LA PROPIEDAD Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA

PROPERTY AND FOREIGN INVESTMENT

CARLOS HECKER PADILLA*

RESUMEN

Al hablar de inversión extranjera, la cuestión de la protección de la propiedad surge en forma casi espontánea. No se podría concebir de otro modo, pues para todo inversionista la protección de su inversión constituye una verdadera *conditio sine qua non* para su establecimiento en un determinado lugar. En la actualidad, sin embargo, y debido a los diversos diferendos surgidos a este respecto, el debate ha ido más allá de la simple protección de las inversiones, para dar lugar al análisis de la interrelación existente entre este derecho y otros considerados tradicionalmente como derechos humanos por antonomasia.

Palabras clave: *Inversión extranjera, propiedad, derechos humanos.*

ABSTRACT

When we think of foreign investment, the question of property protection appears almost spontaneously. No one could conceive otherwise, for any investor, the protection of his investment is a real *conditio sine qua non* for his establishment in a particular place. At present, however, due to various disputes arisen in this regard, the debate has gone beyond the mere protection of investments, giving rise to the analysis of the relationship between this right and others traditionally considered quintessential human rights.

Key words: *Foreign Investment, property, human rights.*

* Abogado. Magíster en Derecho Económico Internacional de la Université de Bourgogne, Francia, Doctorando en Derecho en la misma casa de estudios.

** Abreviaturas: ALBA: Alianza Bolivariana para los pueblos de nuestra América; CADH: Convención Asiática de Derechos Humanos; CADHP: Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos; CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones; CIDH: Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; DR-CAFTA: Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos, América Central y República Dominicana; DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos; ONG: Organizaciones No Gubernamentales; PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; TBI: Tratado Bilateral de promoción y protección recíproca de Inversiones; TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte; UE: Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

La propiedad constituye un derecho reconocido y protegido desde los albores de la humanidad. A medida que el mundo evolucionaba, también lo hacía el derecho de propiedad, siendo primero reconocido en las legislaciones internas, alcanzando luego la calidad de "derecho fundamental", para finalmente encontrar incluso protección internacional.

Sin embargo, su recorrido no ha sido fácil, pues aun en la actualidad constituye una noción controvertida; "*derecho económico para unos, derecho civil para otros, incluso su carácter de derecho fundamental se presta a discusión, según se considere o no, que la propiedad privada es esencial para la existencia del individuo. La suerte [que ha corrido] el derecho de propiedad en el marco internacional refleja esta incertidumbre*"[1].

De este modo, dentro del marco de Naciones Unidas, si bien ha sido reconocido sucintamente en el artículo 17 de la DUDH, su protección fue descartada tanto por el PIDCP como por el PIDESC, quedando relegada su calificación como derecho humano, como veremos a continuación, tan sólo a nivel regional[2].

1. En el marco del CEDH

En el marco europeo, la propiedad no fue incorporada directamente en el Convenio, sino que con posterioridad, luego de la ratificación de su primer protocolo adicional, cuyo artículo 1 dispone que "*[t]oda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional*".

Así las cosas, el derecho de propiedad adquirió el carácter de derecho humano susceptible de ser invocado ante la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante Corte Europea), en caso de violación. El fallo emitido por este tribunal en el célebre caso *Motais de Narbonne c. Francia*[3], constituye una perfecta ilustración de este fenómeno.

Un particular, propietario de un terreno en *Saint-Denis*, en la isla de la Reunión, fue expropiado en virtud de un procedimiento legal y pagándosele una justa indemnización. Sin embargo, y debido a que después de 19 años de expropiado dicho terreno el gobierno no lo había utilizado para los fines que habían motivado la medida adoptada, los herederos del antiguo propietario decidieron demandar al Estado francés ante la Corte Europea. El tribunal concluyó que el artículo 1 del primer protocolo adicional había sido violado, ya que, desde su punto de vista, la ausencia de trabajos o de utilización, durante un lapso excesivamente prolongado, habría privado injustamente a los demandantes de la plusvalía generada por el terreno, condenando, en consecuencia, al Estado francés a indemnizarles por la suma de 3.286.765,50 euros.

2. En el marco de la CIDH

En el marco interamericano, el respeto de la propiedad privada se encuentra consagrado en el artículo 21 n°2 de la CIDH, según el cual "*[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley*".

[1] SUDRE, Frédéric, *Droit européen et International des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2003, p. 446.
[2] LIBERTI, Lahra, "Investissements et droits de l'homme" en KAHN, Philippe & WÄLDE, Thomas, *New aspects of international investment law*, Leiden, Nijhoff, 2007, p. 810.
[3] *Motais de Narbonne c. Francia*, Corte Europea de Derechos Humanos, n° 48161/99, sentencia de 02 de Julio de 2002.

El hecho de considerar al derecho de propiedad como un derecho humano ha dado lugar a una vasta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), cuyo caso más interesante es quizás el caso *Palamara Iribarne c. Chile.*

De 1972 a 1992, el señor Humberto Palamara trabajó como oficial de la Armada de Chile. En 1993, una vez terminadas sus funciones y ya de vuelta a la vida civil, escribió un ensayo titulado "Ética y servicios de inteligencia", denunciando que la mayor parte de las violaciones contra los derechos humanos que tuvieron lugar en Chile a partir de 1973, fueron perpetradas por el personal de inteligencia militar.

El fiscal naval, considerando que la obra ponía en peligro la seguridad y la defensa nacional, ordenó la confiscación de todos los libros, así como la destrucción de todos los archivos electrónicos que contuvieran el texto original.

Una vez solicitada la intervención de la Corte Interamericana, ésta consideró que Chile era culpable de una infracción cometida contra el artículo 21 de la CIDH, fundándose, por una parte en las pericias ordenadas por el mismo fiscal naval, según las cuales dicha obra no afectaría la seguridad ni la defensa nacional, sino que sólo sería dañina contra los intereses de la institución; y por otra parte, en su interpretación extensiva de la noción de propiedad[4].

De este modo, considerando la Corte que el respeto de un "interés institucional" no constituye un interés general, y en consecuencia, incompatible con la Convención, y que la víctima no había sido indemnizada por el Estado chileno, condenó a este último a modificar su legislación interna relativa a la libertad de pensamiento y de expresión, a objeto de adaptarla a los estándares internacionales; a dejar sin efecto todas las sentencias pronunciadas contra la víctima y a indemnizarle de forma justa.

3. En el marco de la CADHP y de la CADH

El sistema africano sigue los modelos europeo y americano, consagrando la protección de la propiedad en el artículo 14 de la CADHP, en los términos siguientes: "*El derecho de propiedad se encuentra garantizado. No puede ser infringido sino por causa de necesidad pública o de interés general de la colectividad, en conformidad a las disposiciones de las leyes pertinentes*".

Ahora bien, como consecuencia de la escasa actividad de la Corte Africana[5], no estamos en condiciones de saber cómo dicha disposición ha sido o será interpretada.

Finalmente, y respecto del continente asiático, debe agregarse que la CADH no contempla disposición alguna que trate la protección del derecho de propiedad como derecho humano, contribuyendo de este modo a la ambigüedad del concepto.

II. LA PROPIEDAD EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

En materia de inversiones, la propiedad adquiere una importancia especial, principalmente porque su protección condiciona la llegada de inversionistas extranjeros; ello explica, entonces, la presencia de disposiciones destinadas a su protección en todos los TBI, lo que no ha impedido que se produzcan atentados en su contra.

[4] Véanse para estos efectos el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, n°125 §137; *Caso de la Comunidad Motwana*, sentencia de 15 de junio de 2005, serie C, n°124 §129 ; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, n°79 §144.

[5] Esta Corte cuenta con apenas un fallo dictado el 15 de diciembre de 2009, en el Caso *Michelot Yogogombaye C. Senegal.*

1. La protección de las inversiones

Los acuerdos internacionales y en especial los TBI representan hoy en día el medio más eficaz para proteger el derecho de propiedad[6] de los inversionistas, por cuanto contienen una serie de reglas destinadas a evitar toda molestia en el goce de sus derechos. Sin embargo, hay que decirlo, hoy en día ciertos TBI han comenzado a tomar en consideración ciertos valores no económicos que podrían, en cierta medida, mitigar sus efectos.

a) La protección de las inversiones en los acuerdos multilaterales

Para que un inversionista se decida a invertir en un lugar, es necesario, en primer término, que se le asegure convenientemente que su inversión goza de garantías suficientes que permitan protegerla frente a eventuales ataques que podrían alterar el goce de la misma. Esto nos explica el hecho de encontrar en todos los acuerdos multilaterales relativos a las inversiones o al comercio internacional, normas específicamente diseñadas para proteger la propiedad del inversionista.

El artículo 1110 n°1 del TLCAN ilustra de muy buena forma nuestra afirmación, por cuanto dispone que "*ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación)*" sino en virtud de las condiciones impuestas por la misma norma.

En el mismo sentido, encontramos el artículo 4 n°1 del Protocolo de Colonia relativo a la promoción y protección recíprocas de las inversiones en el marco del Mercosur de 17 de enero de 1994, el cual señala que "*ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de otra Parte Contratante*", salvo en los casos y con las condiciones previstas en el acuerdo del Mercosur.

En el cuadro del DR-CAFTA, suscrito el 5 de agosto de 2004, la regla es la misma, siendo el artículo 10.7 el que impide a las Partes contratantes expropiar o nacionalizar una inversión "*directa o indirectamente, o a través de medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización*", si no es en los casos previstos por el acuerdo y luego del pago de una justa indemnización.

Ahora bien, lo expresado hasta ahora constituye la regla general, sin embargo, resulta interesante constatar que existen ciertos acuerdos que escapan a ella, no contando con reglas que protejan las inversiones. El acuerdo de Cotonou[7] de 23 de junio de 2000 es un ejemplo perfecto, ya que a pesar de exigir una garantía de respeto hacia las inversiones, deja el tratamiento relativo a su protección en manos de los eventuales TBI que firmen las partes contratantes.

Otro ejemplo en este sentido lo constituye el ALBA. En este caso, las razones que explican el sistema escogido son más políticas que jurídicas, ya que se trata de un mercado compuesto por países que promueven la creación y protección de empresas públicas en detrimento del capital privado.

b) La protección de las inversiones en los TBI. La consideración de valores no económicos

En el marco de los TBI, la protección de las inversiones contra eventuales expropiaciones o nacionalizaciones, se realiza de una forma bastante similar a la empleada por los acuerdos multilaterales,

[6] LIBERTI, Lahra, *op. cit.*, n°2, p. 810.
[7] Acuerdo comercial entre la UE y los Estados de África, Caribe y Pacífico (ACP).

recurriendo a las mismas figuras jurídicas. Por tratarse de un tema ya bastante desarrollado por la doctrina, su análisis en profundidad no parece presentar un gran interés, sin embargo, sí lo presenta la consideración de valores no económicos en los nuevos modelos que han aparecido.

La razón detrás de esta nueva forma de proceder, radica en el hecho de que las empresas multinacionales pueden ser responsables de los daños causados al medioambiente o de las violaciones contra los derechos humanos. De esta forma, numerosos nuevos tratados comienzan a considerar los temores existentes con respecto a los efectos adversos de la globalización, cuestión que los debates doctrinarios han puesto en relieve[8].

En este sentido, el primer ejemplo que merece ser tratado es el de numerosos TBI suscritos por Canadá[9], los cuales contenían en su artículo XVII titulado "Aplicación y excepciones generales", una referencia expresa a la posibilidad para el Estado receptor de la inversión, de adoptar o mantener medidas destinadas a la protección del medioambiente, de la salud o de la vida de las personas.

Sin embargo, más interesante aun, resulta el nuevo modelo canadiense de TBI de 2004, el cual además de contener las excepciones a las que hemos hecho referencia, permitiría al Estado receptor, con el objeto de mantener la paz y la seguridad internacional y en virtud de su artículo 10, adoptar medidas de ejecución que podrían afectar el derecho de los inversionistas. Ello, sujeto a la doble condición de no tratarse de medidas discriminatorias y de respetar el principio de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido[10].

En la misma línea de ideas encontramos el TBI firmado entre Chile y Estados Unidos bajo el modelo americano de 2004, el cual contiene disposiciones que permiten a las partes adoptar medidas que, de otro modo, serían consideradas como constitutivas de una expropiación indirecta. Así, el artículo 10.12 permite a cada parte adoptar la medidas que considere apropiadas, a objeto de asegurar que la actividad de inversión en su territorio sea realizada respetando las preocupaciones medioambientales[11].

Por lo demás, el artículo 4(b) del anexo 10-D, relativo a la expropiación, contiene una excepción trascendental, al señalar que "*[s]alvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente*".

Un último ejemplo para ilustrar esta situación, lo constituye el TBI firmado por Chile y Sudáfrica, el cual en el artículo AD Article IV de su protocolo adicional, agrega una excepción al trato justo y equitativo y no discriminatorio, con el fin de permitir al país africano la posibilidad de adoptar medidas relativas a los derechos humanos, "*tales como aquellas que el gobierno quisiera adoptar contra la discriminación racial en favor de la participación de las personas marginadas en la economía del país, facilitándoles el acceso a la propiedad y a la gestión de las empresas*"[12].

Lo anterior nos confirma que aun cuando la protección de las inversiones constituye, evidente-

[8] SORNARAJAH, Muthucumarawamy, "Economic Neo-Liberalism and the International Law on Foreign Investment", en ANGHIE, Antony, CHIMNI, Bhupinder, MICKELSON, Karin, & OKAFOR, Obiora, *The Third World and the International Order: Law, Politics and Globalization*, Leiden, 2003, p. 182.

[9] Véanse en este sentido los TBI concluidos por Canadá con Letonia en 1994, con Panamá en 1996 o con Tailandia en 1998.

[10] LIBERTI, Lahra, *op. cit.*, nº2, p. 817.

[11] "Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental".

[12] "Without detriment to the provisions of this Agreement ensuring fair, equitable and non-discriminatory treatment, the provisions to paragraph (2) of Article IV shall not be construed so as to oblige the Republic of South Africa to extend to the investors of the other Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from any law or other measure the purpose of which is to promote the achievement of equality in its territory, or designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination in its territory".

mente, el núcleo de los TBI, los nuevos modelos comienzan a incorporar, poco a poco, disposiciones que reflejan la preocupación de la sociedad por la protección de valores no económicos.

2. La violación del derecho de propiedad del inversionista

Tal como lo hemos señalado, la garantía de la protección de la propiedad otorgada por el Estado a los inversionistas constituye un elemento indispensable para que éstos califiquen un lugar como apto o no para invertir y se decidan a instalarse. Sin embargo, esta situación no impide que en ciertas ocasiones los inversionistas puedan verse privados de su inversión, como consecuencia de medidas indirectas o directas adoptadas por el Estado receptor.

a) La violación del derecho de propiedad por vía indirecta

Por vía indirecta, debe entenderse el conjunto de medidas que un Estado puede adoptar, las que sin contener una afrenta directa contra el derecho de propiedad del inversionista, producirán en los hechos los mismos efectos que una expropiación o una nacionalización.

Así, la noción de expropiación indirecta constituye hoy en día la mejor ventaja comparativa de que gozan lo inversionistas, principalmente por cuanto ella permite la sanción de toda medida estatal "*en materia de reglamentación de la inversión extranjera, incluso aquellas que dicen relación con los atributos de la soberanía estatal*" [13].

No es de extrañar entonces, que un gran número de casos llevados ante las jurisdicciones arbitrales internacionales hayan tenido por fundamento la expropiación indirecta de una inversión, como consecuencia de medidas adoptadas por los Estados receptores, los que buscaban, en su virtud, proteger derechos que a su juicio eran de mayor rango.

En el caso *Metalclad c. México*[14], el demandante solicitaba al CIADI que se le concediera una indemnización, fundado en una expropiación indirecta debido a la dictación de un decreto ecológico promulgado por México, violando de este modo el artículo 1110 del TLCAN. El tribunal arbitral señaló a este respecto que no necesitaba "*considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación*"[15].

Este tribunal se inclinó entonces por la tesis de una expropiación indirecta, y condenó al Estado mexicano a indemnizar al demandante, argumentando que la expropiación en el marco del TLCAN "*incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor*"[16].

En el caso *Compañía Santa Elena c. Costa Rica*[17], el tribunal del CIADI siguió la misma línea

[13] HORCHANI, Ferhat, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", en *Journal du droit international*, 2, (2004), p. 412.
[14] *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI nº ARB(AF)/97/1, sentencia de 30 de agosto de 2000.
[15] Ibíd. §111.
[16] Ibíd. §103.
[17] *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, CIADI nº ARB/96/1, sentencia de 17 de febrero de 2000.

de pensamiento, imponiendo al Estado costarricense la obligación de indemnizar al demandante, como consecuencia de una medida que habría *neutralizado* la inversión. Según las propias palabras del tribunal, "*[e]xpropriatory environmental measures –no matter how laudable and beneficial to society as a whole– are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains*"[18].

Siempre en el marco de la jurisdicción del CIADI, pero con una resolución mucho más interesante, se inscribe el caso *Tecmed c. México*[19], donde el tribunal, a pesar de haber reconocido la existencia de una expropiación indirecta de la inversión, hizo al mismo tiempo referencia expresa al principio o criterio de la proporcionalidad, elaborado anteriormente por la Corte Europea "para apreciar si un justo equilibrio había sido mantenido, entre el resguardo del derecho de propiedad y la protección del interés general"[20].

En este sentido, el tribunal señaló que "*[e]l acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio. En la valoración de dicha carga o peso, juega un rol primordial la entidad o dimensión de la privación de propiedad operada por la actuación estatal, y si tal privación fue compensada o no*"[21]; agregando que la CEDH ha definido dichas circunstancias de la manera siguiente: "*Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim "in the public interest", but there must also be reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim ought to be realized [...]. The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear "an individual and excessive burden" [...]. The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto*"[22].

A pesar de las reflexiones efectuadas, el tribunal consideró que las medidas adoptadas por México habían sido desproporcionadas y que en consecuencia el inversionista había sufrido la expropiación indirecta de su propiedad, teniendo por tanto el derecho a exigir una justa indemnización. La situación habría sido, sin lugar a dudas, mucho más interesante si el tribunal se hubiese inclinado por la postura contraria, es decir, que las medidas guardaban cierta proporción entre el fin perseguido y los perjuicios causados al inversionistas. En dicho caso, ¿la expropiación (el perjuicio) se habría encontrado justificada? ¿Quid de la obligación de reparar el daño causado? Son preguntas que lamentablemente hasta el momento no hemos tenido la oportunidad de responder a la luz de la jurisprudencia.

b) La violación del derecho de propiedad por vía directa

La hipótesis de una violación directa del derecho de propiedad del inversionista es menos probable que un ataque por vía indirecta, sin embargo, ello no quiere decir que no se hayan dado casos. Ha sido principalmente en aquellos casos en que, carentes de todo otro recurso, los Estados han decidido (o quizás debido) actuar de dicho modo.

Dos son las situaciones que mejor ejemplifican este contexto; la distribución de servicios básicos y la fabricación de productos farmacéuticos.

[18] Ibíd. §72.

[19] *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI nº ARB(AF)/00/2, sentencia de 29 de mayo de 2003.

[20] LIBERTI, Lahra, *op. cit.*, nº2, p. 811.

[21] *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, cit. nº 19, § 122.

[22] Caso *James and others c. Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, nº8793/79, sentencia de 21 de febrero de 1986, nº 50, pp. 19-20. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int [Consulta: 30 de abril de 2010].

i) La distribución de servicios básicos

Que los servicios básicos (agua, electricidad, gas, etc.) sean distribuidos a la población en forma correcta, es una de las mayores preocupaciones para todo Estado. En este sentido, es evidente que frente a cualquier incumplimiento contractual o falta cometida por el ente encargado de la distribución, el Estado estará en su derecho de adoptar las medidas adecuadas para asegurar a todos sus habitantes un acceso de calidad a dichos bienes o servicios.

Sin embargo, esta situación no siempre es simple de resolver, por una parte, debido a que los contratos de concesión suscritos por un Estado con un inversionista extranjero contienen a menudo disposiciones obscuras relativas a las situaciones que puedan darse durante el periodo de ejecución del contrato. Por otra parte, el sólo hecho de permitir el acceso de extranjeros a sectores económicos estratégicos, pondrá a los Estados en una situación complicada, ya que aquellos no siempre están al tanto de la realidad social local.

El problema se presentará, entonces, cuando alguna de las empresas encargadas de la distribución de dichos servicios, sea un extranjero, ya que las medidas adoptadas por el Estado, si afectan el goce de su derecho de propiedad, constituirán una expropiación de su inversión, a la luz de los TBI.

Varios ejemplos pueden ser invocados, sin embargo, el más llamativo parece ser el caso *Aguas del Tunari c. Bolivia*[23]. En 1999, el Estado boliviano otorgó una concesión a un consorcio extranjero, destinada la distribución de agua potable y alcantarillado de la municipalidad de Cochabamba[24]. Luego de algunas semanas, el concesionario aumentó las tarifas del agua, impidiendo, en consecuencia, el acceso al agua a un gran número de habitantes, poniendo en riesgo su salud y también su vida.

El resultado fueron violentas manifestaciones y protestas, que condujeron al gobierno de Bolivia a poner término al contrato de concesión, con la concomitante demanda del inversionista ante el CIADI, alegando la expropiación directa de su inversión.

El caso no llegó a ser zanjado por una decisión judicial, ya que la intensa campaña internacional, llevada a cabo por numerosas ONG, llevó al inversionista a desistirse de su demanda, a objeto de no enlodar aún más su imagen. Esta situación –el hecho de que un inversionista se desista como consecuencia de la presión internacional–, bastante frecuente, permite poner término a los procesos por vía de transacción, lo que nos ha impedido lamentablemente conocer la forma en que los tribunales habrían fallado, dando lugar a simples elucubraciones doctrinarias a falta de la tan necesaria jurisprudencia.

ii) La elaboración de productos farmacéuticos

Los productos elaborados por las compañías farmacéuticas se encuentran hace algunos años en el centro de las discusiones relativas a la primacía de ciertos derechos humanos por sobre otros. En numerosos casos, a menudo en los países menos desarrollados, la salud y la vida, derechos humanos por excelencia, se verán enfrentados al legítimo derecho de propiedad intelectual de las empresas farmacéuticas.

Lamentablemente, ni la creación de la noción de medicamento esencial[25] por la OMS ni el sinnúmero de actividades llevadas a cabo por otra organizaciones internacionales, destinadas a

[23] *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*, CIADI nº ARB/02/3.

[24] MANCIAUX, Sébastien, "La Bolivie se retire du Cirdi", en *Revue de l'Arbitrage*, 2, (2007), pp. 351-352.

[25] Véase al respecto, VAN DEN BRINK, Hélène, "Existe-t-il des médicaments "essentiels" auxquels privilégier l'accès", en MOINE-DUPUIS, Isabelle, *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, Litec-Credimi, 28, (2007), pp. 105-115.

garantizar el acceso a ciertos medicamentos indispensables a los habitantes de los países más pobres, han dado resultados favorables. Ello ha llevado a ciertos Estados a desarrollar medicamentos genéricos[26], con anterioridad al vencimiento de la patente del medicamento *princeps*.

Dado que esta forma de actuar afecta directamente al derecho de propiedad del titular de la patente, éste podría legalmente solicitar a la justicia que se condene al Estado infractor y que se le entregue una justa indemnización. Sin embargo, en este contexto, están en juego derechos que van más allá de las simples discusiones económicas y jurídicas; ¿puede realmente ponerse la vida y la salud en la misma balanza que la propiedad? A pesar de la postura afirmativa de las compañías farmacéuticas, numerosas ONG y la mayor parte de la población mundial no comparten su criterio.

Conviene aquí hacer referencia al bullado caso que enfrentó en 2001 a 39[27] farmacéuticas y Sudáfrica, como consecuencia de una ley promulgada por el Estado africano en 1997, que daba al Ministro de Salud, amplias prerrogativas para recurrir a importaciones paralelas, licencias obligatorias y utilización de medicamentos genéricos.

Tal como ocurrió en el caso *Aguas del Tunari*, la acción de numerosas ONG, tales como *Treatment Action Campaign* o Médicos Sin Fronteras, además de una movilización mediática sin precedentes, empujó a las compañías a desistirse poco a poco de sus demandas. Resulta interesante constatar, entonces, que aun cuando desde un punto estrictamente legal, la industria farmacéutica tenía la razón, el temor de ver su reputación enlodada permitió que el argumento humano primara por sobre el argumento jurídico.

III. CONCLUSIONES

El derecho de propiedad es una noción compleja, la cual si bien ha recibido protección desde las primeras leyes creadas por el hombre, aún hoy se presta para discusiones en las diversas ramas del Derecho.

¿Derecho humano o derecho económico? Dependiendo de la respuesta, los resultados pueden ser muy diferentes, especialmente en un tema tan importante y delicado como la inversión extranjera, donde entran en juego los intereses de los inversionistas, del Estado y, por supuesto, los de la población. A nuestro juicio, la respuesta correcta debería ser ambos: se trata de un derecho económico que dada su importancia ha sido elevado a la categoría de derecho humano, y de ahí que los conflictos que surgen sean tan difíciles de superar.

Si bien es cierto que grandes avances se han logrado, no muchos de ellos han sido, como hubiésemos querido, obra de decisiones judiciales que podrían aportar el orden tan necesario en esta materia. Quizás, más allá de desgastarse en discusiones relativas a la primacía de un derecho por sobre otro, la tarea pendiente reside en armonizar un sistema complejo de reglas donde tanto inversionista como Estado, cedan parte de sus intereses, en pos del fin último, el hombre.

[Recibido el 5 de mayo y aprobado el 15 de junio de 2010]

[26] Debemos, sin embargo, precisar, que no se trata de "verdaderos" medicamentos genéricos, puesto que para ello, sería necesario que la patente que protege el medicamento princeps estuviese caducada, perteneciendo desde ese momento al dominio público. Véase en este sentido ROBINE, Amélie, "Le médicament générique : quelques éléments de nature à clarifier une notion devenue polysémique", en *Revue Générale de Droit Medical*, 29, (2008), pp. 189-190.

[27] Entre las cuales podemos mencionar: Aventis, Bayer, Boehringer Ingelheim, Knoll (Abbott Labotatories), Novartis, etc.

BIBLIOGRAFÍA

HORCHANI, Ferhat, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", en *Journal du droit international*, 2, (2004).

LIBERTI, Lahra, "Investissements et droits de l'homme" en KAHN, Philippe & WÄLDE, Thomas, *New aspects of international investment law*, Leiden, Nijhoff, 2007.

MANCIAUX, Sébastien, "La Bolivie se retire du Cirdi", en *Revue de l'Arbitrage*, 2, (2007).

ROBINE, Amélie, "Le médicament générique : quelques éléments de nature à clarifier une notion devenue polysémique", en *Revue Générale de Droit Medical*, 29, (2008).

SORNARAJAH, Muthucumarawamy, "Economic Neo-Liberalism and the International Law on Foreign Investment", en ANGHIE, Antony, CHIMNI, Bhupinder, MICKELSON, Karin, & OKAFOR, Obiora, *The Third World and the International Order: Law, Politics and Globalization*, Leiden, 2003.

SUDRE, Frédéric, *Droit européen et International des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2003.

VAN DEN BRINK, Hélène, "Existe-t-il des médicaments "essentiels" auxquels privilégier l'accès", en MOINE-DUPUIS, Isabelle, *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, Litec-Credimi, 28, (2007).

JURISPRUDENCIA

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
- Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia, n° ARB/02/3
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica, n° ARB/96/1
- Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, n° ARB(AF)/97/1
- Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, n° ARB(AF)/00/2

Corte Africana de Derechos Humanos
- Michelot Yogogombaye C. Senegal, n° 001/2008

Corte Europea de Derechos Humanos
- James and others c. Reino Unido, n° 8793/79
- Motais de Narbonne c. Francia, n° 48161/99

Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Comunidad Indígena Yakye Axa, serie C, n° 125.
- Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, serie C, n° 79.
- Comunidad Motwana, serie C, n° 124.