



Comité
de Arbitraje

9

Edición

Disponible en PDF

RIF J-00070146-6

ARBITRAJE INTERNACIONAL, DEFENSA DE INVERSIONES Y DERECHOS HUMANOS



Versión **WEB**

Editorial

Presidente del Comité de Arbitraje:

Dr. Hernando Díaz-Candia,
socio del Despacho de
Abogados WDA legal, S.C.

**Dirección de Análisis e
Información de VENAMCHAM:**
Abg. Carolina Ross

Diagramación y Diseño:
Lilibel De Matos

Presentación

El arbitraje internacional de inversiones, que tiene base fundamental en tratados de promoción y protección de inversiones, es percibido, por lo general –aunque no sin ciertas críticas–, como un mecanismo efectivo para solucionar conflictos o diferencias por el tratamiento directo o indirecto que un Estado soberano da a activos con valor económico (en su concepción amplia). Por ahora, no obstante, ese tipo de arbitraje requiere que el inversionista califique como nacional de un país distinto del Estado demandado (sujeto pasivo del arbitraje). Así, por ejemplo, quien sea considerado sólo como venezolano bajo los criterios concretos y para los efectos particulares de un tratado de promoción y protección de inversiones, no puede en principio demandar a la República Bolivariana de Venezuela en arbitraje de inversiones bajo ese tratado. Podría argumentarse, por ello, que el arbitraje de inversiones en cierta medida favorece a los extranjeros por sobre los nacionales.

Lo cierto, en todo caso, es que los inversionistas que por cualquier razón no tengan acceso a un arbitraje de inversión, pero que sufran un trato injusto o inequitativo para con sus derechos de propiedad (en sentido amplio) pueden considerar, en ciertos supuestos, el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Ese sistema, impulsado por la Constitución de 1999, cuenta en América –entre otros– con la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos contemplada en el tratado que creó la Organización de Estados Americanos. No tenemos duda de que la propiedad es un derecho humano.

De esa forma, puede plantearse un interesante diálogo entre el sistema de protección de los derechos humanos y el arbitraje de inversiones, que son distintos pero posiblemente complementarios. Y pocas personas están tan calificadas para analizar ese diálogo como el profesor Carlos Ayala Corao. Por ello, el departamento de información de VenAmCham ha preparado el resumen que presentamos en este número de la revista del Comité de Arbitraje, sobre una ilustrativa exposición del tema que nos hizo el referido académico.

Hernando Díaz-Candia
Hernando.Diaz@WDAlegal.com
Presidente del Comité de Arbitraje

ARBITRAJE INTERNACIONAL, DEFENSA DE INVERSIONES Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Carlos Ayala Corao. Profesor de Derecho Constitucional UCAB y ex-Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA)

El Comité de Arbitraje del mes de abril tuvo como invitado al Dr. Carlos Ayala Corao, quien presentó a los miembros el tema: “Arbitraje Internacional, Defensa de Inversiones y Derechos Humanos”

Sobre el particular, el Dr. Ayala Corao explicó que la interacción entre estas tres importantes áreas del Derecho ha tenido un escaso auge, y ha sido una materia de la cual se ha escrito poco. No obstante, con el pasar del tiempo temas como: Derechos Humanos, Inversión y Arbitraje, que se habían venido desarrollando en forma separada, están evolucionando cada vez más para tratarse de una manera más coordinada.

De este modo, se puede observar que los Estados que han firmado acuerdos de inversiones y que forman parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), han ratificado los tratados de Derechos Humanos de ese organismo, al tiempo que los 192 países que pertenecen a dicha organización también han suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU¹

Por otra parte, los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones no contemplan en forma alguna el resguardo de los Derechos Humanos, con lo cual se hace necesario unificar el derecho existente, a fin de procurar soluciones comunes a los problemas y obligaciones uniformes para los Estados y protección a dichas inversiones.

En materia de protección de inversiones, se destacan características particulares entre las cuales se encuentran las siguientes: (i) Se fundamenta en la protección a la persona jurídica, (ii) El acceso directo a tribunales arbitrales internacionales sin la necesidad de agotar la vía interna, (iii) Los inversionistas no suelen invocar temas relativos a los Derechos Humanos y (iv) Los tribunales arbitrales internacionales interpretan

reglas propias, es decir, del Derecho Local o reglas internacionales que le sean aplicables. Sin embargo, una de las deficiencias e inconsistencias en esta área es que no hay instancias superiores en las que los inversionistas afectados puedan intentar mecanismos de apelación, lo cual le resta protección a sus derechos. Caso contrario ocurre en los procesos judiciales cuya causal es la violación de los DDHH. En tales litigios las partes afectadas deben acudir previamente a las instancias internas de cada Estado, para luego dirimir sus controversias ante los organismos internacionales. Como vemos, la interacción entre Arbitraje Internacional, Defensa de Inversiones y Derechos Humanos es un tema complejo e incipiente, sin embargo, varios autores sostienen la existencia de un diálogo judicial emergente entre diversos tribunales para interpretar reglas únicas, establecer la jurisdicción competente y aplicar normas comunes en las controversias que se presenten, en beneficio de las partes involucradas.

Podríamos citar como ejemplo lo contemplado en el artículo 42 del Convenio de Washington, según el cual los tribunales pueden decidir las diferencias de conformidad con las normas convenidas por las partes. A falta de acuerdo, dichos tribunales se regirán por la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

¹ El ‘Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Otras posiciones referentes al tema de los DDHH son sumamente interesantes, la primera de ellas es la de la Corte de Justicia de Bruselas, la cual a través del Tribunal de Justicia de Estrasburgo se ha pronunciado como garante de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. La segunda es la Convención de Viena sobre los Tratados, de cuyo contenido se puede inferir que la jurisdicción de los DDHH no es la más ventajosa para el inversor, puesto que la reparación por los daños ocasionados por una controversia no son totales si no parciales.

En conclusión, podríamos afirmar que el rol de los DDHH en materia de protección de inversiones se encuentra en pleno desarrollo y hay opiniones que sostienen que la jurisdicción arbitral no es la más adecuada para dirimir aspectos relacionados con los Derechos Humanos, puesto que la indemnización por los perjuicios ocurridos no son compensados en forma completa. Igualmente, se ha afirmado que la protección de los inversionistas se circunscribe sólo al otorgamiento de garantías a las personas jurídicas con nacionalidad extranjera, mientras que la protección que se otorga en materia de DDHH comprende a todas las personas, es decir, es más amplia en su espectro. Asimismo, se observa una clara diferencia en la protección de las inversiones dependiendo del sistema jurídico que se trate: En el Sistema Europeo, los tribunales son propensos a dictar medidas de resguardo de las inversiones a las personas jurídicas, mientras que en el Sistema Americano, se otorgan únicamente a personas naturales.

2) Dos casos emblemáticos en materia de Arbitraje Internacional, Defensa de Inversiones y Derechos Humanos

EL PRIMER JUICIO AL QUE HAREMOS MENCIÓN ES:

a) El caso del Sr. Baruch Ivcher contra el Perú, por revocación de su nacionalidad como represalia por la libertad de expresión en sus funciones como Director del Canal "Frecuencia Latina" en ese país.

En el año 1997, el Sr. Ivcher de origen israelí y accionista mayoritario de la Empresa antes identificada, fue privado de su nacionalidad peruana adquirida en 1984, como consecuencia de haber transmitido en su canal de noticias, presuntamente mensajes que desprestigiaron al Gobierno de Alberto Fujimori y a las Fuerzas Armadas de ese país.

El retiro de la nacionalidad peruana impidió al Sr. Ivcher seguir ejerciendo su derecho de propiedad sobre las acciones de la empresa "Frecuencia Latina", en virtud de que ningún extranjero podía ser dueño de medio de

comunicación alguno en el Perú, según reza la Ley de Comunicaciones de ese país. La entrega del control del Canal fue otorgada a partir de ese momento a los hermanos Mendel y Samuel Winter.

La decisión arbitraria de revocar la nacionalidad peruana al Sr. Ivcher afecta a uno de los atributos o valores más importantes de la democracia, que es la libertad de expresión, consagrada en los acuerdos internacionales y la Constitución de ese país.

Es por ello que el Sr. Ivcher basándose en el Derecho a la Nacionalidad, Propiedad Privada y Libertad de Expresión, recurrió una vez agotada la vía judicial interna a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fundamentándose en la "Convención Americana sobre los Derechos Humanos" y en la "Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre".

Es necesario precisar que el caso ya había sido informado a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDDDH)

La Comisión, habiendo recurrido a la posibilidad de lograr un arreglo amistoso en esta controversia, se pronunció sobre el fondo, recomendando al Estado Peruano restablecer de inmediato la nacionalidad revocada al Sr. Baruch Ivcher, así como el cese del hostigamiento del cual había sido víctima. Ante el incumplimiento de tal decisión, la Comisión presentó el caso ante la CIDDDH en 1999, solicitándole que ordenara al Perú restablecer y garantizar los derechos transgredidos al Sr. Ivcher.

Por su parte, la Corte Interamericana en el año 2001 resolvió solicitarle al Edo. Peruano la restitución de la nacionalidad retirada al demandante y el restablecimiento del goce y ejercicio de su derecho de propiedad sobre las acciones que él poseía en el mencionado canal de comunicación. Igualmente, se ordenó adoptar cuanta medida sea necesaria para proteger la integridad física, moral y psíquica al Sr. Ivcher y su familia, así como otorgarle el derecho a las garantías judiciales.

En ese mismo año, el Estado Peruano comunicó a la citada Corte que había restituido la nacionalidad peruana al Sr. Ivcher, así como su posición como accionista de la compañía que opera el canal "Frecuencia Latina. Del mismo modo, el Gobierno de ese país daba cuenta de las gestiones que haría ante la Corte Suprema y Magistrados para la pronta aplicación de la sentencia de la CIDDDH

Por otro lado, la CIDDDH dictó otra sentencia para resolver una demanda de la Comisión de DDHH de

interpretación de la sentencia de fondo, que buscaba aclarar cual era la responsabilidad del Estado Peruano y si debía reparar todos los daños morales, materiales y otras indemnizaciones no pecuniarias, gastos y costas incurridos en la jurisdicción interna e internacional, toda vez que la Comisión argumentó que las reparaciones otorgadas a favor del Sr. Ivcher comprendían sólo daño moral, pago de los gastos y costas procesales y no la indemnización del daño material.

El Edo. Peruano a su vez manifestó que dicha sentencia de fondo le ordenaba a reparar únicamente los daños morales y el reintegro de los gastos y costos judiciales. Y realmente había sido así, ya que la CIDDHH había resuelto en su sentencia el pago de 20.000 US\$ a favor del demandante por concepto de daño moral y 50.000 US\$ por los gastos y costas generadas en el juicio nacional e internacional, omitiendo pronunciarse sobre los daños materiales.

En tal sentido, la CIDDHH finalmente dictaminó que:
> Eran admisible la demanda de interpretación de la sentencia de fondo interpuesta por la Comisión Interamericana de los DDHH

> Que para definir la cuantía de los pagos materiales, se debía tomar en consideración los términos de la legislación peruana, y formular las reclamaciones pertinentes ante las autoridades nacionales competentes

De este modo, el Sr. Ivcher al tener como precedente al fallo de la CIDDHH, sometió a arbitraje el asunto de las indemnizaciones en general, teniendo como contraparte al Estado Peruano. Finalmente, el Tribunal Arbitral en fecha 4 de julio de 2005 mediante laudo ordenó el pago de la suma de 6 millones de dólares por concepto de reparaciones a favor de Baruch Ivcher, lo cual dio fin a esta larga y controvertida disputa.

EL SEGUNDO JUICIO AL QUE NOS REFERIREMOS ES:

a) Caso Salvador Chiriboga Vs Ecuador², por expropiación total de varios inmuebles de la propiedad de los hermanos Salvador Chiriboga.

En el año 2008, la CIDDHH mediante sentencia encontró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por violación de los artículos referentes a: Propiedad Privada, Garantías Judiciales y Protección Judicial de la Convención Americana de los DDHH en perjuicio de la Sra. Salvador Chiriboga, toda vez que en 1991 el Concejo Municipal de Quito decidió “declarar de utilidad pública” y autorizó el acuerdo de ocupación “urgente” con fines de expropiación total de varios inmuebles de la propiedad de esta familia.

La CIDDHH verificó que la declaratoria de utilidad pública tenía como finalidad destinar dichos inmuebles al denominado “Parque Metropolitano” como área de recreación y protección ecológica de la ciudad de Quito.

Como consecuencia de ello, los hermanos Salvador Chiriboga interpusieron varios recursos con el objetivo de impugnar la declaratoria de utilidad pública. En el año 1996, el Municipio de Quito presentó una demanda de expropiación del predio de su propiedad, sin que a la fecha se fije el valor del bien y se ordene el pago de una justa indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la Convención Americana y en el derecho ecuatoriano.

La CIDDHH tuvo entonces que dictaminar si la limitación al Derecho de Propiedad del inmueble de la Sra. Chiriboga para la construcción del parque antes citado, se efectuó dando cumplimiento al art. 21 de la Convención Americana de DDHH, y estimó que en casos de expropiaciones el pago de una compensación constituye un principio general del derecho internacional, que no es más que buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. Tal principio se refiere a la “justa indemnización”, que debe ser justa, apropiada, pronta y efectiva. En tal sentido, la CIDDHH ha señalado que para que una “justa indemnización” sea idónea, es importante tomar en cuenta el valor comercial del bien objeto de la expropiación antes de la declaratoria de utilidad pública y el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular.

En conclusión, la CIDDHH consideró que el Estado Ecuatoriano privó del derecho a la Propiedad Privada a la Sra. Salvador Chiriboga por razones de utilidad pública legítimas (protección del medio ambiente) mediante el establecimiento del Parque Metropolitano. No obstante, no se respetaron los principios referentes al respeto al derecho de propiedad acogidos por la legislación internacional y la Convención Americana y se infringieron las formas previstas en la ley al vulnerar la protección y garantías judiciales, toda vez que los recursos interpuestos han excedido el plazo razonable para su ejecución y han perdido efectividad.

De este modo, la expropiación antes mencionada ha privado a la Sra. Chiriboga de sus inmuebles, así como del pago de una justa indemnización, lo cual ha generado

2 Fuente: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_222_esp.pdf

no sólo una incertidumbre jurídica, si no también ha convertido esta expropiación en arbitraria, y por ende el Estado Ecuatoriano es responsable legalmente por transgredir los derechos contemplados en el artículo 21 de la Convención Americana de los DDHH.

En el año 2011, la CIDDDHH analizó que el avalúo de un inmueble objeto a expropiación por razones ambientales tiene sus particularidades, y no es apropiado evaluarlo en comparación con bienes en el mercado de distintas características. En consecuencia, dicha Corte sostiene que la fijación del valor de un predio sujeto a expropiación depende de la determinación de factores naturales y jurídicas, y por ende, encontró que el inmueble en cuestión era rústico pero con características específicas debido a su localización urbana, y tenía limitaciones jurídicas previas a la declaratoria de utilidad pública. Debido a tales limitaciones, el mencionado bien no podía ser urbanizado y solamente debería ser destinado a la protección del medio ambiente. En virtud de esto, en el momento en que se emite la declaratoria de utilidad pública (mayo de 1991), ya el inmueble contaba con las limitaciones legales de uso, y su valor comercial había disminuido.

Por lo antes expuesto, la CIDDDHH atendiendo a las pretensiones de las partes, restricciones jurídicas que afectan al inmueble, ya que el bien objeto de expropiación ha sido destinado a la protección ambiental y recreación, siendo esto de interés público para la ciudad de Quito, y atendiendo el justo equilibrio ente el interés público y el interés individual, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, fijó el pago de una justa indemnización en sede internacional, que incorporó el valor del inmueble expropiado y sus accesorios.

De igual manera, la Corte ordenó una serie de medidas compensatorias que incluyeron:

- > Por concepto de pago de daño material, la fijación de intereses simples por la falta de pago de una justa indemnización
- > Por concepto de daño inmaterial, se fijó un monto en equidad por las violaciones declaradas en la sentencia de fondo
- > Como medida de restitución instó al Edo. Ecuatoriano a devolver los montos de impuestos y multas injustamente cobrados y sus intereses
- > Y ordenó el reintegro de costas y gastos por este largo litigio

Carolina Ross

Dirección de Análisis e Información
mross@venamcham.org