helge. *The guarantee of full protection and security in investment treaties regarding harm caused by private actors*. En: *Stockholm International Arbitration Review*, 2005:3. pp. 3-6. CORDERO MOSS, Giuditta. *Full protection and security*. En: REINISCH, August. *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 134-135.
- (6) Los tribunales constituidos en el marco de los TBI no se encuentran obligados a seguir los razonamientos y/o decisiones de otros tribunales constituidos en el marco del mismo TBI o de otros diferentes. No obstante lo señalado, los lineamientos de decisiones emitidas respecto a un tema específico son utilizadas por diferentes tribunales (y las partes de la controversia) para sustentar sus posiciones. Ver a este efecto los razonamientos seguidos en: AES v. Argentina. Decisión de jurisdicción. 2005, parágrafos 23 y 30; y Saipem versus Bangladesh. Decisión de jurisdicción. 2007. parágrafo 67.



## ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales?

Defensoría del Pueblo a interponer sus buenos oficios para solucionar el conflicto inminente (lamentablemente, sin resultados positivos por la inacción de las autoridades competentes). La situación descrita quedó registrada en la base de datos que -a este efecto- mantiene la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo.

La medida de fuerza descrita ha causado daños a la empresa X. Éstos se derivan de la destrucción de las instalaciones, infraestructura y maquinaria de la empresa X durante la ocupación y de las pérdidas derivadas de la paralización de actividades y la destrucción de los activos. Es importante notar que -antes y durante la toma- el apoyo policial fue insuficiente.

No obstante que la autoridad competente conocía las amenazas, éstos hicieron poco o nada ante las mismas. No se dispuso el apoyo policial solicitado por la empresa X. Al fin del día de la medida de fuerza, los medios de comunicación locales informaban que el escuadrón policial encargado de imponer el orden había sido fácilmente reducido por la turba enardecida y que se conocía que las autoridades competentes habían actuado de manera contradictoria, encontrándose a la fecha sin disponer aún el traslado de refuerzos hacia la zona de conflicto.

Éste es el escenario (ficticio) que servirá de base para nuestro análisis. A partir de los hechos expuestos, ¿los inversionistas extranjeros (propietarios de la empresa X) habrían visto afectado su derecho a “las protecciones y seguridades plenas” derivado del TBI que su país de origen mantiene con Perú? Nuestra intención en este documento es establecer algunas consideraciones que deberían tomarse en cuenta para una respuesta a esa pregunta.

## 2. La responsabilidad del Estado por acciones de actores no estatales en el Derecho Internacional. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas

2.1. Pese a que nuestro análisis se centrará (principalmente) en decisiones derivadas de arbitrajes de inversión, este trabajo no brindaría una mirada completa al problema si no se diera una revisión general al estado de la cuestión respecto a la responsabilidad internacional del Estado para casos como el descrito. Nuestra primera escala será entonces determinar cómo debería reaccionar el Derecho Internacional ante demandas de responsabilidad contra un Estado presentadas por daños causados por actores no estatales.

Para nuestra revisión general, el insumo que usaremos será el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas en 2001 (el “Proyecto”).

Este Proyecto no supone un tratado internacional. Es únicamente una resolución no vinculante de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (*soft law*<sup>(7)</sup>), que efectúa una recomendación a los Estados parte de esa entidad<sup>(8)</sup>. El Proyecto (enmarcado dentro del

(7) Resolución 56/83 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Sobre el carácter de *soft law*, véase: MURPHY, Sean. *Op. Cit.*; p. 179.

(8) La parte resolutive de la Resolución 56/83 señala: Observando que el tema de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos reviste gran importancia en las relaciones entre los Estados [la Asamblea General],  
1. Acoge con beneplácito la conclusión de la labor de la Comisión de Derecho Internacional respecto de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y su aprobación del proyecto de artículos, así como de un comentario detallado acerca del tema;  
2. Expresa su agradecimiento a la Comisión de Derecho Internacional por su contribución continua a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional (...)



## Ítalo Carrano Tarrillo

esfuerzo de la CDI por codificar el Derecho Internacional) busca recoger las reglas aplicables a la responsabilidad internacional de los Estados; las cuales se han derivado de la práctica de éstos, las decisiones de tribunales (nacionales e internacionales) y la doctrina sobre la materia<sup>(9)</sup>.

De acuerdo con los términos de este Proyecto, la responsabilidad internacional del Estado se configura (aunque suene de perogrullo) solamente si es que el acto u omisión que genera el daño es atribuible a un Estado (y adicionalmente si dicho acto u omisión conlleva una infracción a una obligación internacional).

El Proyecto (intencionalmente) no define cuál es el factor de atribución de responsabilidad para la acción u omisión de Estado (esto es: dolo, culpa, responsabilidad objetiva), sino que -como se desprende del párrafo anterior- deriva dicha evaluación al caso concreto (es decir, al momento de evaluar la obligación de derecho internacional violada). El Proyecto es “neutro” respecto a la definición del factor de atribución aplicable. Con ello, cómo definir el factor de atribución de responsabilidad aplicable, dependerá del tratado o la costumbre internacional, según requiera el caso revisado.

2.2. En materia de atribución, la regla general derivada del Proyecto es que un Estado no será responsable por las actuaciones privadas de sus nacionales, aun cuando éstas causen daño a extranjeros<sup>(10)</sup>. En palabras de Shawn, recogidas en un artículo de Cohen, esta regla general puede ser explicada de la siguiente forma: “Si un ciudadano inglés ataca y causa daños a un ciudadano francés de vacaciones en Londres, el Reino Unido no será encontrado responsable por

los daños causados, a no ser que el causante del daño sea, por ejemplo, un policía o un soldado”<sup>(11)</sup>.

Lo señalado en el párrafo anterior nos lleva a una primera conclusión en el marco del Proyecto: para que el daño causado por agentes privados sea responsabilidad del Estado, dichas actuaciones privadas deben poder ser “atribuidas” al Estado.

2.3. El Proyecto analiza diversas circunstancias en las que acciones u omisiones de agentes privados pueden conllevar la atribución de responsabilidad a un Estado.

En primer término, el artículo 5 del Proyecto estipula que la acción de una persona (que no es órgano de un estado) será considerada como atribuible a este último si dicha persona está “(...) facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.

Esta “autorización gubernamental” (no obstante la calidad de privada de la persona que actúa) que puede conllevar responsabilidad del Estado puede encontrarse en los casos de empresas públicas y empresas privadas que desempeñan función administrativa. El profesor Crawford (redactor principal del

4. Toma nota de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, cuyo texto figura en el anexo de la presente resolución, y los señala a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda (el texto en corchetes es nuestro).

(9) MURPHY, S. *Op. Cit.*; p. 179. Incluso algunos autores encuentran la posibilidad que este proyecto contenga el estado de la costumbre internacional sobre la materia. ENGSTROM, Viljam. *Who is responsible for corporate human rights violation?* Finlandia: Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, 2002. p. 13.

(10) CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 110.

(11) Citado por: COHEN, Abby. *State Responsibility and Attribution. When is a State Responsible for Acts of State Enterprises? Emilio Agustín Maffezini versus The Kingdom of Spain*. En: WEILER, Todd. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2003. p. 17.



## ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales?

Proyecto) identifica como un ejemplo dentro de este artículo 5, el caso de firmas de seguridad privadas en algunos países que son contratadas para proveer seguridad en cárceles. En el marco del encargo que éstas reciben -señala Crawford- se encuentran autorizadas a ejercer función administrativa, motivo por el cual (de acuerdo con las regulaciones correspondientes) detienen y disciplinan a los reos<sup>(12)</sup>.

Un segundo ejemplo de esta atribución de conductas privadas a un Estado se deriva del artículo 8 del Proyecto. Éste dispone que la actuación de una persona o grupo de personas “por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese estado” supondrá una actuación atribuible a un Estado en el marco de las reglas de responsabilidad internacional. En este supuesto, el agente privado ya no actúa en ejercicio de función pública, sino que sólo desarrolla un encargo efectuado por parte de la autoridad estatal.

Crawford reconoce como ejemplos de este tipo de atribución los casos de voluntarios reclutados por órganos estatales para desarrollar actividades paralelas a la fuerza pública (y sin ser parte de ésta) o de “auxiliares” privados designados por el Estado para realizar actividades específicas fuera del país<sup>(13)</sup>. La discusión en estos casos (a diferencia del supuesto descrito hace dos párrafos) ya no se encuentra en la demostración de la existencia de la “función pública” requerida por el artículo 5, sino la prueba de la “dirección” y/o “control” por parte del Estado.

La prueba requerida por el artículo 8, sin embargo, no es sencilla de obtener. En el caso Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua, este Estado solicitó a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que se considere que Estados

Unidos era responsable por las violaciones al Derecho Internacional cometidas por el movimiento revolucionario de los Contras. La petición se sustentó en el hecho que Estados Unidos había proporcionado entrenamiento y ayuda (financiera, organizativa, tecnológica y logística) para la actividad de dicho grupo rebelde, lo que fue comprobado por la CIJ<sup>(14)</sup>.

Sobre la base de estos hechos, Nicaragua alegó que la actuación de los Contras debía ser atribuida a Estados Unidos, toda vez que dicha fuerza rebelde habría actuado “en representación” de Estados Unidos<sup>(15)</sup>. No obstante, las alegaciones de Nicaragua, la CIJ desestimó el pedido efectuado.

La CIJ consideró que, no obstante la importancia de la asistencia a los Contras, no existía evidencia para atribuir los actos de los Contras a Estados Unidos, toda vez que no existía un “control” sobre de las actividades de los Contras. En opinión de la CIJ, pese a la evidencia de la asistencia por parte de Estados Unidos (y eventual dependencia de los Contras de la ayuda proporcionada), no existían pruebas suficientes que demostraran que Estados Unidos “dirigía” (controlaba efectivamente) la realización de los actos cuestionados por Nicaragua en el proceso<sup>(16)</sup>. El estándar de prueba establecido por la ICJ en este caso es, ciertamente, alto<sup>(17)</sup>.

(12) CRAWFORD, J. *Op. Cit.*; p. 100. Igualmente, MURPHY, S. *Op. Cit.*; p. 181.

(13) CRAWFORD, J. *Op. Cit.*; p. 110.

(14) Caso Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua versus Estados Unidos) (Meritos). Decisión, ICJ Reports, 1986, párrafos 106-108.

(15) *Ibid.*; párrafo 109.

(16) *Ibid.*; párrafos 114-115.

(17) El estándar de prueba establecido en el Caso Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua es relajado por la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY). En el caso Tadic, la Sala de Apelación ya no requiere el “control efectivo” determinado por la ICJ, sino solamente “control global más allá del mero financiamiento y entrega de equipos (...) y que suponga participación en el planeamiento y supervisión de las actividades militares”. *Prosecutor versus Duko Tadic*. Decisión. Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 1999. párrafo 145. En la misma línea respecto a este tema, SOMER, Jonathan. *Acts of Non State Armed Groups and the Law Governing Armed Conflicts*. En: *ASIL Insights*. Volumen 10. Número 21, 2006 y CRAWFORD, J. *Op. Cit.*; p. 112. No obstante lo señalado, Crawford (en el mismo texto citado) reconoce que las diferencias de interpretación de los tribunales citados



## Ítalo Carrano Tarrillo

El artículo 9 del Proyecto contempla otro caso de atribución de conductas privadas a un Estado. Este artículo señala que el Estado será responsable cuando la acción de los privados suponga el ejercicio de poder público en situaciones en las que no existe esta autoridad. Crawford reconoce que este supuesto se presenta en circunstancias excepcionales tales como conflictos armados u ocupaciones extranjeras, en las que las autoridades regulares han sido disueltas o no operan<sup>(18)</sup>.

El último supuesto que analizaremos en el marco del Proyecto se encuentra referido a los casos en los que los actores privados realizan sus actividades sin una autorización gubernamental (formal o informal), pero el Estado “reconoce y adopta” posteriormente la conducta como propia. Es este “reconocimiento” y “adopción” (posteriores) de la conducta privada por el estado, la que hace que éste sea responsable.

Este supuesto (recogido en el artículo 11 del Proyecto) es ejemplificado con el caso Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán ante la CIJ. En este caso se deriva de la toma de la embajada norteamericana en Teherán por rebeldes favorables a la Revolución Islámica de 1979, lo que supuso el mantenimiento del personal de dicha delegación diplomática como rehenes por 444 días, desde 1979 y hasta 1981.

En el proceso, entre otros argumentos debatidos, la CIJ analizó las expresiones de respaldo del gobierno Iraní (incluyendo el Ayatolá Khomeini) a la acción de los rebeldes. En forma especial, la CIJ reconoció la asunción de responsabilidad por parte de Irán respecto a la conducta de los rebeldes con la emisión del decreto del 17 de noviembre de 1979, donde señalaba que “la noble nación iraní no da su permiso para la liberación del resto de los rehenes”. Con esta orden estatal, la CIJ concluyó que Irán asumió la actividad irregular de los rebeldes como propia, convirtiéndose en responsable internacionalmente frente a los Estados Unidos. En palabras

de la propia CIJ, la aprobación otorgada a estos eventos por el Ayatolá Khomeini y otros órganos del gobierno iraní convirtió a los rebeldes “(...) en agentes del Estado Iraní por cuyas conductas el Estado por sí misma es internacionalmente responsable”<sup>(19)</sup>.

2.4. La conclusión a la que podemos arribar con esta revisión rápida del Proyecto es que necesariamente para atribuir responsabilidad a un Estado es necesario demostrar que la acción de los particulares es imputable al Estado (directamente o bajo cualquiera de las modalidades de “autorización” o “reconocimiento” comentadas en las secciones anteriores). Asimismo, deberá indicarse expresamente cuál es la obligación de Derecho Internacional violada.

### **3. La garantía de protección y seguridades plenas en los TBI ¿Alcanza a los hechos descritos en la sección 1.2?**

#### **3.1. El contenido de la obligación de otorgar “protección y seguridades plenas” recogida en un TBI**

3.1.1. Tradicionalmente el alcance de este estándar ha estado asociado con la necesidad de protección del inversionista extranjero (y sus inversiones) contra la violencia física<sup>(20)</sup>. Así, este estándar ha sido aplicado en circunstancias en las que el inversionista (o su propiedad) han sido afectados por acciones de las fuerzas del orden, desordenes públicos y/o convulsión social<sup>(21)</sup>. El estándar que

pueden encontrarse en las distintas funciones de los mismos. La CIJ sólo busca determinar responsabilidad internacional de los Estados, mientras que la ICTY establece responsabilidad penal individual de quienes cometieron actos criminales en violación al Derecho Internacional Humanitario.

(18) CRAWFORD, J. *Op. Cit.*; p. 115.

(19) Caso Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán. Decisión, ICJ Reports. 1980. parágrafo. 74.

(20) DOLZER, R y C. SCHREUER. *Op. Cit.*; p. 149.

(21) *Investor-state disputes arising from investment treaties: a review*. United Nations, 2006. p. 40. REISMAN, Michael, BISHOP, DOAK y CRAWFORD, James. *Foreign Investment Disputes*. La Haya: Kluwer Law, 2005. p. 1008.



## ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales?

estudiamos ha sido analizado en casos en los que se destruyó una fábrica de un inversionista extranjero y se asesinó a los gerentes de la misma (AAPL versus Sri Lanka), la toma de hoteles de propiedad de extranjeros por parte de fuerzas del orden (Wena versus Egipto) o el saqueo y destrucción de inversiones de extranjeros en Zaire (AMT versus Zaire).

Este contenido tradicional de las “protecciones y seguridades plenas” en un TBI es reconocido como el contenido esencial de la garantía. Esta circunstancia ha llevado a algunos diversos Tribunales Internacionales a entender que los alcances de la misma se encuentran limitados a la protección contra la violencia física y no más allá. A manera de ejemplo, el Tribunal de Saluka versus República Checa (analizando el TBI suscrito por República Checa y Holanda) concluyó respecto a esta materia que las protecciones y seguridades plenas deben ser aplicadas “(...) cuando la inversión extranjera es afectada por (...) violencia física”<sup>(22)</sup>. En una línea similar se encuentran los tribunales de los casos PSEG versus Turquía<sup>(23)</sup> y BG versus Argentina<sup>(24)</sup>.

Esta posición restringida a los casos de violencia física también se encuentra reflejada en los textos de algunos tratados para la protección de inversiones peruanos. El tratado de libre comercio (TLC) que mantienen Perú y Estados Unidos (siguiendo la estructura del modelo estadounidense de tratado bilateral de inversión) restringe el concepto de “protecciones y seguridades plenas” a la protección contra la violencia física hacia el inversionista extranjero.

Como señalamos anteriormente, el TLC referido reúne en una única redacción a tres protecciones a favor del inversionista extranjero: nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional, trato justo y equitativo, y protección y seguridad plena. El artículo 10.5 (2) del referido tratado señala: “Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese

estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: (...) (b) ‘protección y seguridad plenas’ exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”.

Nótese como pese a la revisión de protecciones bajo una misma redacción, el propio tratado internacional restringe el alcance de las protecciones y seguridades plenas a su contenido esencial: la violencia física, la misma que debe cuidarse a través de la asistencia policial correspondiente.

3.1.2. La obligación de proveer esta protección y seguridades plenas, sin embargo, puede ir más allá que la protección física<sup>(25)</sup>. En el caso Azurix versus Argentina, el reconocimiento del la discusión existente sobre el alcance del estándar que revisamos lleva al tribunal a señalar: “Los casos arriba referidos muestran que se entendió que el concepto de protección y seguridad plenas iba más allá de la protección y la seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro (...). Sin embargo,

“(...) EL TRATAMIENTO BRINDADO AL NACIONAL EN EL TERRITORIO DEL ESTADO ANFITRIÓN NO PUEDE SUPONER UNA EXCUSA PARA LA VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA OTORGADA ESPECIALMENTE AL INVERSIONISTA EXTRANJERO”.

(22) Saluka versus República Checa. Laudo parcial. 2006. parágrafo 483.

(23) PSEG versus Turquía. Laudo. 2007. parágrafo 258.

(24) BG versus Argentina. Laudo. 2007, párrafos 324-327.

(25) ZEITLER, H. *Op. Cit.*; p. 1. DOLZER, R y C. SCHREUER. *Op. Cit.*; p. 149.



## Ítalo Carrano Tarrillo

cuando los términos 'protección y seguridad' vienen calificados por 'plenas' sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física<sup>(26)</sup>.

La extensión otorgada a este estándar comprende en algunos casos una garantía especial contra violación de los derechos del inversionista a partir de la aplicación de leyes y reglamentos del país receptor de la inversión, o de la actuación de su administración pública<sup>(27)</sup>. Así, en el caso Siemens versus Argentina, el tribunal arbitral reconoció que esta protección incluía una garantía respecto a la calidad del sistema legal y la previsibilidad de su aplicación<sup>(28)</sup>; mientras que en el caso CME versus República Checa se reconocía que el Estado anfitrión estaba obligado a asegurar que la garantía de protección y seguridades plenas para el inversionista extranjero protegía al inversionista de modificaciones en las normas legales o acciones de la administración pública que los afecten<sup>(29)</sup>.

La discusión sobre el alcance de la protección revisada (respecto a la extensión más allá del contenido esencial mencionado en la sección 3.1.1 anterior) se encuentra abierta: no existe una conclusión definitiva<sup>(30)</sup>. Nuestro análisis se centrará, sin embargo, en el contenido básico de la obligación, respecto a la cual existe un consenso: la protección contra la violencia física contra el inversionista y sus inversiones.

### 3.2. Cobertura de acciones de terceros no estatales ¿Sólo actos del Estado o también de terceros privados?

El primer objetivo que se deriva de la garantía que revisamos es evitar que sea la propia acción del Estado (por medio de sus propias fuerzas del orden) la que sea utilizada para dañar una inversión extranjera<sup>(31)</sup>.

Ciertamente, varios casos decididos en el marco de la Convención CIADI analizan este primer alcance que

mencionamos. En el caso AAPL versus Sri Lanka, la demanda del inversionista se sustentaba en la destrucción de la inversión como consecuencia de operación militar del ejército cingalés contra los rebeldes Tigres Tamiles. La inversión efectuada por tropas del ejército sobre la propiedad del inversionista y la destitución general por dicha acción militar.

Circunstancias similares se presentan otros casos. En el caso Wena versus Egipto, la existencia de una infracción a la garantía de protecciones y seguridades plenas es sustentada por el inversionista a partir de la toma ilegal que realizó una dependencia estatal egipcia de los hoteles desarrollados y administrados por el inversionista extranjero<sup>(32)</sup>, mientras que en AMT versus Zaire, el inversionista sindicó a las fuerzas armadas del país anfitrión como el causante de los daños a su inversión<sup>(33)</sup>.

La acción del Estado, sin embargo, no es la única fuente posible de infracciones que prevé la garantía que estudiamos. Como reconocen Dolzer y Schreuer<sup>(34)</sup>, el deber de otorgar protección física al inversionista comprende no sólo las acciones del Estado, sino también la actuación de terceros privados.

Esta ampliación de la protección a la actividad de terceros es analizada, por ejemplo, en el fallo arbitral de AMT versus Zaire. El reclamo, en este caso, es presentado por AMT (una persona jurídica constituida en Estados Unidos) sobre la

(26) Azurix versus Argentina. Laudo. 2006. parágrafo 408.

(27) DOLZER, R y C. SCHREUER. *Op. Cit.*; p. 149.

(28) Siemens versus Argentina. Laudo. 2007, parágrafo 303.

(29) CME versus República Checa. Laudo parcial. 2001. parágrafo 613.

(30) REISMAN, M., D. BISHOP y J. CRAWFORD. *Op. Cit.*; p. 1008.

(31) SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 237.

(32) Wena versus Egipto. Laudo. 2000. párrafos 28-34.

(33) AMT versus Zaire. Laudo. 1997, parágrafo 1.05.

(34) DOLZER, R y C. SCHREUER. *Op. Cit.*; p. 150.



## ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales?

base del TBI que mantenían Zaire<sup>(35)</sup> y Estados Unidos. AMT, para efectos de este caso, era accionista principal de Société Industrielle Zairoise (Sinza), sociedad constituida en Zaire que poseía un complejo industrial dedicado a la producción de baterías. La demanda de AMT se fundamenta en las pérdidas sufridas por Sinza como resultado del saqueo de su planta y destrucción de sus activos por -conforme alegó AMT- miembros de las fuerzas armadas de Zaire en 1991 y 1993.

Es importante notar cómo, en su análisis, el tribunal no puede demostrar que los daños causados a la inversión protegida se debieron a la actuación de las fuerzas armadas de Zaire. No obstante ello, el tribunal concluyó que la garantía de protecciones y seguridades plenas no sólo se extiende a evitar los potenciales daños derivados de acciones de las fuerzas del orden, sino que comprende inclusive a terceros privados. El tribunal precisa a este efecto que “No tiene importancia si fueron los miembros de las fuerza armadas de Zaire o cualquier ladrón (...)” para determinar la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados<sup>(36)</sup>.

### 3.3. Tipo de responsabilidad derivada de esta garantía

3.3.1 En las secciones anteriores llegamos a la conclusión preliminar que el contenido básico de la garantía que estudiamos se encuentra en la protección del inversionista frente a la violencia física y que ésta protección puede cubrir tanto actos del Estado anfitrión como conductas de terceros no estatales.

Sin embargo, solucionado el alcance básico de la protección, cabe preguntarse en qué supuestos se entenderá que los daños ocasionados al inversionista por terceros privados pueden ser considerados como responsabilidad del estado anfitrión. La respuesta a esta pregunta tiene que ver con la determinación del factor de atribución de responsabilidad derivado de las protecciones y seguridades plenas.

Para efectos de nuestro análisis debe recordarse que cuando analizamos el Proyecto en la sección (2) de este trabajo, indicábamos que dicho documento no establecía el factor que permitiría establecer la responsabilidad al Estado. Ello

se debía -decíamos en ese momento- a que el Proyecto busca que las preguntas sobre el factor de atribución de responsabilidad del Estado sean respondidas directamente por la fuente de Derecho Internacional aplicable correspondiente (esto es: tratado, costumbre).

En el caso de la protección que revisamos, la construcción respecto del factor de atribución de responsabilidad puede ser realizada a partir de las decisiones que respecto a esta materia han sido adoptadas por los tribunales internacionales. Para efectos de nuestro análisis, tomaremos como base el laudo arbitral emitido en el caso AAPL versus Sri Lanka, un arbitraje de inversión bajo el Convenio CIADI.

Este caso se origina en la demanda presentada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) por un AAPL (un inversionista de Hong Kong) por los daños causados a su inversión en Sri Lanka (una sociedad constituida en dicho país propietaria de una granja de camarones). AAPL presentó esta demanda al amparo del TBI celebrado entre Sri Lanka y el Reino Unido, cuyo artículo 2 contenía la obligación de Sri Lanka (como Estado anfitrión) de proveer a los inversionistas protecciones y seguridades plenas.

El reclamo del demandante se fundamentó en la destrucción de la granja de su propiedad en 1987. Ésta fue el resultado de la intervención de las fuerzas del orden de Sri Lanka, la misma que se originó -de acuerdo con el demandado- por el uso que los rebeldes locales (los “Tigres Tamailes”) daban a la señalada instalación. La incursión militar supuso la pérdida total de la inversión efectuada y el asesinato de parte del personal a cargo de administración de la inversión.

(35) Hoy, República Democrática del Congo.

(36) AMT versus Zaire. Laudo. 1997. parágrafo 6.13.



## Ítalo Carrano Tarrillo

En el marco de este arbitraje, AAPL señaló que la obligación de protección y seguridad plenas contenida en el TBI Reino Unido - Sri Lanka generaba para el Estado anfitrión un régimen de responsabilidad objetiva respecto a cualquier daño ocasionado al inversionista extranjero. Esta lectura de la garantía conllevaba que Sri Lanka (en opinión del demandante) debía responder por cualquier destrucción de la inversión del inversionista extranjero, inclusive si ésta era ocasionada por personas que no se encontraban bajo la dirección o control del Estado anfitrión. Esto significaba en la práctica que la obligación de proveer protecciones y seguridades plenas suponía “(...) un nuevo tipo de responsabilidad absoluta objetiva denominada ‘sin culpa’<sup>(37)</sup> de cargo del Estado anfitrión y que para el inversionista extranjero, ello suponía “(...) un tipo de ‘seguro’ contra los riesgos que la inversión sea destruida en cualquier circunstancia”<sup>(38)</sup>.

La posición del Estado en el arbitraje rechazó los argumentos del inversionista extranjero. Para Sri Lanka, el lenguaje derivado del TBI no podía suponer la imposición de una responsabilidad absoluta y que la protección debía conllevar necesariamente el análisis del comportamiento del Estado anfitrión a la luz de la obligación de “debida diligencia”.

Nótese como la discusión en este arbitraje se centra el factor de atribución de responsabilidad derivado de la obligación de proveer “protecciones y seguridades plenas”. De un lado, AAPL sostenía que la garantía debía suponer una responsabilidad objetiva de cargo del Estado receptor, que conllevara una indemnización por cualquier daño ocasionado (y sin importar la fuente que causa el mismo), mientras que el Estado exigía que el cumplimiento de la obligación derivada del TBI debía ser analizada a la luz de un comportamiento acorde con la “debida diligencia” (es decir, si el Estado habría actuado con diligencia, no debía responder por los daños). Los factores de atribución en discusión eran claros en las pretensiones de las partes del arbitraje: de un lado responsabilidad objetiva,

mientras que, de otro lado, se buscaba un análisis subjetivo (analizar la diligencia: no existencia de negligencia).

La decisión del tribunal de AAPL versus Sri Lanka rechazó el régimen de responsabilidad objetiva propuesto por el demandante y acogió la necesidad de evaluar la conducta del Estado conforme a la “diligencia debida”<sup>(39)</sup>.

La decisión en AAPL versus Sri Lanka ha servido de base para aclarar que la obligación general del Estado anfitrión, en el marco de las protecciones y seguridades plenas, es la de actuar con debida diligencia en la protección de la inversión extranjera y que ésta no crea una responsabilidad objetiva que responsabilice al Estado por cualquier destrucción de la inversión causada (inclusive por personas cuyos actos no puedan ser atribuidos al Estado)<sup>(40)</sup>.

3.3.2. El factor para atribuir responsabilidad al Estado en el marco de la garantía de protecciones y seguridades plenas será el de incumplimiento de una obligación de debida diligencia. Este tipo de responsabilidad es subjetivo y creemos que lo es ya que conlleva una evaluación de la actuación del Estado anfitrión en el caso concreto. Ello a diferencia de la responsabilidad objetiva, en la que no existe evaluación de la conducta desarrollada sino solamente se verifica el daño ocasionado.

En el marco derivado de este factor de atribución, la obligación del Estado anfitrión es la de proveer seguridad a los ciudadanos extranjeros (y sus inversiones) de manera diligente<sup>(41)</sup>. Conforme

(37) AAPL versus Sri Lanka. Laudo. 1990. parágrafo 45.

(38) AAPL versus Sri Lanka. Laudo. 1990. parágrafo 45.

(39) AAPL versus Sri Lanka. Laudo. 1990, parágrafo 50.

(40) DOLZER, R. y M. STEVENS. *Op. Cit.*; p. 61; DOLZER, R y C. SCHREUER. *Op. Cit.*; p. 149. CORDERO, G. *Op. Cit.*; p. 142; REISMAN, M., D. BISHOP y J. CRAWFORD. *Op. Cit.*; p. 1008.

(41) CHRISTENSON, Gordon. *Attributing acts of omission to the state*. En: *12 Michigan Journal of International Law*, 1990. p. 324. BARNIDGE, Robert. *States due diligence obligations with regard to international non-state terrorist organizations post 11 September 2001: the heavy burden that states must bear*. En: *16 Irish Studies Affairs*, 2005, 107. GARCÍA-AMADOR, F. VERSUS. *Responsabilidad del Estado. Segundo reporte sobre Responsabilidad Internacional*. 1957, p. 122.



## ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales?

al Derecho Internacional, la inacción frente a esta obligación conllevará que la conducta sea atribuible al Estado, sin importar las características (públicas o privadas) del causante del daño<sup>(42)</sup>. En ese sentido, parafraseando a Sornarajah, el Estado tiene la obligación de brindar protección al inversionista contra la violencia que atente contra su persona y su propiedad, si es que esa violencia puede ser razonablemente anticipada<sup>(43)</sup> y sin importar la fuente de la misma.

3.3.3. La obligación de evitar el daño al inversionista extranjero utilizando la debida diligencia ha sido reconocida en varios fallos arbitrales internacionales derivados de los TBI.

En el caso *Wena versus Egipto* (donde se discute la violación de la garantía a partir de la toma ilegal de la inversión por parte de una dependencia estatal egipcia), el tribunal consideró que existía una violación a la garantía de protecciones y seguridades plenas, toda vez que el Estado egipcio había sido informado en forma reiterada de las intenciones de violentar la inversión extranjera y ninguna acción había sido dispuesta por el referido Estado anfitrión para evitar ello<sup>(44)</sup>.

Nótese que en el caso *Wena versus Egipto*, el conocimiento del Estado de las posibles acciones contra la inversión extranjera se derivaban de reuniones sostenidas con diversos ministros egipcios en distintas oportunidades en las que *Wena* habría expresado su preocupación por futuras acciones que pudieran afectar sus inversiones. Los ministros egipcios en todos los casos afirmaron que -en ningún caso- podrían producirse hechos violentos contra *Wena* y sus inversiones<sup>(45)</sup>.

Una opinión similar puede encontrarse en el fallo del caso *AMT versus Zaire*. Como comentábamos líneas arriba, el reclamo del inversionista se sustentaba en los daños causados por una supuesta intervención de las fuerzas armadas locales en la propiedad del inversionista estadounidense. El reclamo se sustentó en la violación a la garantía que revisamos en este trabajo.

El tribunal del caso *AMT versus Zaire* hizo explícito el deber de debida diligencia de cargo del Estado anfitrión con respecto a la protección de la inversión extranjera al señalar que: “La obligación que corresponde a Zaire es una obligación de vigilancia, en el sentido que Zaire como estado receptor de las inversiones efectuadas por *AMT*, una sociedad estadounidense, debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar la plena seguridad y protección de las inversiones (...) Zaire debe mostrar que adoptó todas las medidas de precaución para proteger las inversiones de *AMT* en su territorio”<sup>(46)</sup>.

Nótese que inclusive en casos en los cuales se ha rechazado la aplicación de la garantía, los tribunales reconocen la obligación de vigilancia de cargo del Estado anfitrión en los términos expresados por los casos *Wena versus Egipto* y *AMT versus Zaire*. Éste es el supuesto del caso *Noble Ventures versus Rumania*.

Aquí la queja es presentada por el inversionista *Noble Ventures Inc.* (una sociedad estadounidense) en el marco del TBI que mantenían Estados Unidos y Rumania. La demanda se sustenta en los daños causados a la inversión de *Noble Ventures* como consecuencia de la realización de demostraciones por parte de los trabajadores afiliados a sindicatos locales. Estas manifestaciones (que tenían como objetivo la terminación de las actividades del inversionista y la anulación de la privatización que le concedió al inversionista el derecho a realizar sus actividades comerciales en Rumania)

(42) *Loc. Cit.*

(43) SORNARAJAH, M. *Op. Cit.*; p. 237; REISMAN, M., D. BISHOP y J. CRAWFORD. *Op. Cit.*; p. 1008. UNCTAD *Op. Cit.*; p. 40.

(44) *Wena versus Egipto*. Laudo. 2000. parágrafo 84.

(45) *Ibid.*; parágrafo 85.

(46) *AMT versus Zaire*. Laudo. 1997. parágrafo 6.05.



## Ítalo Carrano Tarrillo

habrían causado daños a la inversión. El principal reclamo del inversionista es que los daños se produjeron porque la policía rumana no implementó las medidas adecuadas para evitar las acciones violentas de los manifestantes.

Si bien el tribunal rechaza la pretensión del demandante debido a la falta de pruebas, el tribunal señala *obiter dictum* que el Estado anfitrión tiene un deber de actuar conforme a la debida diligencia para proteger la inversión extranjera. En palabras del propio tribunal de *Noble Ventures versus Rumania*, “inclusive asumiendo la corrección de las alegaciones de hecho del Demandante, es difícil de identificar una falla específica del Demandado de ejercer la obligación de debida diligencia en proteger al Demandante (...) el Demandante ha fallado en probar que sus daños y pérdidas podrían haber sido prevenidas por el Demandado si éste hubiera actuado con debida diligencia”<sup>(47)</sup>.

### 4. ¿Qué conlleva la obligación de debida diligencia?

4.1. Si bien hemos llegado a la conclusión en los párrafos anteriores que la garantía de protección y seguridades plenas supone la obligación del Estado anfitrión de proteger y prevenir con debida diligencia la realización de conductas que afecten la inversión extranjera, queda por aclarar qué debemos entender por “debida diligencia”. La definición de este concepto es control en nuestro análisis ya que solo la violación de esta obligación es la que generará responsabilidad

Ciertamente, el deber de protección y prevención al que nos referimos es una obligación de medios y no de resultados<sup>(48)</sup> (afirmar algo diferente sería insistir en la tesis del demandante en el caso *AAPL versus Sri Lanka* antes mencionada por el cual el Estado anfitrión debía responder por cualquier daño ocasionado a la inversión sin importar el causante y las circunstancias del caso). Así, será el grado de diligencia aplicado por el Estado anfitrión al caso concreto, el que permitirá determinar si dicha obligación de medios se ha incumplido o no.

El concepto de “debida diligencia”, sin embargo, no es fácil de asir. En su segundo reporte preparado para la CDI respecto a la responsabilidad internacional de los Estados, el reportero especial García-Amador ya adelantaba las dificultades existentes para definir este concepto. García-Amador señalaba a este efecto: “Existe la opinión casi unánime en el sentido de que el criterio de la debida diligencia no admite una definición clara y precisa, que permita objetiva y exactamente que un Estado ha sido ‘diligente’ en el desempeño de sus funciones de vigilancia y protección”<sup>(49)</sup>.

4.2. Pero, pese a la dificultad levantada por García-Amador, existen elementos que deberían ser evaluados para establecer si la conducta del Estado anfitrión se encuentra acorde con el deber de debida diligencia. En las líneas siguientes, plantearemos la discusión respecto a algunos de dichos elementos (sin ánimo de tener una enumeración taxativa).

Un primer elemento a tomar en cuenta es si el grado de diligencia depende de los medios disponibles. ¿Puede un Estado limitar su deber de debida diligencia debido a que tiene recursos insuficientes o es poco desarrollado?

La respuesta a esta pregunta no es pacífica. Si bien sobre una materia diferente, el tema ya ha sido puesto sobre la mesa en el seno de la CDI al discutir las reglas de responsabilidad aplicables a cursos de aguas internacionales. Inicialmente, la propuesta presentada a la CDI señalaba que el grado de diligencia que debía esperarse de un Estado suponía que éste tenga “(...) con carácter permanente (...)”

(47) *Noble Ventures versus Rumania*. Laudo. 2005, parágrafo 166.

(48) CORDERO, G. *Op. Cit.*; p. 138. ZEITLER, H. *Op. Cit.*; p. 12.

(49) García-Amador, F. *VERSUS Op. Cit.*; p. 122. El proyecto preparado por García-Amador tenía un artículo específico referido a la responsabilidad internacional del Estado por no actuar con debida diligencia en los casos de individuos no estatales.



## ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales?

unos recursos materiales suficientes para cumplir con sus obligaciones internacionales en situaciones normales<sup>(50)</sup>. La propuesta fue observada por diversos miembros de la CDI debido a que la obligación de diligencia debida debía considerar el grado de desarrollo del Estado involucrado: a menos recursos, menos posibilidad de actuar con diligencia<sup>(51)</sup>. La discusión es perfectamente trasladable a nuestro caso.

De otro lado, ¿debe la diligencia ser evaluada en función a los riesgos involucrados? La discusión también ha sido revisada por la CDI respecto a una materia diferente. En el análisis del artículo 4 del Proyecto de Normas de Responsabilidad Internacional por daños originados en actos no prohibidos por el Derecho Internacional, el reporte del grupo de trabajo específico señalaba que la obligación de diligencia debida es directamente proporcional al riesgo o daño causado<sup>(52)</sup>.

Una conclusión similar respecto a este tema aparece del fallo del caso Alabama. En este caso, Estados Unidos reclamó a Inglaterra el incumplimiento de sus obligaciones como Estado neutral durante la Guerra Civil americana. Los Estados Confederados habían encargado la construcción de varias naves de guerra (incluyendo el navío “Alabama”) a varias compañías privadas en el Reino Unido (quien era un Estado neutral respecto al conflicto referido). La pregunta en este caso era si el Reino Unido había actuado con diligencia debida al no impedir la construcción del navío “Alabama” dentro de su territorio<sup>(53)</sup>. El fallo arbitral en el caso Alabama reconoció que la debida diligencia debería ser ejercitada de manera proporcional a los riesgos involucrados<sup>(54)</sup>.

En esta línea, parecería que nuestro análisis respecto al cumplimiento de una obligación de debida diligencia supondría de alguna forma la aplicación de la Fórmula Hand (existirá culpa en la causación de un hecho dañoso, cuando el causante

pudo prevenirlo invirtiendo en precaución menos que el valor esperado de los costos de ese evento dañoso, y no lo hizo).

Relacionado con el punto mencionado en el apartado anterior, un tercer elemento a ser tomado en cuenta para determinar el cumplimiento de la obligación diligencia se encuentra en el conocimiento o posibilidad de conocimiento que el Estado anfitrión tenía sobre los potenciales daños.

Este elemento es evaluado por el tribunal del caso Wena versus Egipto, donde -como vimos anteriormente- el Estado egipcio había sido informado en forma reiterada de las intenciones de violentar la inversión extranjera y ninguna acción había sido dispuesta por el referido Estado anfitrión para evitar ello. Así, aun cuando el tribunal concluye que no existen evidencias de la participación de miembros de las fuerzas del orden en la toma de la inversión, sí concluye que la responsabilidad de Egipto se deriva del hecho que sus autoridades estaban conscientes de que la afectación a la inversión extranjera era inminente y no hicieron nada para evitarla<sup>(55)</sup>.

El fallo del caso AMT versus Zaire incluye otro factor a tomar en consideración: la necesidad de las medidas para evitar el daño. En esta decisión, el tribunal encontró responsable a Zaire debido a que éste no adoptó todas las medidas “necesarias” para que las inversiones de AMT gocen de protección y

(50) RAO, Pemmaraju. *Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional*. 1999. p. 9.

(51) *Ibid.*; p. 10.

(52) *Ibid.*; p. 10. CDI. *Reporte de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su sesión* (48). Suplemento 10. 1996. p. 111.

(53) KOURINOVA, Timo. *Due diligence*. 2007. parágrafo 34. En: *Max Plack Encyclopedia of International Law*. Max Planck Institute.

(54) *Ibid.*; parágrafo 35.

(55) Wena versus Egipto. Laudo. 2000. parágrafo 84.



## Ítalo Carrano Tarrillo

seguridad<sup>(56)</sup>. Y esta “necesidad” es definida por el tribunal como la adopción de todas las medidas de precaución para proteger la inversión en el territorio del Estado anfitrión<sup>(57)</sup>. Este elemento parecería incluir un análisis de proporcionalidad en las medidas a ser adoptadas, lo que lograría las conclusiones derivadas del primer elemento descrito en esta sección.

### 5. Conclusiones

5.1. La respuesta al problema de la empresa X no es sencilla. Sin embargo, es claro que la responsabilidad del Estado conforme a la garantía de protecciones y seguridades plenas derivada de un TBI supone el ejercicio de parte del Estado de una conducta diligente en la

prevención y protección de la inversión extranjera.

El análisis del grado de conocimiento del Estado anfitrión y su inacción frente a dicho conocimiento resultarán -entre probablemente otros elementos- centrales en la determinación de la existencia de una violación al TBI.

5.2. Queda preguntarse si un trato similar a los nacionales puede excusar de responsabilidad al Estado. En otras palabras, si el Estado no ejerce la obligación revisada en este trabajo respecto a sus nacionales, ¿podría éste excusarse también respecto a los extranjeros?

La respuesta es negativa. Como lo señala el fallo del caso AMT versus Zaire, el tratamiento brindado al nacional en el territorio del Estado anfitrión no puede suponer una excusa para la violación de la garantía otorgada especialmente al inversionista extranjero<sup>(58)</sup>.

(56) AMT versus Zaire. Laudo. 1997. parágrafo 6.05.

(57) *Ibid.*

(58) AMT versus Zaire. Laudo. 1997, parágrafo 6.10.