



# LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL INDUBIO PRO HOMINE COMO PRINCIPIO INTERPRETATIVO DE ACCESO DE LOS DOBLES NACIONALES AL ARBITRAJE

 *Juan Bautista Carrero Marrero*

## Introducción

Tradicionalmente la discusión de temas de derechos humanos ha sido ajena a los procedimientos de arbitraje de inversión. Sin embargo, esta situación podría empezar a cambiar pues: 1) nada impide su incorporación; 2) al formar parte del Derecho Internacional Público, los Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos deben ser observados para garantizar los derechos de las partes que intervienen en los procedimientos de arbitraje de inversión, cuando el inversor reclamante sea una persona natural.

La tutela de los derechos humanos implica la observancia de los principios de progresividad y pro homine, conforme al cual, en caso de duda se debe adoptar la interpretación más favorable al ser humano.

En el presente artículo explicamos brevemente los motivos por los cuales la aplicación del principio pro homine constituye una razón jurídicamente válida, para garantizar el acceso de los inversionistas, personas naturales, que tengan más de una nacionalidad, al arbitraje internacional de inversiones contra el Estado receptor del cual también son nacionales.

### 1. El Arbitraje de Inversiones y los “Dobles Nacionales”

El arbitraje internacional de inversiones tiene la finalidad de resolver las disputas que se presentan entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. Generalmente involucra “reclamaciones derivadas de expropiaciones no pagadas, y de tratos injustos, inequitativos y discriminatorios sufridos por el Inversor de parte del Estado anfitrión<sup>1</sup>”.

Este tipo de arbitraje tiene su fuente en Tratados Bilaterales y Multilaterales de Pro-

moción y Protección de Inversiones que le “otorgan al inversor extranjero el derecho de someter una controversia con el Estado receptor a una instancia arbitral internacional<sup>2</sup>”, cuando “siente que sus derechos bajo el tratado han sido violados<sup>3</sup>”.

No existe uniformidad en el contenido de los Tratados Bilaterales y Multilaterales de Promoción y Protección de Inversiones. En consecuencia, cada uno de ellos puede contemplar distintos estándares y requisitos para acceder al arbitraje internacional de inversiones. Sin embargo, “[c]ualquiera que sea el término que utilice el tratado para definir al sujeto legitimado para invocarlo, el requisito sine qua non de la definición, sea de persona natural o jurídica, es que debe tener la nacionalidad de alguno de los Estados parte del tratado<sup>4</sup>”. Específicamente, debe tener la nacionalidad del Estado contratante con el Estado Receptor de la Inversión.

Producto de los grandes movimientos migratorios que ha experimentado la humanidad, muchas personas naturales poseen más de una nacionalidad. Razón por la cual, el tema de la doble nacionalidad de las personas naturales cobra relevancia en materia de arbitraje de inversiones, donde se han generado distintos tipos de regulaciones, criterios doctrinales y Laudos arbitrales, que van desde negar la posibilidad de que un inversionista doble nacional demande al Estado receptor de la inversión del cual es nacional (invocando la nacionalidad del otro Estado contratante), hasta su admisión sin problemas.

### 2. El Punto de Partida. Tratados de Promoción y Protección de Inversiones. *Lex Specialis*. Distintos tratamientos.

“El derecho de promoción y protección de las inversiones internacionales está contenido en una amplia red de tratados bilaterales

<sup>1</sup> Gary B. Born, *International Arbitration. Law and Practice* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), 43. Traducción libre.

<sup>2</sup> Tempone, Rubén, *Protección de Inversiones Extranjeras* (Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2003), 32.

<sup>3</sup> Sabahi Rubins, *Investment Claims* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

<sup>4</sup> José Gregorio Torrealba R. *LA DEFINICIÓN DE “INVERSIONISTA”. LA NACIONALIDAD Y EL TREATY SHOPPING. LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR PEDRO NIKKEN, TOMO II* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana, 2021, 91-92), 1249.

y multilaterales<sup>5</sup>”, donde cada uno contiene sus propias normas, estándares y mecanismos de resolución de conflictos.

A raíz de ello, no existen criterios ni regulaciones uniformes que normen el acceso de los dobles nacionales al Arbitraje de Inversiones de una manera general. Razón por la cual, este acceso estará determinado en función de lo establecido en el Tratado específico que aplique para cada caso concreto.

Siguiendo el excelente criterio de la profesora María Eugenia Salazar-Furiati, observamos que los distintos tratados de promoción y protección de inversiones abordan el tema de los dobles nacionales bajo tres categorías<sup>6</sup>: A) Tratados que los excluyen expresamente; B) Tratados que los condicionan al cumplimiento de ciertos requisitos, y; c) Tratados que no se pronuncian al respecto.

Las dudas sobre el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones se presentan en la tercera categoría. Toda vez que la primera categoría los excluye y, para la segunda, basta con cumplir los requisitos previstos en el tratado para que el inversionista doble nacional pueda reclamar sus derechos, mediante un arbitraje de inversiones, contra el Estado receptor del cual también es nacional.

### **3. Los Tratados que no se pronuncian al respecto**

Este es el caso de la mayoría de los tratados. Los cuales no contienen ningún tipo de previsión específica sobre el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones contra el Estado Anfitrión, del que también son nacionales. Se trata de tratados que ni los incluyen, ni los excluyen, ni los condicionan. Por lo que surge la duda acerca de cuál es el tratamiento que deben recibir este tipo de inversionistas bajo estos tratados. Aquí es donde el objeto de nuestro estudio adquiere relevancia.

Ante el silencio de estos tratados, los tribunales arbitrales han utilizado diversas metodologías para decidir las controversias sometidas a su consideración y se han producido todo tipo de decisiones de variada índole, tanto para admitir el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones, como para negarlo. Lo que unido a la falta de una metodología dogmática y la ausencia de criterios unificados en el derecho internacional de inversiones hace muy difícil extraer conclusiones generales que resulten aplicables a todos los casos donde estén involucrados los dobles nacionales.

Dentro de los criterios más relevantes (y más utilizados) que han sido considerados por los tribunales arbitrales a la hora de decidir sobre la legitimidad activa de los dobles nacionales se encuentran la doctrina de la Nacionalidad Dominante y Efectiva, y la aplicación de la Cláusula de la Nación más Favorecida.

Sumado a ello, surge otra corriente de pensamiento según la cual, ante el silencio de los tratados, se debe garantizar el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones en virtud de la tutela de sus derechos humanos.

### **4. La Tutela de los Derechos Humanos y el Indubio Pro Homine como principio interpretativo de acceso al Arbitraje de Inversión**

Por encima de ser un inversionista, la persona natural que reclama en el arbitraje de inversiones es un ser humano. Por lo tanto, titular y beneficiario de los derechos fundamentales y principios contenidos en los Tratados y Declaraciones sobre derechos humanos.

Tradicionalmente la discusión de temas de derechos humanos ha sido ajena a los procedimientos de arbitraje de inversión. Sin embargo, somos de la opinión que nada impide su incorporación en esta materia. A la vez que, sus principios podrían orientar la motivación

<sup>5</sup> Sabahi Rubins, *Investment Claims* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

<sup>6</sup> Salazar-Furiati, María Eugenia, “Doble Nacionalidad en el Arbitraje de Inversión”, *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, Marzo (2022): 23.

de los laudos arbitrales e incluso tienen plena base jurídica para ello.

Esta línea de pensamiento cuenta con un sólido precedente en la decisión del caso Urbaser Vs. Argentina, CIADI No. ARB / 07/26, donde el Tribunal Arbitral expresó:

“1200. El Tribunal sostiene además que la Convención debe interpretarse a la luz de las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, y que el Artículo 31 § 3 (c) de ese Tratado indica que debe tenerse en cuenta “cualquier norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El TBI no puede interpretarse y aplicarse en el vacío. Sin duda, el Tribunal debe tener en cuenta el propósito especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional. El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas las relativas a los derechos humanos<sup>7</sup>”.

Tal como interpretó el tribunal arbitral, los Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos también forman parte del Derecho Internacional Público y deben ser observados para garantizar los derechos de las partes que intervienen en los procedimientos de arbitraje de inversión.

Esta conclusión es válida y aplicable para garantizar los derechos de los inversionistas, personas naturales, que participen en los arbitrajes de inversión. Sobre todo, porque dentro de los distintos tratados, pactos y declaraciones sobre derechos humanos encontramos el Principio de Progresividad de los derechos humanos. Así como, el Principio Pro Homine, conforme al cual toda interpre-

tación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano y en caso de duda debe adoptarse la interpretación más favorable al individuo.

La aplicación de estos principios garantiza el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversión en aquellos casos donde los tratados de protección de inversiones ni los incluyan, ni los excluyan, ni los condicionen. Concluir lo contrario, implicaría violar su derecho al acceso al medio de resolución de controversias convenido y aceptado por el Estado Receptor de la inversión.

## Conclusiones

No existen criterios ni regulaciones uniformes que normen el acceso de los dobles nacionales al Arbitraje de Inversiones de una manera general. Razón por la cual, este acceso estará determinado en función de lo establecido en el Tratado específico que aplique para cada caso concreto.

Los Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos forman parte del Derecho Internacional Público. Por lo tanto, deben ser observados a la hora de interpretar los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En consecuencia:

A- En aplicación del principio pro homine y en aras de garantizar la progresividad de los derechos humanos, cuando existan dudas o cuando el Tratado de Promoción y Protección de Inversiones no excluya, ni condicione expresamente el acceso de los dobles nacionales, se debe reconocer su legitimidad activa si demuestran ser inversores nacionales del otro Estado contratante. En estos casos los Tribunales Arbitrales no deben requerir la demostración de dominancia y/o efectividad de nacionalidad alguna, pues

<sup>7</sup> Laudo CIADI No. ARB / 07/26. Caso Urbaser Vs. Argentina. Traducción libre del inglés. Disponible en <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/04/Urbaser-v.-Argentina-Human-Rights.pdf>

ello equivale adoptar una actitud regresiva y desfavorable al individuo, al imponerle un requisito no exigido por el Tratado y limitar ilegítimamente el derecho al acceso al medio de resolución de controversias previsto en el Tratado.

B- En caso de duda sobre la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida o cualquier otro beneficio, se debe adoptar

la interpretación más favorable al individuo (persona humana reclamante). Obviamente siempre que demuestre su condición de inversionista y que el Estado demandado ha suscrito otros Tratados Internacionales donde permite el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones o el beneficio del que pretenda favorecerse. <sup>(M)</sup>

