

Table of Contents

BREVE ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE INVERSIONES INTERNACIONALES: UN RÉGIMEN EN CONSTANTE EVOLUCIÓN	1
INTRODUCCIÓN	2
FLUJO DE INVERSIONES Y GLOBALIZACIÓN.....	4
LA LEGALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN INTERNACIONAL	10
EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN	15
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS	22
(1) CONTROL DE PARTES.....	29
(2) REMEDIOS PARA LESIONES PASADAS	32
(3) IMPACTO EN LA SOBERANÍA DEL ESTADO.....	35
CRÍTICAS CONTEMPORÁNEAS DEL RÉGIMEN DE INVERSIONES	52
(1) CRÍTICAS VERTICALES.....	52
(2) CRÍTICAS HORIZONTALES	60
(3) CRÍTICA IDEOLÓGICA.....	64
(4) CRÍTICAS VINCULADAS AL ESTADO DE DERECHO	65
EL RÉGIMEN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	67
EL RÉGIMEN DE INVERSIÓN INTERNACIONAL A PARTIR DE 2019: UNA POSDATA.....	68

Breve análisis del régimen de inversiones internacionales: un régimen en constante evolución¹

José E. Álvarez
Herbert and Rose Rubin Professor of International Law
NYU Law School

¹ Este ensayo es una adaptación al español del capítulo I del libro *The Public International Law Regime Governing International Investment* (Brill, 2011), el cual recopila las conferencias dictadas por el autor en la Academia de La Haya, al que le fue agregada una breve nota final. El autor reconoce con un profundo agradecimiento la asistencia de edición y traducción brindada por Juan Pablo Perrino, LL.M. NYU 2019.

Introducción

Las reglas que gobiernan los flujos globales de capital destinados a constituir un negocio con presencia en una nación extranjera (generalmente con fines de lucro) son relativamente nuevas. Por ejemplo, cuando los faraones egipcios extraían estaño lejos de sus costas para forjar bronce o cuando los fenicios invertían en el antiguo Israel no existía una ley global que rigiese las inversiones transfronterizas². Tampoco existían reglas globales claras que regulasen las inversiones realizadas por la Compañía Holandesa de las Indias Orientales cuando Hugo Grocio se esforzó por permitir que la compañía (y su país) navegaran sin obstáculos en alta mar. Incluso, durante la época de la expansión colonial en los siglos XVIII y XIX tampoco parecía necesario recurrir a la costumbre internacional (como fuente de normas generales) para gobernar o proteger las inversiones extranjeras en los territorios coloniales (esto es, la “periferia”), especialmente mientras las potencias coloniales pudieron confiar en las capitulaciones imperiales para este propósito. Por medio de estos tratados, las potencias coloniales pactaron que sus comerciantes pudiesen acceder a tribunales consulares especiales en los Estados anfitriones de la inversión, en lugar de ser juzgados por los tribunales locales³. Si bien podría argumentarse que el origen del derecho consuetudinario a ser indemnizado en casos relacionados con la expropiación de bienes de extranjeros se originó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, lo cierto es que hasta principios del siglo XX no existía mucha práctica de los estados o comentarios académicos vinculados con el tratamiento de inversores extranjeros⁴. De hecho, hasta principios del siglo XX la protección diplomática (que era el principal vehículo por el cual se desarrollaba la normativa relativa al trato de extranjeros y, en particular, de los inversores extranjeros) fue ocasional, al igual que la práctica estatal y la *opinio juris* sobre la materia. Incluso a fines de 1970 la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) consideró en el caso *Barcelona Traction* “sorprendente” que, a pesar de que la actividad internacional de las empresas había proliferado, “la evolución de la normativa relativa a la protección diplomática no ha

2 Ver BISHOP, Doak R. *et al.*, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, p. 2.

3 Ver, por ejemplo, SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 19.

4 Ver, por ejemplo, LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 391-395.

ido más allá y las reglas generalmente aceptadas en la materia no se han cristalizado en el plano internacional”⁵.

Mucho ha cambiado cuarenta años después de *Barcelona Transaction*. Los juristas internacionales han logrado construir un cuerpo de normas sobre los principios –en algún momento discutidos– que rigen la responsabilidad de los Estados por las lesiones que ocasionan a los extranjeros y a sus bienes. Sin embargo, todavía hoy los tribunales arbitrales mediante su jurisprudencia y los académicos en sus comentarios continúan desarrollando los principios aun rudimentarios que rigen las inversiones internacionales, tal como el “estándar mínimo internacional” (antaño utilizado para guiar el tratamiento de los extranjeros en los países periféricos).

Esta monografía se refiere a las normas que hoy gobiernan uno de los principales motores de la globalización económica, a saber, el flujo transnacional de capital generado por una entidad residente en un país con el propósito de establecer un interés de largo plazo en una empresa ubicada en otro país⁶. Este “interés duradero” distingue a una inversión extranjera directa (IED) del capital extranjero invertido únicamente de forma pasiva por los inversores. Esto sucede, por ejemplo, cuando una persona posee títulos en una cartera de valores (conocido como inversión de cartera o *portfolio investment*). Si bien las IED frecuentemente ocurren a través de la fusión del inversor extranjero con una empresa nacional ya existente o a través de la adquisición completa de la última, también pueden darse mediante el establecimiento de una sociedad completamente nueva (modalidad conocida como *greenfield investment*) o mediante la adquisición de parte de las acciones de una empresa local suficiente para ejercer su control. La definición de control accionario varía según las circunstancias. Para empresas con una gran cantidad de acciones ofertadas al público, el control efectivo puede ocurrir con un porcentaje muy

5 Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Co. Limited (Bélgica c. España)*, Fallo Segunda Fase, traducción de la publicación en inglés en ICJ Reports, 1970, par. 46-47, citado por SUBEDI, Surya P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2008, Portland, p. 1, n. 1.

6 Ésta es esencialmente la definición de “inversión extranjera” adoptada por la OCDE y el FMI. Ver SACHS, Lisa E., y SAUVANT, Karl P. (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. xxviii (los autores citan documentos de la OCDE y del FMI).

pequeño⁷. Sin embargo, la esencia de la IED es la existencia de una relación a largo plazo entre el inversor directo y su filial extranjera, lo que usualmente significa un grado significativo de influencia en la gestión de esa filial⁸.

Flujo de inversiones y globalización

¿Por qué los flujos de capitales entre naciones destinados a establecer una empresa son considerados el principal motor de la globalización? Existen dos razones: una cuantitativa y la otra cualitativa. A pesar de que el régimen de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre venta de bienes ha recibido la mayor parte de la atención de los académicos, actualmente la cantidad de comercio de bienes asociado con flujos de IED exceden vastamente la cantidad de dólares involucrados en la venta de bienes (importación y exportación) no vinculada a IED. En 2005 los inversores extranjeros alrededor del mundo vendieron aproximadamente US \$19 billones en bienes, mientras que las exportaciones

- 7 En la mayoría de los países, incluidos los Estados Unidos, las normas que disponen la recopilación de datos con fines estadísticos establecen que la empresa matriz ejerce “control” sobre una filial cuando tiene una participación de por lo menos 10 % de sus acciones.
- 8 Si bien esta definición es suficiente para la finalidad de esta monografía, los lectores no deben asumir que todos los tratados de inversión definen “inversión” protegida de la misma manera. Tanto los tratados de inversión – objeto de este ensayo– como los tratados subyacentes (*v.gr.* el Convenio del CIADI) contienen definiciones de lo que constituye una “inversión” cubierta. Algunos de estos tratados contienen definiciones vagas o circulares que son lo suficientemente amplias como para incluir inversiones de cartera (o pasivas). Además, en algunos casos, la jurisdicción bajo un tratado de inversión particular podría obtenerse a través de la modificación de los sujetos controlantes una sociedad, sin necesidad de probar que se produjo un movimiento de capital. En tal sentido, ver por ejemplo, SCHLEMMER, E. C., “Investment, Investor, Nationality, and Shareholders”, en MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 49, 60-61. Esta monografía no abordará el creciente cuerpo de jurisprudencia arbitral que se ocupa de cuestiones tales como qué constituye una “inversión” para que, por ejemplo, el CIADI tenga jurisdicción. Al respecto, SCHLEMMER destaca que el Convenio del CIADI no define “inversión”, pero que a tales efectos algunos árbitros han considerado relevante si la empresa actora ha realizado una contribución “sustancial” a la economía del país anfitrión, la duración de un proyecto o empresa, que el inversionista haya asumido algún riesgo, o la importancia de la empresa o del proyecto para el desarrollo económico del Estado anfitrión (*Ibid.*, pp. 62-69).

mundiales alcanzaron US \$11 billones⁹. La cantidad de capital asociada con IED supera la vinculada al régimen de la OMC para el comercio de bienes, ya sea que nos enfoquemos en los flujos de IED hacia las economías receptoras (equivalente a la suma del capital –o *equity*– y los préstamos o ganancias de reinversión proporcionadas por los inversionistas a sus filiales extranjeras) o en el *stock* de IED (que es el valor total de los activos de propiedad extranjera en un momento dado). Además, el impacto de las IED en las transacciones económicas globales ha ido creciendo. Los flujos de IED se han incrementado de US \$ 40 mil millones a principios de los años ochenta a US\$ 200 mil millones en 1990, y a unos US\$ 1,8 billones en 2008. Es decir que el flujo aumentó dieciocho veces entre principios de los años ochenta y 2008. Esto es mucho mayor que el aumento en el comercio de bienes durante el mismo período¹⁰.

Los graves efectos de la dramática desaceleración de los flujos de IED como consecuencia de la crisis económica que comenzó a fines de 2008¹¹ demuestran cuán cruciales han sido para el continuo crecimiento económico y la prosperidad en todo el mundo. La crisis económica mundial después del 2008 se deriva –en gran parte– y se mide a través de la disminución de los flujos de capital que permiten el funcionamiento de las economías nacionales (incluidas las de superpotencias, como Estados Unidos). Incluso aquellos que cuestionan la intensidad de la contribución de las empresas extranjeras al desarrollo económico de un Estado anfitrión no niegan que los flujos de IED entrantes siguen siendo el principal vehículo para generar crecimiento en los países menos desarrollados ni que la actividad de las aproximadamente 80.000 empresas transnacionales (ETNs)¹² que controlan

9 SAUVANT, Karl P., “A Backlash against Foreign Investment?”, in *World Investment Prospects to 2010: Boom or Backlash?*, Economist Intelligence Unit, London, 2006, , p. 7, disponible en http://www.vcc.columbia.edu/pubs/documents/WIP_to_2010_Backlash_KPS.pdf.

10 Ver, por ejemplo, SACHS, Lisa E., y SAUVANT, Karl P., *op. cit. supra* nota 6, p. xxviii.

11 SAUVANT, Karl P., “The FDI Recession Has Begun”, Columbia FDI Perspectives, No. 1, 2008, disponible en http://www.vcc.columbia.edu/pubs/documents/KPSPerspective-FDIrecessionhasbegun_001.pdf.

12 Este número de ETNs ha sido Estimado por SAUVANT, Karl P., “The Rise of International Investment, Investment Agreements and Investment Disputes”, en SAUVANT, Karl P. (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 3-4.

activos en el extranjero es crucial para la extracción de recursos naturales, la construcción de infraestructura y la producción de bienes y servicios; en resumen, los factores que hacen que la mayoría de las economías prosperen.

Las IED definen la era actual de la globalización por una razón cualitativa más significativa. No importa únicamente la cantidad de capital que cruza las fronteras, sino los efectos que genera la inversión de ese capital en un Estado anfitrión. Las IED no tienen el mismo impacto que el comercio de bienes. En comparación con la importación de un bien producido en el extranjero, la presencia permanente de una empresa controlada por el extranjero genera mayores consecuencias sociológicas, económicas y culturales para el Estado de origen de la empresa y, en particular, para el Estado anfitrión en el que se encuentra establecida. Estos efectos pueden ser positivos o negativos o, probablemente, de los tipos simultáneamente, pero son difíciles de ignorar. Esta realidad se refleja en el uso coloquial del término “globalización económica”. Lo que la mayoría de nosotros asociamos con este término es la presencia física de establecimientos comerciales idénticos a nivel mundial (como la presencia global de Wal-Mart), o el hecho de que los servicios públicos o sectores asociados con el patrimonio nacional (como el petróleo o la minería), tras haber sido privatizados, son explotados a menudo por enormes (y muy poderosas) ETNs. La globalización económica está también asociada con el hecho de que la mayoría de los países, resultado de procesos de manufactura integrados globalmente¹³, tienen interdependencia económica y, por lo tanto, se ven inmersos en ciclos internacionales de auge y crisis, de los cuales pocos pueden escapar¹⁴. En pocas palabras, ya sea de forma positiva o negativa, generalmente las IED afectan de forma mucho más directa a las personas y a sus comunidades que la importación de bienes producidos en el extranjero.

Las IED son un motor especialmente potente de la globalización en los países menos desarrollados (PMDs)¹⁵. Estos estados reciben más de un tercio de todos los flujos de inversión mundiales. El impacto político de las IED es claro si uno le pregunta a un típico mexicano cómo le impacta el Tratado de Libre Comercio de

13 Las ETNs que utilizan el mineral del país “A”, fabrican productos en el país “B” y los venden en los países “A” a la “Z”.

14 Ver, por ejemplo, MUCHLINSKI, Peter, “Policy Issues”, in *Oxford Handbook of International Investment Law*, *op. cit. supra* nota 8, pp. 11-12.

15 Ver, por ejemplo, BRAUN, Tillmann R. “Globalization: The Driving Force in International Investment Law”, en KAUSHAL, Asha *et al.* (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2010, p. 491.

América del Norte (TLCAN); más evidente lo será si la pregunta es formulada a las maquiladoras que, a raíz de ese tratado, se ubican en el norte México y producen bienes para exportar a través de la frontera. Las encuestas de opinión pública en México y en otros lugares sugieren que a muchas personas, en el norte y en el sur, en el este y el oeste, les apasiona las IED. De hecho, en México, tal como otros países la opinión pública sobre las IED es a menudo un sólido predictor de la afiliación partidaria o del pensamiento sobre las relaciones exteriores¹⁶.

Incluso en lugares con una tradición de fuerte apoyo al flujo libre de capitales como Estados Unidos y Europa (donde, por ejemplo, las personas apoyan ostensiblemente la proliferación de Wal-Marts), el grado de desarrollo de empresas controladas por extranjeros dentro del territorio del país atrae una considerable atención pública (especialmente cuando están vinculadas a sectores “sensibles”)¹⁷. Hasta los ciudadanos de las naciones ricas consideran que la decisión de admitir o no a empresas extranjeras y, eventualmente, cuál es el trato que debe dárseles en el país son temas que cada nación debe tener derecho a decidir individualmente, del mismo modo en que regula la admisión y cómo tratar a cualquier extranjero que pretende ingresar al país. La mayoría de los gobiernos, incluidos los de Europa y de Estados Unidos, creen que decidir quiénes pueden entrar en sus fronteras es un derecho fundamental de los soberanos, y que este derecho básico de los estados no se ve alterado simplemente porque algunos de los que buscan entrar al país ofrezcan la posibilidad de una cantidad considerable de capital. De ahí que cuando en la década de 1960 las empresas transnacionales con sede en Estados Unidos parecían estar amenazando a empresas europeas, las publicaciones, como “The American Challenge” de Servan-Schreiber, se escandalizaban¹⁸. Del mismo modo, las sucesivas olas de IED de Oriente Medio y luego de Japón generaron preocupación y que se proponga legislación proteccionista en Estados Unidos. En algunos países, las reacciones a las IED y al origen étnico o minorías religiosas que parecen beneficiarse indebidamente de la participación en estos flujos han ayudado a definir la política interna durante décadas o siglos.

¹⁶ Para una síntesis de estudios sobre el impacto del capítulo sobre inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, ver *ibid.*, p. 253.

¹⁷ Ver, por ejemplo, SAUVANT, Karl P., “Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies”, en SAUVANT, Karl P. (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 259-260.

¹⁸ SERVAN-SCHREIBER, Jean-Jacques, *The American Challenge*, Atheneum, New York, 1968.

Una serie de teorías críticas sobre las IED tienen origen en la visión de estos flujos internacionales de capital como una amenaza a la “soberanía”. Varias de estas ideas continúan repercutiendo en cómo es percibida la legitimidad de las normas internacionales hoy en día. Los marcos teóricos críticos enfocados o que involucran a las IED incluyen la “teoría de la dependencia” promovida por algunos académicos latinoamericanos en la década de 1970, la visión de Raymond Vernon de las ETN como un competidor o rival del poder del estado soberano y las “Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional” (TWAIL, por sus siglas en inglés). La mayoría de los gobiernos continúan teniendo una relación de amor-odio con el capital extranjero a pesar de que aceptan que, en principio, lo necesitan para prosperar. Sorprendentemente las IED han generado similares preocupaciones en una amplia gama de contextos, independientemente de si su receptor es una economía desarrollada, un país pobre en vías de desarrollo o un Estado que se encuentra en algún punto intermedio. Hoy la resistencia a las IED por parte de ciertos regímenes latinoamericanos de izquierda ha recibido una considerable atención¹⁹, pero no debemos perder de vista que en todos lados han surgido reacciones adversas a algunas formas de IED. El nivel de hostilidad hacia las IED puede ser solamente una cuestión de grado y no estar limitada a ciertas formas de gobierno. Hoy, los flujos de IED originados en los BRIC (Brasil, Rusia, India o China), por ejemplo, parecen estar provocando una reacción adversa, incluyendo nuevas medidas proteccionistas en algunas naciones receptoras capitalistas y ricas²⁰.

Las inquietudes sobre las IED citadas con mayor frecuencia se relacionan con la economía, la política y la seguridad nacional.

Las preocupaciones económicas incluyen los temores de que las empresas extranjeras empleen pocos nacionales o tengan sus empleados en el extranjero, compren activos valiosos o bienes inmuebles a precios de liquidación, eliminen a las empresas locales, monopolicen ciertos sectores, importen más insumos

19 SACHS y SAUVANT, *op. cit. supra* nota 6.

20 Ver, por ejemplo, ELLIOTT, Jonh, “Riding the Elephant”, *Fortune*, 17 de diciembre de 2007, disponible en <http://ridingtheelephant.wordpress.com/2007/12/17/tata-hitsimage-problems-in-the-us/>; GIRIDHARADAS, Anand, “Lobbying in US, Indian Firms Present an American Face”, *New York Times*, 4 de septiembre de 2007, disponible en <http://www.nytimes.com/2007/09/04/business/worldbusiness/04outsource.html>.

producidos en el extranjero (incrementando así el déficit comercial del Estado anfitrión) o transfieran tecnología nacional valiosa a sus empresas filial extranjera.

Por su parte, las preocupaciones políticas derivan de la desconfianza de que las empresas extranjeras influyan indebidamente (o corrompan) a los políticos o se inmiscuyan en los asuntos nacionales, violen las leyes locales o las normas culturales, no respeten el medioambiente o socaven a ciertos grupos locales (como el poder de los sindicatos). Organizaciones no gubernamentales (“ONG”) con sede en EE. UU., tales como el Centro Internacional de Derecho Medioambiental (“CIEL” por sus siglas en inglés), temen que la concesión de derechos “especiales” a los inversores extranjeros a través de los tratados internacionales pueda socavar, por ejemplo, el poder de los Estados anfitriones de regular en favor del interés público²¹.

Finalmente, las preocupaciones vinculadas con la seguridad nacional se originan en el temor de que las empresas extranjeras controlen y comprometan el acceso a la tecnología necesaria para la defensa nacional. Particularmente, existe un fuerte recelo de que las empresas extranjeras o controladas por gobiernos extranjeros o fondos de capitales soberanos²² funcionen como una “quinta columna” desleal o subversiva dentro del tejido social de un país. Es decir, existe el temor de que estas empresas promuevan los objetivos de sus Estados y no simplemente los dictados del mercado²³.

Por estas razones, la reforma de las reglas sobre IED son a menudo el primer objetivo de los nuevos gobiernos. Nótese que ello es así a pesar de que la mayoría

21 Ver, por ejemplo, MAGRAW, Daniel y KARPATKIN, Rhoda. H., “Separate Comments on the United States-Morocco Free Trade Agreement”, Center for International Environmental Law, 2004, disponible en http://www.ciel.org/Publications/TEPAC_Comments_Morocco.pdf (en adelante, “Carta de CIEL”), p. 3. Los autores cuestionan la necesidad de los derechos de los inversionistas otorgados en el Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Marruecos.

22 KOVACS, Charles, “Sovereign Wealth Funds: Much Ado about Some Money”, Columbia FDI Perspectives, No. 14, 2009, disponible en <http://www.vcc.columbia.edu/content/sovereign-wealth-funds-much-ado-about-some-money>.

23 Para algunas respuestas a estas preocupaciones dadas por los defensores de las IEDs, ver, por ejemplo, GRAHAM, Edward. M. y KRUGMAN, Paul. R., *Foreign Direct Investment in the United States*, Institute for International Economics, Washington, DC, 1995.

de las economías nacionales han estado abiertas a las IED (en la mayoría de sus formas) durante décadas.

Al mismo tiempo, debe notarse que, a pesar de que el desarrollo del régimen de inversión internacional es relativamente reciente, la protección otorgada a las empresas extranjeras por los Estados anfitriones nunca ha quedado librada a su discrecionalidad, sujeta únicamente a la legislación y política nacional. Al menos durante la era colonial, las naciones ricas, como los Estados Unidos, amenazaron con el uso de la fuerza militar para defender los derechos de sus inversores nacionales en el extranjero. Aquellos que ordenaron que los buques de guerra estadounidenses estuvieran estacionados frente a ciertas costas de América Latina para alentar a esos países a pagar sus deudas con las autoridades extranjeras creían que el derecho internacional –específicamente la doctrina de la responsabilidad del Estado frente a los extranjeros– limitaba las acciones que las naciones podían tomar con respecto a inversores extranjeros dentro de sus fronteras. Desde el punto de vista de los Estados exportadores de capital como los Estados Unidos, el derecho internacional consuetudinario no exigía que un inversor extranjero en particular fuera admitido en un país, pero sí requería que una vez admitido, tuviera derecho a ser tratado de conformidad con el “standard mínimo internacional”²⁴. Como lo indica la siguiente sección, hoy los flujos de inversión internacional han sido objeto de un grado considerable de legalización a nivel supranacional, como muchos otros asuntos relacionados con la política mundial.

La legalización de la inversión internacional

Al igual que muchos otros regímenes internacionales, este movimiento hacia la legalización ha avanzado en tres dimensiones: niveles crecientes de obligación, precisión y delegación²⁵. Más que nunca, la IED está sujeta a un gran número de normas legales obligatorias que consisten en leyes nacionales y precedentes administrativos, derecho internacional consuetudinario, tratados, principios generales de ley y leyes o formas de regulación generadas institucionalmente. Si bien estas reglas no son necesariamente coherentes o consistentes, con el tiempo se están tornando cada vez más precisas. Esto es así no sólo como resultado de las disposiciones contenidas en los tratados y normas nacionales que son cada vez más detalladas, sino también gracias a la interpretación de todo el régimen

²⁴ Ver, por ejemplo, SORNARAJAH, *op. cit. supra* nota 3, p. 140.

²⁵ Ver, GOLDSTEIN, Judith *et al.*, “Introduction: Legalization and World Politics”, 54 *International Organization* 385 (2000).

normativo efectuada por árbitros internacionales en el marco de disputas entre inversionistas y Estados. De ahí que, el régimen de inversión sea uno de los pocos regímenes internacionales en los que los Estados han delegado implícitamente parte de sus potestades reguladoras a terceros que no están bajo su control exclusivo. Estos terceros incluyen instituciones internacionales formales, como el Fondo Monetario Internacional (“FMI”), cuyas operaciones generalmente respaldan las protecciones otorgadas a los inversionistas en virtud de tratados de inversión, pero, más importante, también incluyen a los inversionistas privados a quienes ahora se les otorga el poder de presentar sus quejas ante los árbitros. Los terceros también incluyen, por supuesto, a estos árbitros que tienen a su cargo la interpretación de los derechos de los inversores reconocidos en tratados diseñados para su protección o en contratos celebrados entre los inversores y los Estados anfitriones que prevén el arbitraje internacional en caso de controversia.

El régimen legal de inversión internacional tiene otras características distintivas²⁶. Por ejemplo, a diferencia del régimen que rige el comercio de bienes, carece de un único tratado multilateral definitivo o de una única institución de alcance global. No existe un equivalente al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”) para la inversión, o una única institución global (comparable a la OMC) encargada de la gobernanza de los flujos de IED. Esto no se debe a que la comunidad internacional no ha tratado de negociar normas multilaterales vinculantes para la IED. De hecho, se lo ha intentado al menos desde 1948, cuando,

26 Como muchos comentaristas de inversiones internacional (como por ejemplo, SCHNEIDERMAN, D., *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 26), estoy utilizando el término “régimen” en el sentido desplegado por muchos licenciados en ciencias políticas. Por ejemplo, Keohane define los regímenes internacionales como “conjuntos de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones implícitos o explícitos en torno a los cuales las expectativas de los actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales” (KEOHANE, Robert, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton, 1984, p. 57). Como se abordará en el capítulo final, el término “régimen” no tiene las implicaciones valorativas de descripciones más cargadas, como pueden ser “sistema” en un extremo hasta “marco” en el otro. Ver BROWER II, Charles H., “Legitimacy and Inconsistency: Is Investment Treaty Arbitration Broken?”, Third Annual Investment Treaty Arbitration Conference: Interpretation in Investment Arbitration”, Tercera Conferencia Anual de Arbitraje de Tratados de Inversiones: Interpretación en el Arbitraje de Inversión, 30 de abril de 2009, Washington, DC. (el autor señala que “sistema” parece referirse a un conjunto más organizado de normas que “marco”).

por medio de la Carta de La Habana, el esfuerzo por crear una organización internacional del comercio que abarque tanto el comercio y la inversión fracasó y originó sólo al GATT. Desde entonces, otros intentos de negociar un tratado multilateral de inversión han fracasado. Esto incluyó el esfuerzo realizado en 1961 por los profesores Louis Sohn y Richard Baxter de la Facultad de Derecho de Harvard para redactar una Convención sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Lesiones a los Extranjeros; los intentos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) de redactar una Convención sobre la Protección de Bienes Extranjeros en 1963 y 1967 y, más tarde, un Acuerdo Multilateral de Inversiones (que terminó en fracaso en 1998)²⁷. Al mismo tiempo, también ha existido un importante esfuerzo por crear regulación global mediante *soft law*, entre la que se destacan una serie de famosas resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU). En particular cabe destacar las resoluciones de 1962 y 1973 sobre la “Soberanía permanente sobre los recursos naturales” y la de 1974 que adopta la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (CERDS). Estos esfuerzos, junto con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales o el intento nunca concluido de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”) para promulgar un Código de Conducta de las Naciones Unidas para Empresas Transnacionales, han tenido cierto impacto en el derecho²⁸.

El régimen de inversión internacional ampliamente entendido incluye: tratados bilaterales de inversión (“TBI”); Acuerdos de libre comercio (“TLC”, como el Capítulo

27 Para una historia concisa sobre los esfuerzos anteriores para “multilateralizar” el régimen de inversiones ver SCHILL, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 23-64.

28 Para una reseña de estos esfuerzos vinculados con el *soft law*, ver, por ejemplo, LOWENFELD, *op. cit. supra* nota 4, pp. 407-445; UNITED NATIONS ECOSOC, “Draft Code of Conduct on Transnational Corporations”, en ZAMORA, Stephen y BRAND, Ronald A., *Basic Documents of International Economic Law*, Commerce Clearing House International, capítulo 1, Chicago, 1990, p. 533.

11 del TLCAN)²⁹; el Tratado sobre la Carta de la Energía³⁰; el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (“MIC”), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“AGCS”) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (“ADPIC”) de la OMC³¹; una serie de resoluciones relevantes de la Asamblea General y otros esfuerzos de *soft law* (por ejemplo, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales)³²; el Código de Liberalización de los Movimientos de Capital de la OCDE³³; el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (“CIADI”) (y otros mecanismos de arbitraje, como CNUDMI)³⁴; y el Organismo Multilateral de Garantía

- 29 Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entrada en vigor el 1 de enero de 1994 (en adelante “TECLAN”), Capítulo. 11, versión en inglés en International Legal Materials, vol. 32, p. 612, suscripto el 17 de diciembre de 1992.
- 30 Tratado sobre la Carta de Energía, United Nations Treaty Series, vol. 2080, p. 95, suscripto el 17 de diciembre de 1994, entrado en vigor el 16 de abril de 1998, disponible en inglés en http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf.
- 31 Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdos sobre las MIC); Acuerdo General sobre el Comercio de Servicio, United Nations Treaty Series, vol. 1869, p. 183, suscripto el 15 de abril de 1994, entrado en vigor el 1 de enero de 1995 (en adelante “AGCS” o, en inglés, “TRIMS”); Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, United Nations Treaty Series, vol. 1869, p. 299, suscripto el 15 de abril de 1994, entrado en vigor el 1 de enero de 1995 (en adelante Acuerdo sobre los ADPIC o, en inglés, “TRIPS”).
- 32 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales, Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OCDE, 2008, disponible en inglés en <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>).
- 33 OCDE, Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales, Código de Liberalización de los Movimientos de Capital (OECD Code of Liberalization of Capital Movements), OCDE, 2010, disponible en inglés en <http://www.oecd.org/dataoecd/10/62/39664826.pdf>.
- 34 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, firmado el 18 de marzo de 1965, entrada en vigor el 14 de octubre de 1966, publicado en inglés en United Nations Treaty Series, vol. 575 p. 259, disponible en

de Inversiones (“OMGI”)³⁵ y otros mecanismos de seguro de riesgo político, como la Corporación de Inversión Privada en el Exterior de los Estados Unidos (“OPIC” por sus siglas en inglés).³⁶

Sin embargo, el régimen se identifica más estrechamente con unos 2.600 TBI y unos 300 TLC regionales adicionales que incluyen, junto con disposiciones comerciales, capítulos de inversión que a menudo se asemejan a los TBI³⁷. Estos últimos incluyen tratados como el TLCAN de 1994 –cuyo Capítulo 11 dedicado a la inversión incluye su propia forma de solución de controversias internacionales– o las disposiciones de inversión contenidas en el TLC más reciente entre los Estados Unidos y Marruecos³⁸.

A pesar de la naturaleza formalmente bilateral de este régimen, podría decirse que el alcance de las protecciones internacionales a la inversión es tan universal como el de la OMC³⁹. De hecho, a fines de 2008, el número de países que eran parte en

http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf (en adelante, “Convenio del CIADI”); Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada por la Asamblea General de la ONU por la Resolución A/RES/61/33 del 18 de diciembre de 2006, UN Sales No. E.08.V.4, ONU, Viena, 2008, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

- ³⁵ Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, United Nations Treaty Series, vol. 1508, p. 100, firmado el 10 de noviembre de 1985, entrado en vigor el 12 de abril de 1988 (en adelante, “Convenio del OMGI”).
- ³⁶ Ver la ley de creación de la Corporación de Inversión Privada en el Exterior de los Estados Unidos (OPIC por sus siglas en inglés), United States Code Annotated, capítulo 22, 2010, §§ 2191-2200b.
- ³⁷ Ver, por ejemplo, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), “The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)”, International Investment Agreements Monitor, No. 3, 2006, UNCTAD Doc. No. UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/9.
- ³⁸ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Marruecos, suscrito el 15 de junio de 2004, entrado en vigor el 1 de enero de 2006, disponible en <http://www.moroccousafta.com/ftafulltext.htm> (en adelante, “TLC Estados Unidos-Marruecos”). El capítulo 10 contiene protecciones y restricciones vinculadas con las inversiones.
- ³⁹ Para un argumento contundente de que el régimen de inversión es efectivamente multilateral a pesar de la forma estrictamente bilateral de la mayoría de los tratados de inversión, ver SCHILL, *op. cit. supra* nota 27.

uno o más tratados de protección de inversiones (180) era superior al de la cantidad de países que eran miembros de la OMC⁴⁰. Incluso, en los años 2002-2003, cuando se habían concluido menos tratados de inversión que en la actualidad, aproximadamente el 60 por ciento del total de *stock* de IED invertido por los países de la OCDE en países no pertenecientes a la OCDE estaba cubierto por TBIs o TLCs.⁴¹ Asimismo, es posible identificar compromisos vinculantes para la protección de los inversores extranjeros en un puñado de acuerdos multilaterales diseñados para fines específicos (como el Tratado sobre la Carta de la Energía) o dentro de ciertas organizaciones internacionales concebidas principalmente para otros fines (por ejemplo, sobre las MIC, AGCS y el ADPIC de la OMC) o en el Código de Movimientos de Capital de la OCDE. Finalmente, también existen otros acuerdos multilaterales facilitan el movimiento transfronterizo de capital, como el Convenio del CIADI del Banco Mundial, cuyo objetivo es facilitar el arbitraje internacional de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones, o el Convenio del Banco Mundial que establece la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, que complementa los programas de seguro de riesgo político ofrecidos a los inversores extranjeros de algunos países, como el OPIC de los Estados Unidos⁴².

El contenido de los tratados internacionales de inversión

Este ensayo se centrará en los más típicos TBIs y TLCs con capítulos de inversión. Aunque estos tratados varían en términos de los derechos específicamente reconocidos, por lo general incluyen las siguientes garantías en nombre de los inversores extranjeros: “trato nacional” (“TN” o “NT” por su siglas en inglés) y “de la nación más favorecida” (“NMF” o “MFN” por su sigla en inglés); otras garantías contra el trato “arbitrario” y/o “discriminatorio”; las disposiciones que garantizan el “trato justo y equitativo” (“TJE” o “FET” por su sigla en inglés), la “protección y seguridad plenas”, una indemnización rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación; y derechos para transferir ganancias al exterior. Nótese que, si bien algunas de estas garantías prevén derechos relativos contra la discriminación,

40 BRAUN, *op. cit. supra* nota 15, pp. 3-4 (quien cita las cifras del CNUDMI para el 2008). Ver también VANDEVELDE, Kenneth J., “A Brief History of International Investment Agreements”, en SACHS and SAUVANT (eds.), *op. cit. supra* nota 6, pp. 3, 28 (quien cita las cifras del CNUDMI).

41 Secretaría de la OCDE, Novel Features in OECD Countries’ Recent Investment Agreements: An Overview, OCDE, 2005, París, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/42/9/35823420.pdf>, p. 2.

42 Ver por todos LOWENFELD, *op. cit. supra* nota 4, pp. 94-97, 102-107, 115-130, 456-461.

algunas protecciones de los inversionistas anticipan garantías mínimas absolutas, a saber, los derechos a un “trato justo y equitativo”, “protección y seguridad plenas”, compensación en caso de expropiación, y el derecho sin restricciones a repatriar los beneficios derivados del funcionamiento de su empresa⁴³.

Algunos acuerdos de inversión, como el modelo BIT de EE. UU. de 1987 y el Tratado sobre la Carta de la Energía (pero no los tratados de inversión de EE. UU. posteriores a 2004, como el TLC entre Estados Unidos y Marruecos) incluyen otra garantía absoluta, conocida como la “cláusula general” o “cláusula paraguas” (en inglés, *umbrella clause*), por la cual los Estados Parte acuerdan “cumplir cualquier obligación” que hayan contraído con un inversionista.

El texto relevante del modelo de BIT de EE. UU. de 1987 establece lo siguiente:

“1. Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera *no menos favorable que la que otorga en situaciones similares* a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o a las de los nacionales o sociedades de terceros países, cualquiera que sea más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a algunos de los sectores o materias que figuran en el Anexo a este Tratado...

2. Se otorgará siempre un *trato justo y equitativo* a las inversiones, las que gozarán de *entera protección y seguridad* y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el *derecho internacional*. Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas *arbitrarias y discriminatorias*, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las

⁴³ Para una descripción detallada de estos derechos con citas específicas de tratados y de decisiones arbitrales sobre el punto, ver BISHOP, R. D. *et al.*, *op. cit. supra* nota 2, pp. 1007-1169. Para un ejemplo concreto de estos derechos, ver TLC Estados Unidos-Marruecos, *op. cit. supra* nota 43, arts. 10.3 (TN), 10.4 (NMF), 10.5 (la protección y seguridad plenas), 10.6 (expropiación), 10.7 (libres transferencias).

inversiones. Cada Parte *cumplirá los compromisos* que hubiera contraído con respecto a las inversiones”⁴⁴.

La disposición comparable del Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994 establece:

“Artículo 10 - Promoción, Protección y Tratamiento de las Inversiones.

1. De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes *un trato justo y equitativo*. Estas inversiones gozarán asimismo de *una protección y seguridad completas* y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante *medidas* exorbitantes o *discriminatorias*, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el *derecho internacional*, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante *cumplirá las obligaciones* que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.

...

7. Cada una de las Partes Contratantes concederá en su territorio a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes, así como a las actividades relacionadas con las mismas, como las de gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, *un trato no menos favorable* que el que conceda a las inversiones, y a su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, de sus propios

⁴⁴ Para el texto en inglés del TBI Modelo de Estados Unidos de 1987, ver VANDEVELDE, Kenneth J., *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Law and Taxation, Boston, 1992, Apéndice A-4 (en adelante “TBI Modelo de EE. UU.”), art. II (énfasis añadido).

inversores o de los de cualquier otra Parte Contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable”⁴⁵.

Consideradas literalmente, ambas disposiciones elevan el incumplimiento de un contrato entre un Estado anfitrión y un inversor a un incumplimiento del tratado. Estas cláusulas permiten a los inversionistas presentar un reclamo arbitral internacional basado en ese incumplimiento, incluso si el contrato original con el Estado anfitrión no contenía dicha cláusula de solución de controversias. Obsérvese que la amplia redacción de la cláusula paraguas en estos tratados parecería incluir cualquier otra “compromiso” que un Estado anfitrión ha ofrecido a un inversor, aunque no figuren en un contrato, tales como una garantía en una licencia emitida por el gobierno. La existencia de estas cláusulas generales o disposiciones comparables en otros tratados de inversión ha dado lugar a decisiones conflictivas en el curso de los arbitrajes entre inversores y Estados⁴⁶.

Tal como surge de los artículos antes citados, el Tratado Carta de la Energía –que ahora ha sido ratificado por cincuenta y una naciones, incluyendo la totalidad de Europa– y el Modelo de TBI de EE. UU. de 1987 –que inspiró a una generación de tratados fuertemente protectores de inversiones firmados por una serie de países– incluyen un número de garantías convencionales similares, pero no idénticos. Estos estándares de tratamiento no son exclusivos de los Estados Unidos, sino que están generalizados en muchos de los casi 3.000 TBIs y TLCs que existen actualmente. Sin embargo, como queda claro a partir de los dos ejemplos citados anteriormente, el modo preciso en que están redactadas estas obligaciones varía de un tratado de inversión a otro. Por ejemplo, la obligación de proporcionar “protección y seguridad plena” estipulada en el Modelo de TBI de EE. UU. de 1987 fue incorporada como “protección y seguridad completas” en la Carta de la Energía. Por lo general, son los árbitros encargados de resolver las controversias basadas en estos tratados quienes deciden si estas diferencias en las terminologías son significativas considerando los hechos relevantes de cada caso. Los árbitros se enfrentan al conflicto de tener que optar entre resolver los casos de acuerdo con los términos precisos utilizados en los tratados (tal como requieren las reglas ordinarias de interpretación de los tratados, las cuales hacen hincapié en la singular importancia

⁴⁵ Tratado sobre la Carta de Energía, *op. cit. supra* nota 30, art. 10 (énfasis añadido).

⁴⁶ Ver, por ejemplo, DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 153-162.

de la interpretación literal)⁴⁷ y su deseo de desarrollar interpretaciones consistentes o armoniosas con el derecho internacional de las inversiones, que muchos asumen es imprescindible para proteger mejor la estabilidad y expectativas tanto de los inversores como de los Estados anfitriones.

Otra cuestión interpretativa que está surgiendo ahora en el curso de los arbitrajes entre inversionistas y Estados es el problema de la “fragmentación”. Esto es, ¿en qué medida las normas de otros regímenes internacionales, incluida la OMC, pueden ser relevante para la interpretación de los tratados de inversión? Al analizar los textos de la Carta de Energía y el TBI Modelo de EE. UU. que se citaron anteriormente se advierte que el área donde potencialmente más obviamente se superponen los regímenes de comercio e inversión sería el de garantías recíprocas de no discriminación. La intención detrás de la incorporación de las garantías de no discriminación en el Modelo BIT de EE. UU. de 1987 y en el Tratado sobre la Carta de la Energía parece ser comparable a la que motivó la inclusión de las garantías de TN/NMF en el GATT para la protección de los comerciantes de mercancías. En los tres casos, parecería que los Estados tienen prohibido discriminar contra bienes extranjeros o inversiones extranjeras. Y, sin embargo, los tres tratados difieren en algunos aspectos incluso con respecto a esta garantía. La frase “en situaciones similares” contenidas en el Modelo de TBI de EE. UU. no aparece, por ejemplo, en el Tratado sobre la Carta de la Energía. Tampoco esa frase aparece en las disposiciones relevantes del GATT (que se refieren a los “productos similares”)⁴⁸. Esta y otras diferencias textuales pueden llevar a que un arbitro siendo objetivo llegue a resultados diferentes.

47 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations Treaty Series, vol. 1155, p. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980 (en adelante “CVDT”), art. 31 (1) (a).

48 Ver Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, United Nations Treaty Series, vol. 55, p. 187, suscripto el 30 de octubre de 1947, entrado en vigor el 1 de enero de 1948, art. III (4) (incorporado al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, suscripto el 15 de abril de 1994, entrado en vigor el 1 de enero de 1995) (en adelante, “GATT”). El art. III (4) dispone “Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior”.

Las diferencias se pueden verificar no solo entre los regímenes de comercio e inversión, sino incluso entre diferentes tratados de inversión. La lectura minuciosa de los textos de la Carta de la Energía y el Modelo de TBI de EE. UU. citados, también sugiere otras diferencias más sutiles. A modo ejemplo, podemos preguntarnos si la protección otorgada por el Modelo de TBI de EE. UU. contra el deterioro por “medidas arbitrarias y discriminatorias” en el Artículo II (1) significa lo mismo que la referencia a medidas “medidas exorbitantes o discriminatorias” en la Carta de la Energía⁴⁹. ¿Debería cualquiera de estas disposiciones ser objeto del mismo análisis que aplican los panelistas de la OMC con sustento en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT que prohíbe “discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”⁵⁰? En un sentido general todos estos tratados parecen compartir un propósito común al prohibir las medidas gubernamentales que no tienen un propósito legítimo y son formas de proteccionismo comercial o de inversión. Sin embargo, los árbitros, aun coincidiendo en ese propósito, pueden estar en desacuerdo sobre cómo ponerlo en práctica. Las diferencias textuales entre estos tratados solo pueden facilitar resultados diferentes. Estas diferencias textuales también ayudan a explicar la persistencia de los debates académicos sobre si el concepto de tratamiento discriminatorio aplicado en el GATT (así como en otras áreas del derecho comercial) puede ser transferido en su totalidad al régimen de inversión⁵¹.

Existen otras razones para ser cauteloso a la hora de tomar principios del derecho comercial (cada vez más sofisticados y desarrollados) con el fin de interpretar los TBI y los TLC. Obviamente, los derechos sustantivos que

49 Ver, por ejemplo, DOLZER y SCHREUER, *op. cit. supra* nota 46, pp. 173-178. Los autores discuten posibles diferencias y áreas de posible superposición entre las garantías de los TBI y TLC prohibiendo medidas “arbitrarias” o “discriminatorias” y asegurando un trato justo y equitativo.

50 Por una comparación entre el GATT y el derecho de inversiones en este u otro punto, ver ALVAREZ, José y BRINK, Tegan, “Revisiting the Necessity Defense in the Argentina Cases”, *Yearbook on International Law & Policy* 2010-2011, 2011, también disponible en Investment Claims Database, Oxford, <http://www.investmentclaims.com/subscriber_article?script=yes&id=/ic/Journal%20Articles/law-iic-journal052&recno=20&searchType=browse>.

51 Ver, por ejemplo, DOLZER y SCHREUER, *op. cit. supra* nota 46, pp. 178-186. Incluso hay diferencias a lo largo del tiempo entre los tratados de inversión de los EE. UU. en la forma en se define la obligación de trato nacional. En algunos tratados el comparador relevante es “en circunstancias similares” (“in like circumstances”) y no “en situaciones similares” (“in like situations”) (*ibid.*).

generalmente se otorgan a los inversores extranjeros en los regímenes de inversión no tienen un análogo en el contexto del comercio de bienes. Por ejemplo, los acuerdos abarcados del GATT no mencionan la protección y seguridad de “trato justo y equitativo” o “completo” o “constante”. Tampoco hay un equivalente a una cláusula paraguas en el GATT (tal como figura en la Carta de la Energía y en el TBI Modelo de los Estados Unidos que se mencionó anteriormente). Tampoco hay nada en el GATT comparable con la protección absoluta de la propiedad prevista en las garantías típicas de los TBI, los cuales reconocen la necesidad de una rápida, adecuada y efectiva indemnización después de la expropiación⁵². Aún más, en el GATT no se hace mención de la garantía típica de los TBI que establece que los inversores deben recibir trato “no menos favorable al requerido por el derecho internacional” (que figura tanto en el TBI entre Estados Unidos del modelo y de los textos de la Carta de la Energía mencionados anteriormente). Cabe notar que, estos derechos se aplican incluso cuando los inversores no son tratados de manera diferente a los ciudadanos de un Estado anfitrión o de su socio comercial más favorecido. Estas protecciones no necesariamente tienen que ver con la intención discriminatoria; el proteccionismo comercial puede no ser la causa de la violación de estas garantías. De este modo, el régimen de inversión parece proteger los derechos de propiedad individuales con mucha mayor intensidad que el GATT, el cual se centra en medidas que tienen una intención o propósito imperceptible. Por estas razones entre otras, el régimen de la OMC o del GATT puede ofrecer solo asistencia limitada a quienes interpretan los tratados de inversión.

52 En tal sentido, nótese la diferencia entre el GATT (*op. cit. supra* nota 48) y el art. III del TBI Modelo de EE. UU. de 1987 (*op. cit. supra* nota 44). Este último establece: “1. Las inversiones no se *expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización* (“expropiación”), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y *mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el Artículo II (2)*. La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación” (énfasis agregado).

Solución de controversias entre inversores y Estados

Los árbitros que en el contexto de disputas entre inversores y estados aplican los TBIs y TLCs también deben ser conscientes de otro conjunto de diferencias con el derecho comercial internacional: los remedios procedimentales previstos en caso de incumplimiento de los tratados inversión son totalmente diferentes a los que se aplican en el marco de la OMC. El régimen del comercio internacional contiene su propio mecanismo de solución de controversias en virtud del cual las partes contratantes del GATT pueden presentar quejas entre sí. Estas quejas entre estados son consideradas por los paneles del GATT y, si son apeladas, por el Órgano de Apelación de la OMC, la cual es una especie de corte permanente de comercio internacional. Estas quejas, en caso de prosperar, tienen la finalidad de eliminar aquellas medidas inconsistentes con el GATT⁵³. Si un Estado retira la medida ofensiva o interrumpe la práctica que se considera que viola el GATT, se entiende terminada la queja y no se autoriza ningún otro remedio en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC. Sólo si un Estado se niega a eliminar una medida inconsistente con el GATT, el régimen autoriza la emisión de una orden que le permite al Estado perjudicado por la medida elevar el nivel de sus derechos aduaneros con respecto al estado infractor. En tal caso, los árbitros de la OMC son quienes determinan qué productos pueden ser sujetos a represalias, así como también cuál es el nivel de retaliación apropiado. Más precisamente, ellos autorizan únicamente las represalias que sean proporcionales a la infracción y que se aproximen al nivel de daño que se produciría si el accionar ilícito continuara vigente. De esta forma, incluso cuando se autorice el máximo remedio de represalias comerciales, el régimen de la OMC no proporciona una compensación a los comerciantes reales que han sido víctimas de una acción ilegal de un Estado.

El esquema de remediación de la OMC es de naturaleza *prospectiva*. Es más comparable a las contramedidas permitidas en respuesta a un incumplimiento

53 Sin embargo, considere la discusión entre Jackson y Bello. Bello sostiene que el cumplimiento de las resoluciones de la OMC en materia de solución de diferencias es voluntario (BELLO, Judith H., "The WTO Dispute Settlement Understanding: Less Is More", 90 *American Journal of International Law* 417 (1996). Jackson la refuta y argumenta que una resolución en materia de solución de controversias crea una obligación internacional en cabeza de la parte involucrada (JACKSON, John. H. "The WTO Dispute Settlement Understanding — Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations", 91 *American Journal of International Law* 60 (1997).

previo del tratado bajo los Artículos de Responsabilidad del Estado⁵⁴. Como una contramedida, la represalia comercial autorizada por el GATT es un medio de transición para inducir el cumplimiento y prevenir futuras violaciones del GATT. La finalidad del sistema de solución de diferencias de la OMC no es proporcionar a los comerciantes particulares afectados el equivalente a una indemnización por los daños sufridos, sino restablecer el *statu quo* entre las Partes Contratantes del GATT tan pronto como sea posible⁵⁵. De este modo, el esquema de solución de diferencias de la OMC está apropiadamente limitado a controversias entre Estados, toda vez que los Estados son tanto los sujetos controlados y regulados y, al mismo tiempo, los beneficiarios. Esto también explica por qué las autorizaciones para ejercer represalias comerciales (es decir, autorizaciones a “suspender concesiones”) son bastante inusuales en la OMC⁵⁶. Cuando un Estado está autorizado a tomar represalias, dicho Estado es, en efecto, autorizado a elevar los aranceles hasta un punto que de otro modo no sería compatible con el GATT. Se podría decir que tales remedios contrarían el propósito del régimen de comercio internacional, el cual, en última, busca bajar los aranceles a nivel mundial, en beneficio de los consumidores de todo el mundo. De hecho, un estado lesionado puede percibir, tras un análisis de costo/beneficio, que una victoria en la OMC que lo habilite a imponer aranceles más altos puede tener efectos negativos, por cuanto la suspensión de concesiones impone costos a sus propios consumidores, quienes pagarán más por las importaciones específicas. Por estas razones, una autorización para imponer tarifas punitivas a un miembro de la OMC es, en ese sistema, una concesión lamentable a favor de la *realpolitik*. Es una herramienta para asegurar el cumplimiento, que casi nunca debería ser necesaria y, si se implementase, debería concluir lo antes posible

54 Ver Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados”, Yearbook of the International Law Commission, vol. 2, parte 2, 2001, p. 1, disponible en inglés en http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf , arts. 49-53. Ver también el art. 60 de la CVDT mediante el cual se autoriza diferentes respuestas ante violaciones graves de un tratado multilateral (*op. cit. supra* nota 47).

55 Para un intento de comparación de las contramedidas con con remedios del GATT, ver MAVROIDIS, Petros C., “Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place”, 11 European Journal of International Law 763 (2000).

56 Hasta diciembre de 2005 había solamente quince casos en los que se impusieron contramedidas en la OMC. Ver, DUNOFF, Jeffrey *et al.*, *International Law: Norms, Actors, Process*, Aspen Publishers, New York, 2006, p. 846.

para que pueda reanudarse el comercio de bienes sin trabas, ni aranceles artificialmente altos u otras barreras no arancelarias.

Por su parte, la finalidad de los remedios del régimen de controversias entre inversores y estados al igual que los remedios en si mismos son completamente diferentes de los del sistema de comercio internacional recién descritos. Es cierto que el típico acuerdo de inversión incluye una cláusula que permite a los Estados parte de un tratado presentar un reclamo ante un órgano arbitral⁵⁷ y que este sistema de solución de controversias entre Estados es, en cierta medida, comparable al de la OMC. Pero, como en el caso de los mecanismos de denuncia de Estado a Estado en otros tratados, éste rara vez se utiliza⁵⁸. Con excepciones, como las quejas de la OMC, a los Estados no les gusta presentar reclamos entre sí, ya que es probable que estos vuelvan en contra de ellos. De hecho, incluso en el marco de la OMC, hay pruebas de que una vez que el Estado A se queja de la conducta del Estado B, es muy probable que el Estado B tome represalias presentando alguna queja contra el Estado A.

Más importante para nuestros propósitos y para el mundo real de las disputas derivadas de los acuerdos de inversión es la existencia de cláusulas como el Artículo VI del TBI Modelo de Estados Unidos de 1987. Esa cláusula establece:

“1. (...) una controversia de inversión se define como una disputa que involucra (a) la interpretación o aplicación de un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; (b) la interpretación o aplicación de cualquier autorización para invertir otorgada por la autoridad en materia de inversión extranjera de una Parte a dicho nacional o compañía; o (c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por este Tratado con respecto a una inversión.

2. (...) Si la controversia no puede ser resuelta mediante consultas y negociaciones, la controversia será sometida a solución, de acuerdo con los procedimientos de solución de controversias previamente acordados y aplicables (...)

⁵⁷ Ver, por ejemplo, TBI Modelo de EE. UU. de 1987, *op. cit. supra* nota 44, art. VII.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, United Nations Treaty Series, vol. 999, p. 171, firmado el 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976 (en adelante “PIDCP”), art. 41.

[Sujeto al párrafo 3 *infra*]

3. (a) El nacional o la empresa en cuestión podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ('Centro') o ante tribunal arbitral ad hoc que aplique las reglas del Centro, para el acuerdo por conciliación o arbitraje vinculante, en cualquier momento después de seis meses contados a partir de la fecha en que surgió la controversia. Una vez que el nacional o la compañía interesada hubiera expresado su voluntad, cualquiera de las partes en la controversia podrá iniciar dicho procedimiento, siempre que:

(i) la disputa no haya sido presentada por el nacional o la compañía para su resolución de acuerdo con cualquier procedimiento de solución de controversias previamente acordado; y

(ii) el nacional o la empresa en cuestión no haya llevado la disputa ante los tribunales de justicia o los tribunales administrativos o agencias competentes de la Parte involucrada en la disputa...

(b) *Cada una de las Partes por la presente expresa su voluntad de someter cualquier controversia en materia de inversiones al Centro para su resolución mediante conciliación o arbitraje vinculante, o, en caso de que el Centro no esté disponible, la presentación de la controversia a un arbitraje ad hoc aplicando las reglas del Centro*" (énfasis añadido).

Nótese que en virtud del artículo VI, conocido como una cláusula de solución de controversias inversor-Estado, en el caso de que surja una "controversia de inversión", el inversor privado puede por sí mismo llevar la controversia a arbitraje internacional, a saber, el CIADI bajo los auspicios del Mundo Banco o, si el Estado no ha ratificado el Convenio del CIADI, a un arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁵⁹. Las partes en el Convenio del CIADI

59 Ver Consejo Administrativo del CIADI, Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ICSID, Washington, DC, 2006, disponible en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/AFR_%202006%20Spanish-final.pdf.

acuerdan por adelantado permitir que las disputas de inversión se presenten en su contra, siempre que la disputa en particular sea objeto de un acuerdo separado mediante el cual las partes hayan dado su consentimiento para someter la disputa al CIADI⁶⁰. En el momento en que se concluyó el Convenio del CIADI en 1966, se asumió que el consentimiento para someter una cuestión a arbitraje se produciría a través de una presentación al tribunal arbitral *ad hoc* contenida en un acuerdo entre el Estado anfitrión y el inversor después de que surgiera una disputa particular entre ellos o debido a una cláusula que otorgase consentimiento previo al arbitraje incluida en un contrato de inversión entre un inversor y un Estado anfitrión. El aumento de los TBIs y los TLCs que contienen un consentimiento previo para someter las controversias que surjan entre inversores y Estados a arbitraje, incluidas las cláusulas del TBIs y los TLCs que aceptan específicamente la jurisdicción del CIADI para este propósito, ha ampliado enormemente el universo de posibles reclamaciones del Estado-inversor.

El Convenio del CIADI contenía una característica importante diseñado para atraer a aquellos Estados que eran recelosos del arbitraje internacional, tales como los gobiernos que estaban de acuerdo con el criterio del jurista argentino Carlos Calvo, quien sostenía que los inversores sólo tienen derecho a un tratamiento nacional y sólo deben tener acceso a los tribunales nacionales en las mismas condiciones que los nacionales del país receptor⁶¹. Tales gobiernos fueron atraídos a ser partes en el Convenio del CIADI por la seguridad de que una vez que la jurisdicción del CIADI es provocada, los Estados contratantes no están autorizados a recurrir a la protección diplomática⁶². Con ello, las partes del CIADI ya no tendrían que soportar el peso de los reclamos del Estado de donde eran las ETNs, enojadas y políticamente poderosas. El arbitraje del CIADI prometió el fin de la diplomacia de cañonero utilizada para hacer cumplir los derechos de los extranjeros.

Los tribunales arbitrales del CIADI están formados por tres personas: dos seleccionadas individualmente por cada parte en la controversia (inversionista y

⁶⁰ Ver el Convenio del CIADI, *op. cit. supra* nota 34, art. 25.

⁶¹ De acuerdo con Calvo, “los extranjeros que se establezcan en un país tienen sin duda los mismos derechos a protección y no pueden reclamar una mayor medida de protección” (CALVO, Carlos, *Le droit international théorique et pratique*, ed. A. Rousseau, 5th ed., París, 1896, capítulo 6, citado por SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 3ra ed., Cambridge, 2010, p. 21, n. 65 (traducción del original en inglés)).

⁶² Ver Convenio del CIADI, *op. cit. supra* nota 34, art. 27.

Estado anfitrión) y la tercera, el árbitro presidente, por las partes en común o, si no logran estar de acuerdo, por el Presidente del CIADI que es *ex officio* el Presidente del Banco Mundial⁶³. Este sistema se asemeja al de los arbitrajes comerciales, salvo que, en virtud de las reglas del CIADI, la mayoría de los árbitros deben ser nacionales de Estados distintos del Estado anfitrión o del Estado de origen del inversor⁶⁴. Los Estados contratantes del CIADI aceptan reconocer como vinculante cualquier laudo arbitral del CIADI y prometen “hacer cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas por ese laudo dentro de sus territorios como si se tratara de una sentencia definitiva de un tribunal de ese Estado”⁶⁵. Los laudos arbitrales del CIADI no son susceptibles de recurso, pero pueden ser objeto de una solicitud de anulación. El pedido es resuelto por un Comité de Anulación, consistente en otro comité *ad hoc* de tres árbitros distintos de los que escucharon la disputa original, que debe considerar si el tribunal original no estaba debidamente constituido. Concretamente, analiza si el tribunal “se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”, incurrió en actos de corrupción, si “hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”, o si no indicó los motivos de su decisión⁶⁶. Esta forma limitada de revisión no llega al tipo de apelación que se suele aplicar en los tribunales nacionales, en los tribunales penales internacionales, o incluso en la OMC (cuyo Órgano de Apelación puede revisar completamente el derecho aplicado por el panel original).

Si bien el Artículo VI del TBI Modelo de los Estados Unidos de 1987 sólo preveía arbitrajes en el marco del CIADI, muchos acuerdos de inversión ofrecen a los inversores otras opciones de arbitraje, incluido el recurso a un arbitraje de acuerdo al reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“UNCITRAL”) o ante otros cuerpos arbitrales como aquellos que regularmente deciden controversias comerciales entre partes privadas (como el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que es una de las opciones ofrecidas en el Tratado sobre la Carta de la Energía)⁶⁷.

Como es evidente en el texto del artículo VI (1) del TBI Modelo de Estados Unidos de 1987, este tratado define la jurisdicción de un arbitraje inversor-Estado de una manera bastante amplia, incluyendo las controversias que surgen en virtud de la

⁶³ Ver *ibid.*, arts. 37-38.

⁶⁴ Ver LOWENFELD, *op. cit. supra* nota 4, pp. 457-458.

⁶⁵ Convenio del CIADI, *op. cit. supra* nota 34, art. (1).

⁶⁶ *Ibid.*, art. 52 (1).

⁶⁷ Ver Tratado sobre la Carta de Energía, *op. cit. supra* nota 30, Art. 26 (4).

ruptura de un contrato o la afectación de una autorización gubernamental, así como de cualquier disputa relativa a la violación del propio tratado. Además, según el Artículo VI (2), los inversores tienen la opción de presentar su reclamo ante cualquier otro foro, como los tribunales locales del Estado anfitrión, pero no está obligado a hacerlo. No existe ningún requisito de agotar los recursos internos (como es habitual en el derecho internacional consuetudinario). Por el contrario, incluso cuando un inversor haya previamente acordado ir a los tribunales locales a través de una disposición en su contrato de inversión, el Artículo VI (2) de este TBI Modelo permite al inversor renunciar a dichos compromisos previos e ir directamente al arbitraje internacional. En virtud de una cláusula como el Artículo VI, el inversionista puede optar entre presentar un reclamo ante los tribunales locales en el Estado anfitrión o bien recurrir al arbitraje internacional, sin poder volver al arbitraje tras haber tomado la primera opción⁶⁸. Esto se conoce como una disposición de solución de controversias de “bifurcación en el camino” o “*fork in the road*.” Es posible que otros TBIs o TLCs no contengan dicha cláusula, pero puedan imponer otras condiciones previas al arbitraje entre inversionistas y Estados, como una demora por un período específico para permitir que las partes negocien; incluso algunos tratados de inversión pueden establecer la aplicación de la regla tradicional de agotamiento de los recursos internos.

En virtud de una cláusula similar al mencionado Artículo VI (1), ni el Estado de origen del inversor ni el Estado anfitrión pueden impedir que un inversor presente un reclamo contra el Estado que ha violado el TBI. En el típico ejemplo, los Estados partes de un TBI saben si cada uno de ellos ha adherido al Convenio del CIADI. Si lo han hecho, el BIT en sí puede proporcionar el consentimiento adicional necesario para que el CIADI admita la disputa (tal como lo hace el Artículo VI (3) (b) del TBI Modelo de Estados Unidos de 1987). Bajo tal cláusula, cada Estado parte del TBI ha dado su consentimiento por adelantado a cualquier posible reclamo sobre una inversión sustentado en el tratado y, una vez surgida una disputa, únicamente el inversionista puede elegir entre el arbitraje, los tribunales locales o algunas otras opciones para abordar la disputa –véase el Artículo VI (3) (a)–. Por esta razón, se ha sugerido que un arbitraje sustentado en dichos tratados se produce “sin contrato” (o, “*without privity*”)⁶⁹. Esta fase describe la situación en la que, de conformidad con una cláusula como la que figura en el TBI Modelo de Estados Unidos un inversor tiene derecho a recurrir al arbitraje, incluso cuando no tiene un contrato preexistente con el Estado anfitrión que lo permita. Otros han sugerido que esta caracterización

⁶⁸ Ver el TBI Modelo de EE. UU. de 1987, *op. cit. supra* nota 44, Art. VI (3) (i)-(ii).

⁶⁹ PAULSSON, Jan, “Arbitration without Privity”, 10 ICSID Review 232 (1995).

es engañosa ya que el Estado previamente ha expresado su voluntad de someterse al arbitraje en el propio TBI y, se podría decir, que anticipó cualquier reclamo posterior inversor-Estado. En cualquier caso, nadie discute que la base del arbitraje entre inversores y Estados fundados en tratados como el modelo de los Estados Unidos de 1987 es un pacto interestatal en el que ambos Estados acuerdan por adelantado resolver las posibles controversias que puedan surgir en el marco de los tratados⁷⁰. En esos casos, los inversionistas pueden ser considerados como terceros beneficiarios que simplemente se aprovechan del consentimiento previo de los Estados partes siempre que surja una controversia⁷¹.

De este modo, la solución de controversias entre inversores y Estados difiere del sistema de solución de controversias entre Estados, tal como el de la OMC (o, para el caso, el de la Corte Internacional de Justicia), de las siguientes maneras.

(1) Control de partes

A diferencia de lo que sucede en los sistemas interestatales como el de la OMC, en el caso del régimen de solución de controversias inversor-Estado, los Estados no pueden controlar qué reclamos se presentan ni, lo que es igualmente significativo, cómo se litigan dichos reclamos. Los estados no tienen el control de las cuestiones legales que se someten a la decisión de los árbitros. En cambio, en la OMC los Estados pueden decidir, por ejemplo, no presentar reclamos controversiales si, por ejemplo, las sanciones comerciales de larga data de los

70 Ninguno de los elementos del mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados es nuevo en sí mismo. Todos tienen precedentes históricos. Como ha señalado Barton Legum, lo que es novedoso es la combinación de reclamos directos no estatales, protección integral de inversiones, aplicación hacia el futuro, tribunales *ad hoc* y, al menos, alguna posibilidad de que los reclamos se presenten contra los Estados occidentales ricos en la medida en que un TBI o un TLC involucre a partes con importantes intercambios de capital en ambas vías, como Canadá y Estados Unidos bajo el TLCAN. LEGUM, Barton, "The Innovation of Investor-State Arbitration under NAFTA", 43 Harvard International Law Journal 531 (2002).

71 Esta caracterización, sin embargo, no resuelve una ambigüedad importante que solo ahora está comenzando a ser considerada en los comentarios académicos y en algunos arbitrajes: si los inversores, como terceros beneficiarios, deben ser tratados como titulares de derechos propios e independientes, análogos a otros "sujetos" de derecho internacional que tienen derecho a presentar sus propios reclamos a nivel internacional o si son simplemente agentes de sus países de origen, delegados con la autoridad para impulsar los reclamos de esponsales de sus países de origen.

Estados Unidos bajo su ley Helms-Burton dirigidas a Cuba están realmente justificadas por sus intereses “esenciales de seguridad”⁷². Bajo tales sistemas, los Estados se han protegido hasta cierto punto de tener árbitros supranacionales que determinen, por ejemplo, cuál son sus intereses “esenciales” o de “seguridad nacional”. En ausencia de cláusulas especiales que eliminen cuestiones particulares del alcance de un sistema de solución de controversias inversor-Estados o que intenten limitar la discreción de los árbitros con respecto a algunas cuestiones, los Estados parte de TBIs y TLCs no pueden impedir que los inversores privados planteen cuestiones controvertidas. De hecho, las afirmaciones del Gobierno argentino relativas a la seguridad han sido desafiadas repetidamente (y, a menudo con éxito) por parte de inversores privados en el marco del TBI Estados Unidos-Argentina de 1991 (redactado luego del TBI Modelo de Estados Unidos de 1987)⁷³.

También tiene una gran importancia quién tiene derecho a presentar un reclamo ya que ello afecta la intensidad con la que se pueden tratar los problemas, las posibilidades de anulación, impugnación de la aplicación o de resolución de la controversia, y la probabilidad de que los litigantes presenten cuestiones “políticas” u otras cuestiones extrañas en el curso del procedimiento. En todas estas cuestiones, se ha sugerido que los arbitrajes entre inversionistas y Estados se asemejan más a los enfoques duros y de tierra arrasada típicos del sistema de litigio contencioso o dispositivo de los Estados Unidos⁷⁴. Por lo tanto, no es de extrañar que algunos arbitrajes entre inversionistas y Estados ya no sean la alternativa rápida a los litigios de los tribunales nacionales como alguna vez fueron considerados. El caso *Vivendi c. Argentina*, que incluyó dos procedimientos de anulación, duró once

72 Alguna vez fue contemplado este reclamo ante la OMC. Ver JACKSON, John H. y LOWENFELD, Andres F., “Helms-Burton, the US, and the WTO”, American Society of International Law Insights, marzo de 1997, disponible en <http://www.asil.org/insight7.cfm>.

73 Para un estudio de estos casos, ver ALVAREZ, José E. y KHAMSI, Kathryn, “The Argentine Crisis and Foreign Investors”, en SAUVANT, Karl P. (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, op. cit. supra nota 17, p. 379.

74 Ver por todos, REED, Lucy y SUTCLIFFE, Jonathan, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16 Mealey’s International Arbitration Reporter 11 (2001).

años⁷⁵; más recientemente, el caso *CMS c. Argentina*, tardó seis años en resolverse⁷⁶.

Tampoco es correcto que los Estados mantengan un control sin restricciones sobre el trámite de los arbitrajes inversor-Estado. Una vez que un inversor ejercita decide presentar un reclamo con sustento en un acuerdo de inversión en una jurisdicción determinada (como el CIADI), es necesario que las partes sigan reglas preestablecidas que regulen el procedimiento. Bajo tales reglas, los Estados que defienden los reclamos de los inversionistas pueden tener dificultades para dejar de lado resoluciones arbitrales que, por ejemplo, permitan presentaciones de *amicus*, aun de grupos hostiles a los intereses del Estado, o que obliguen al Estado a revelar información. Como ha sido particularmente evidente en el curso de los arbitrajes del TCLAN, tanto los inversionistas como los Estados pueden enfrentar presiones considerables para aumentar la transparencia en los procedimientos arbitrales inversor-Estado, incluso con relación a los procedimientos orales⁷⁷. Nótese en tal sentido, que ante la ausencia de un acuerdo entre el inversor y el Estado demandado puede resultar difícil evitar que los laudos arbitrales o incluso los escritos presentados no sean divulgados públicamente. Si bien nadie sabe la cantidad de laudos inversor-Estado que no se hacen públicos, lo que está claro es que en el presente un número creciente de dichas sentencias y de los escritos de las partes están ampliamente disponibles, incluso en sitios web del gobierno. Actualmente, estas formas de contralor son esperables⁷⁸.

75 Ver, por ejemplo, ANTONOVICS, Nick, “Vivendi Wins Decade-Long Argentina Legal Battle”, Reuters, 21 de agosto de 2007, disponible en <http://www.reuters.com/article/idUSL2181989720070821>.

76 Ver ALVAREZ y KHAMSI, *op. cit. supra* nota 73.

77 Ver, por ejemplo, “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions”, NAFTA Free Trade Commission, 31 de julio de 2001, disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpret.aspx?lang=en>, § 1 (b) (por el cual las partes del TLCAN acuerdan poner a disposición del público todos los documentos presentados a los tribunales del Capítulo 11 sujetos a ciertas limitadas excepciones).

78 Para una defensa enérgica de la necesidad de mecanismos de rendición de cuentas para los arbitrajes entre inversores y Estados con sustento en que éstos son una forma de “derecho administrativo global”, ver KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan, “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, en *El nuevo derecho administrativo global en América*

(2) Remedios para lesiones pasadas

El régimen de solución de controversias de la OMC y el sistema entre inversores y Estados son similares ya que en ambos los Estados han acordado someterse a un número desconocido de reclamaciones futuras e impredecibles. Esta es una gran diferencia con respecto a, por ejemplo, las comisiones de reclamos que tienen a su cargo resolver un conjunto definido de reclamos pendientes, como el Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos. Los regímenes de comercio e inversión también son comparables en la medida en que generalmente no requieren el agotamiento de los recursos internos antes de recurrir a un tribunal internacional. Como se señaló, en muchos TBIs, como el TBI Modelo de EE. UU. mencionado anteriormente, y en diferentes acuerdos de libre comercio los Estados parte han renunciado a esta prerrogativa. Por su parte, el sistema de la OMC establece, por ejemplo, que los Estados pueden evitar implementar estos remedios legales por una presunta violación del GATT sin antes obtener una decisión de la OMC que determine la existencia de tal violación⁷⁹.

Por otra parte, ambos sistemas de solución de diferencias son, en comparación con otros sistemas jurisdiccionales internacionales, relativamente eficaces en términos de asegurar el cumplimiento de los Estados. Después de las reformas de la Ronda Uruguay de 1994, las partes contratantes del GATT están obligadas a cumplir con las decisiones emitidas en el marco del DSU de la OMC, a menos que todos los miembros, incluido el Estado que ha ganado una decisión, acuerden no hacerlo. En los casos entre inversores y Estados, los árbitros pueden aprovechar la relativa eficacia del sistema de ejecución de laudos arbitrales, establecido en el Convenio del CIADI y en el Convenio de Nueva York. Estos tratados permiten ejecutar los laudos en los tribunales nacionales de cada país⁸⁰. Sin embargo, esto no quiere decir que los regímenes de comercio y de inversión tengan un índice perfecto de cumplimiento. Como lo sugieren los esfuerzos intensos para lograr que Europa

Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo, Ediciones RAP S.A., 2009, Buenos Aires, p. 221.

⁷⁹ GATT, *op. cit. supra* nota 48, Art. 23.

⁸⁰ Convenio del CIADI, *op. cit. supra* nota 34, arts. 53 y 54; Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, United Nations Treaty Series, vol. 330, p. 38, suscripto el 10 de junio de 1958, entrado en vigor el 7 de junio de 1959 (en adelante, “Convención de New York”).

cumpla con las decisiones de la OMC relacionadas con el caso de bananas⁸¹ o la lucha de los inversores para asegurar el pago por parte de Argentina de los numerosos laudos dictados en su contra en el marco de sistemas inversionistas-Estado⁸², ambos sistemas de solución de controversias aún tienen que superar las dificultades sistémicas del derecho internacional para garantizar que los Estados observen las decisiones emitidas por órganos supranacionales.

Pero los recursos de la OMC y de los arbitrajes inversor-Estado difieren en otros aspectos. A diferencia del régimen de la OMC, que, como se señaló, está diseñado para lograr que los Estados acusados de violaciones corrijan sus errores, el objetivo del sistema de resolución de controversias entre inversionistas y Estados es garantizar a una parte privada una compensación por daños sufridos a raíz de la violación de un tratado de inversión. El Artículo III (1) del TBI Modelo de EE. UU. de 1987 sugiere lo que podría ser esa compensación, al establecer que:

“1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria *y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el Artículo II (2)*. La compensación equivaldrá al *valor real en el mercado* que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación.”

Bajo esta disposición, un inversionista cuya propiedad ha sido tomada tiene derecho al “valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada” más intereses. La cláusula responde a los viejos debates Norte-Sur en la Asamblea General de las

81 Para una descripción general de la “guerra del banano” en el marco de la OMC, ver, por ejemplo, SIMI, T. B. y KAUSHIK, Atul, “The Banana War at the GATT/WTO”, Trade Law Brief: Making Trade Law Simple, vol. 2008:1, 2008, disponible en <http://www.cutscitee.org/pdf/TLB08-01.pdf>.

82 Ver, por ejemplo, *Sempra Energy International c. Argentina*, Decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo, Caso CIADI No. ARB/02/16, 5 de marzo de 2009.

Naciones Unidas afirmando la postura preferida por el Norte, en contraposición a lo dispuesto en, por ejemplo, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974, la cual reconoce que la definición de qué es una “compensación apropiada” es una cuestión de derecho local⁸³. La cláusula garantiza a los inversores una “compensación pronta, adecuada y efectiva” que, conforme a lo históricamente alegado por el gobierno de los Estados Unidos, es lo que deben pagar los Estados cuando expropián propiedades de extranjeros, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario⁸⁴. Si bien la mayoría de los tratados de inversión no especifican como calcular la indemnización en caso de otras violaciones que no representen una expropiación, los árbitros han tendido a determinar que, en principio, estos otros incumplimientos de los TBI o los TLC facultan a los inversores damnificados a ser indemnizados por el valor total de lo que fuese que perdieron como consecuencia de la violación del tratado, sin perjuicio de si esto ocurrió por una violación a las disposiciones de trato justo y equitativo, NT o NMF, o porque el Estado anfitrión ha violado sus obligaciones en virtud de una cláusula paraguas⁸⁵.

El remedio típico para una violación de un tratado de inversión implica una indemnización por daños a una parte privada, no a un Estado. En consecuencia, los árbitros inversor-Estado (a diferencia de los árbitros de la OMC) tienen que evaluar *si, y en qué medida* un inversor privado ha sufrido un daño como resultado de la acción del Estado. Esta evaluación a menudo involucra el testimonio de expertos para medir el alcance de esa lesión y determinar el quantum de la indemnización. En estos casos, el monto de los daños no está vinculado con la posibilidad de inducir a un Estado a que elimine la medida ilegítima (como sí sucede en la OMC) y, por lo tanto, no implican un cálculo de proporcionalidad (al menos para este propósito). Una vez que los árbitros determinan que un tratado de inversión ha sido efectivamente violado, ellos deben determinar el monto de la indemnización que compense integralmente al inversor por los daños pasados o en curso. De ahí que, los remedios en la solución de controversias entre inversionistas y Estados no son

83 Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, Resolución de la Asamblea General No. 3281 (XXIX), General Assembly Official Records, vol. 29, Supp. No. 31, p. 50, UN doc. A/9631 (1974).

84 LOWENFELD, *op. cit. supra* nota 4, pp. 395-403 (quien describe los intercambios diplomáticos entre los Estados Unidos y México que condujeron a la enunciación de la “fórmula de Hull”).

85 Ver por todo WÄLDE, Thomas W. y SABAHI, Borzu, “Compensation, Damages, and Valuation”, en MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, *op. cit. supra* nota 8, p. 1049.

equiparables a las contramedidas, sino a verdaderas indemnizaciones por daños concedidas por los tribunales nacionales, que tiene por objeto hacer que los reclamantes se recuperen de sus pérdidas. La investigación arbitral no es prospectiva (como en la OMC), sino retrospectiva y requiere identificar con precisión el daño a la propiedad sufrido por el inversor. Naturalmente, esto puede requerir a veces determinar el flujo de fondos esperado por el inversor dependiendo de la violación en que haya incurrido un Estado⁸⁶.

(3) Impacto en la soberanía del Estado.

Probablemente la solución de controversias entre inversionistas y Estados es percibida como una amenaza a la soberanía por lo expuesto anteriormente en los puntos (1) y (2). Considérense solo tres formas en que la preocupación por la soberanía puede verse más afectadas en el sistema de solución de controversias inversor-Estado que en el marco de la OMC: (1) los recursos entre inversionistas y Estados son más completos; (2) las implicancias de las decisiones de los árbitros pueden ser más invasivas del derecho interno; y (3) el régimen en su conjunto produce más “gobernanza global”.

A diferencia de la represalia de tarifas autorizada por la OMC que, como se ha señalado, es relativamente rara y considerada una especie de derrota para un régimen que busca lograr reducir las barreras comerciales, las indemnizaciones por daños determinadas en el curso de arbitrajes inversor-Estado (muchas por montos considerables) no son vistas como una derrota lamentable del sistema, sino como su reivindicación. El objetivo principal del régimen de inversión es precisamente permitir que los Estados ofrezcan a los inversores extranjeros compromisos creíbles de que no serán perjudicados y, si lo fuesen, que serán compensados⁸⁷. Los TBIs y TLCs no sólo protegen a los inversores reconociéndoles derechos sustantivos que reflejan o exceden el derecho internacional consuetudinario, sino que además les ofrecen un foro real para plantear sus diferencias, lo que excede al derecho consuetudinario. A diferencia de lo que sucede con los tribunales locales que suelen ser parciales, los inversores internacionales pueden contar con la jurisdicción internacional reconocida por los tratados de inversiones para reclamar una indemnización en caso de que sus derechos sean violados. Interesantemente, los

⁸⁶ Para ejemplos en los que los árbitros encuentran la existencia de una expropiación indemnizable, ver *ibid.*, pp. 1065-1067.

⁸⁷ Ver, por ejemplo, GUZMAN, Andrew T., “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, 38 *Virginia Journal of International Law* 639 (1998).

tratados de inversión no establecen que los estados deban eliminar las medidas ofensivas, como sí sucede en el marco de la OMC. No obstante ello, un laudo arbitral inversor-Estado que obliga a un Estado a pagar millones de dólares a un inversionista seguramente tenga el mismo efecto que una medida en el marco de la OMC. Por supuesto, la mera extensión de tales remedios también es importante para aquellos preocupados por la “soberanía”. El hecho de que, a la fecha de la redacción de este trabajo, el Estado involucrado en el mayor número de disputas (Argentina) se enfrente a demandas cercanas a los USD 40 mil millones, sin duda plantea preocupaciones sobre la afectación de la soberanía.

Al mismo tiempo, la gran cantidad de reclamos de inversores a Estados anfitriones genera preocupación. Como suele suceder cada vez que se permite acceder al sistema internacional de solución de controversias a partes que no son estados, tales formas “transnacionales” de solución de controversias (como en los tribunales regionales de derechos humanos o en el Tribunal de Justicia Europeo que aplica derecho comunitario) tienden a generar muchas más casos –y mucha más “jurisprudencia”– que los sistemas de solución de controversias puramente “interestatales” (como en el caso de la OMC o la jurisdicción contenciosa de la CIJ). En marzo de 2008, el CIADI (que como se señaló, es únicamente un foro destacado para presentar reclamos de inversores ante Estados) había arbitrado 136 casos y tenía otros 123 pendientes. Si bien nadie conoce los números reales ya que algunos reclamos son confidenciales, se estima que hay más de 200 reclamos conocidos en todo el mundo. Esta cifra supera fácilmente la cantidad de reclamos que el Órgano de Apelaciones de la OMC y la CIJ reciben de manera combinada cada año⁸⁸. Por supuesto, cuantos más reclamos se presenten ante árbitros internacionales, más oportunidades tendrían estos árbitros de interpretar y crear derecho.⁸⁹ La falta de predictibilidad sobre el contenido de futuro laudo exacerba la preocupación de aquellos que ven a las decisiones de los árbitros como una intrusión en la soberanía interna. Nótese que ya de por sí los planteos de los inversores pueden verse como invasivos de la soberanía, en tanto pueden controvertir regulaciones medioambientales, la forma en que fueron tramitados procedimientos administrativos en todos los niveles de gobierno o medidas adoptadas para manejar una crisis financiera. La posibilidad de contar con precedentes arbitrales es todavía

⁸⁸ Mientras que entre 1948 y 1994 solo hubo 91 informes de grupos especiales emitidos con sustento en el artículo XXIII del GATT, entre y el 24 de noviembre de 2008 solo hubo 161 paneles, de los cuales solo 118 resultaron en informes de grupos especiales (a diferencia de los acuerdos o renunciaciones). Ver SAUVANT, *op. cit. supra* nota 17, pp. 259-260.

⁸⁹ Ver KEOHANE, *op. cit. supra* nota 26.

más preocupante cuando involucran la aplicación de normas vagas –como el trato justo y equitativo– por paneles *ad-hoc* de tres personas que exclusivamente se reúnen para resolver una única disputa, sin posibilidad de apelar ante un tribunal de apelaciones capaz de armonizar los criterios diversos que puedan surgir. Además, el problema de la soberanía también se acentúa porque en los casos entre inversores y Estados suelen basarse en –y por lo tanto afectan– reglas o principios generales del derecho internacional, incluido el derecho consuetudinario.

Ahora bien, si la solución de controversias entre inversionistas y Estados no se parece al sistema de la OMC, ¿se parece más a otras formas internacionales de solución de controversias, como las que se encuentran en los tratados regionales de derechos humanos? ¿Es comparable el propósito o los efectos de los laudos emitidos en un arbitraje inversor-Estado con el propósito y los efectos de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo? La respuesta obvia es no.

Los TBIs y los TLCs se asemejan estructuralmente a algunos instrumentos regionales, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“CEDH”), ya que ambos son pactos interestatales que asignan derechos a terceros. Además, en los dos casos, estos destinatarios “no estatales” del tratado son reconocidos al menos como sujetos parciales (y no como meros objetos) del derecho internacional⁹⁰. De esta manera, en ambos sistemas, la facultad de hacer que los Estados cumplan con los pactos interestatales es puesta en manos de “fiscales privados”.

Sin embargo, una diferencia entre estos sistemas se encuentra en los sujetos habilitados para presentar reclamos. Mientras que en la CEDH los terceros beneficiarios son principalmente los propios nacionales de los Estados partes y sólo rara vez habilitan a sociedades extranjeras a presentar reclamos⁹¹, en el ámbito de

⁹⁰ Ver por todos DOUGLAS, Zachary, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, 74 *British Year Book of International Law* 181 (2003); BRAUN, *op. cit. supra* nota 15; en contra ver ALVAREZ, José E., “Are Corporations ‘Subjects’ of International Law?”, 9 *Santa Clara Journal of International Law* 1 (2011) (donde se cuestiona si es útil extraer conclusiones sustanciales de la idea de que los inversionistas en el régimen de inversión son “sujetos” del derecho internacional).

⁹¹ Ver EMBERLAND, Marius, *The Human Rights of Companies*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 12 (quien señala que, en la medida en que las empresas presentan reclamos ante el Tribunal Europeo de Derechos

los TBIs y los TLCs suelen ser –intencionalmente– tanto individuos como empresas extranjeras.) Si bien a primera vista el sistema europeo de derechos humanos parece ser más inclusivo en términos de potenciales actores demandantes (ya que hay *millones* de potenciales reclamantes individuales viviendo en Europa), es importante recordar que los potenciales actores demandantes en el régimen de inversión comprenden no sólo a las más de 80.000 ETNs en el mundo, sino también a las miles de subsidiarias extranjeras que pueden también estar facultadas a presentar reclamos en virtud de los TBIs o TLCs. Además, muchos tratados de inversión (como el TBI Modelo de EE. UU. mencionado anteriormente) no limitan su protección a las compañías extranjeras, sino que además extienden algunas de sus garantías a las “acciones u otros intereses en una empresa o intereses en sus activos”⁹². En la medida en que dichos tratados de inversión permiten a los accionistas individuales presentar reclamos y no solamente a las empresas, es claro que hay millones de reclamantes potenciales en virtud de los TBIs y los TLCs.

Hay otras similitudes entre los dos regímenes. Tanto los tratados regionales de derechos humanos como los tratados de inversión contienen renunciaciones de soberanía comparables, ya que ambos delegan a terceros imparciales la capacidad de tomar decisiones. Todos estos regímenes prevén la posibilidad de que una resolución ordene una indemnización compensatoria de daños y perjuicios pasados. De esta forma, en los dos sistemas los Estados aceptan la existencia potencial de responsabilidad en un conjunto impredecible de futuros reclamos. Así, el CEDH y los tratados de inversión regulan una manera relativamente eficaz de tomar decisiones legalmente vinculantes contra entidades que normalmente gozan de inmunidad soberana. De hecho, ambos establecen (y generalmente aseguran) la asistencia cooperativa de los tribunales locales (si es necesario) para garantizar su cumplimiento. Notablemente, las disputas que ambos sistemas asignan a los jueces supranacionales, de no existir estos regímenes serían tramitadas exclusivamente ante entidades nacionales, especialmente ante los tribunales nacionales. Incluso, hasta cierto punto, estos regímenes comparten objetivos similares: ambos intentan utilizar el derecho internacional y los mecanismos de solución de controversias internacionales –un tribunal permanente el CEDH y árbitros *ad hoc* en el caso de controversias en materia de inversión– como una forma de judicializar, encausar a

Humanos, la mayoría son pequeñas o medianas empresas organizadas de conformidad con las leyes del Estado cuyas leyes impugnan y no son grandes ETNs.).

⁹² TBI Modelo de EE. UU. de 1987, *op. cit. supra* nota 44, art. I (1) (ii).

través de un proceso formal y, esperablemente, despolitizar ciertas disputas⁹³. Los dos regímenes imponen una capa adicional de control supranacional sobre las decisiones nacionales. Ambos comparten la asunción de que, en los casos abarcados por los tratados, no existe plena confianza de que los órganos nacionales (incluidos, entre otros, los seguidos ante tribunales nacionales) se atengan a los principios básicos que caracterizan al Estado de derecho y de que éstos se vean indebidamente influenciados por –por ejemplo– preocupaciones políticas⁹⁴.

Finalmente, muchos de los derechos sustantivos acordados bajo estos regímenes son similares. Al igual que los individuos protegidos el CEDH, los inversores cubiertos por los TBIs y los TLCs generalmente tienen derecho al debido proceso, a ser oídos y a un trato no discriminatorio. Como se abordará en capítulos posteriores, ambos regímenes pueden compartir algunas interpretaciones sobre estos derechos, que han sido adoptados en virtud de que ambos regímenes se sustentan en el derecho internacional, la protección y seguridad “plena” o “constante”, o en las garantías contra el “trato arbitrario” o “discriminatorio”. Además, tanto el CEDH como los tratados de inversión reconocen la necesidad de proteger el derecho de propiedad de conformidad con los principios generales del derecho internacional⁹⁵.

93 Ver BRAUN, *op. cit. supra* nota 15, p. 10. Para una descripción más crítica de la “despolitización” provocada por el régimen de inversión, ver SCHNEIDERMAN, *op. cit. supra* nota 26.

94 Por estas razones, entre otras, los defensores de ambos regímenes enfatizan que buscan establecer o profundizar el estado de derecho. Para un estudio sobre el aumento y la profundización del régimen europeo de derechos humanos en consonancia con tales objetivos, ver, por ejemplo, MORAVCSIK, Andrew, “Explaining International Human Rights Regimes: Liberal Theory and Western Europe”, 1 *European Journal of International Relations* 157 (1995); contra ver GINSBURG, Tom, “International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance”, 25 *International Review of Law and Economics* 107 (2005)(quien critica la conjetura de que los tratados de inversión contribuyen a la promoción o establecimiento del estado de derecho nacional).

95 El artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH prescribe: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. *Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.* Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio *del derecho que poseen*

Algunos pueden sentirse ofendidos por la noción de que los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros –que pueden ser ETNs y sus ricos accionistas– son de alguna manera comparables a los derechos humanos otorgados a las personas abusadas y frecuentemente marginadas. El respeto por los derechos humanos es, después de todo, un objetivo deontológico que merece respeto simplemente porque los seres humanos y su dignidad valen la pena ser protegidos en cualquier escenario. La concesión de derechos a los inversionistas extranjeros, por su parte, generalmente se justifica simplemente como una estrategia conveniente para lograr otros objetivos sociales importantes, especialmente el desarrollo económico de los

los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas” (énfasis añadido). Need to insert here citation to CEDH in my ftn. 99 from my chapter one in the book. El inciso 1 del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una norma similar: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Sin embargo, el inciso 2 prescribe: “Ninguna 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.” (Convención Americana de Derechos Humanos, United Nations Treaty Series, vol. 1144, p. 123, suscripta el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978). Nótese que el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también dispone que “[n]adie será privado *arbitrariamente* de su propiedad” (Resolución de la Asamblea General No. 217A (III), UN doc. A/777, 1948, énfasis añadido) y el inciso 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce “el derecho de toda persona a (...) [b]eneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (United Nations Treaty Series, vol. 999, p. 3, suscripto el 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 3 de enero de 1976, reimpresso en International Legal Materials, vol. 6, p. 360). El derecho de propiedad, y más específicamente el derecho a garantías procesales antes de que pueda ser interferido, también ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo. Ver, por ejemplo, Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, C-402/05, 2008, sentencia, párr. 354-371 (el donde resolvió que son ilegales las restricciones al derecho de propiedad de los apelantes derivadas de la implementación de resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en relación con la lucha contra el terrorismo).

Estados que son receptores de los inversores extranjeros⁹⁶. En cambio, pocas veces se ha intentado argumentar que la moral o el derecho natural exigen que se otorgue protección a la “dignidad” de las sociedades, especialmente cuando las empresas son propiedad o están controladas por personas que no forman parte de la política del Estado del cual reclaman protección y son por lo tanto ajenas al contrato social nacional⁹⁷.

En general, los tratados de inversión son vistos como diferentes de las convenciones de derechos humanos en la medida en que son solo un medio para un fin a diferencia del caso de los derechos humanos, que mayoritariamente son entendidos como un fin en sí mismos. Sin embargo, el objetivo social de quienes concluyen los tratados de inversión (asegurar el desarrollo económico sostenible) también es importante en sí mismo porque precisamente permite que los seres humanos puedan prosperar. De hecho, al menos los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales parecen haber aceptado la proposición de que el desarrollo económico, al igual que los derechos a la vivienda, la alimentación o la salud, son en sí mismo derechos humanos. En tal sentido, podría argumentarse que el derecho a la propiedad privada y el principio *pacta sunt servanda* (el respeto a las promesas soberanas hechas no sólo entre las naciones sino entre una nación y un inversor individual) son derechos tan valiosos moralmente como otros derechos incluidos en tratados de derechos humanos. Algunos podrían argumentar que los inversionistas (incluidos aquellos accionistas que a veces son reclamantes legitimados por TBIs y TLCs) no son “personas” dignas de protección. Y aquellos que se adhieren a los elementos centrales del llamado modelo de desarrollo del Consenso de Washington podrían agregar que el fomento del respeto por los derechos tanto de los inversionistas extranjeros como

⁹⁶ Ver, por ejemplo, ORELLANA, Marcos, “Science, Risk, and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disciplines”, en KAHN, Philippe y WÄLDE, Thomas (eds.), *New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p. 720 (quien argumenta que los derechos humanos y la protección de inversiones operan en “planos diferentes” y no son susceptibles de balancearse).

⁹⁷ Ver, por ejemplo, *ibid.*, p. 720 (quien señala que ciertos organismos de derechos humanos han sostenido que las compañías carecen de *locus standi*).

de los propios nacionales de un país debería ser el objetivo de cualquier sociedad que busque defender el Estado de derecho y la prosperidad económica⁹⁸.

Pero incluso si dejamos de lado estas cuestiones fundamentalmente políticas, debemos recordar que históricamente los derechos humanos y muchos de los derechos contenidos en los tratados de inversión tienen raíces comunes. Algunos de los derechos de los TBIs y TLCs (tales como la garantía a gozar de un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y, en cualquier caso, tratamiento no menor que el requerido por el derecho internacional) derivan de la antigua doctrina de la denegación de la justicia (reconocidas ya en la antigua Grecia y adoptada como parte del derecho de gentes –*ius gentium*– de Hugo Grocio y Emerich de Vattel) y el estándar mínimo internacional del tratamiento expresado a principios del siglo XX en decisiones arbitrales tales como *Estados Unidos (L.F. Neer) c. Estados Unidos Mexicanos*⁹⁹.

El caso *Neer* es un buen recordatorio de que, en sus inicios, el régimen de inversión comenzó reconociendo derechos individuales a personas individuales y que la doctrina de la responsabilidad del Estado que permanece en su núcleo es la precursora de lo que se convirtió después de la Segunda Guerra Mundial en “derechos humanos”. *Neer* era un ciudadano estadounidense que fue asesinado en México. Su esposa presentó una demanda argumentando que el gobierno mexicano no había sido diligente en la investigación e impulso del caso vinculado a su asesinato. Los miembros de la Comisión México-Estados Unidos rechazaron el reclamo porque en su opinión los hechos no demostraban una violación al estándar mínimo internacional al cual los extranjeros tienen derecho en virtud del derecho

⁹⁸ Ver por todos SIMMONS, Beth *et al.*, “Introduction: The International Diffusion of Liberalism”, 60 *International Organization* 781 (2006)(quien discute la interdependencia de las políticas liberales); O’GRADY, Mary A., “Free Markets, Free People”, *Wall Street Journal*, 9 de enero de 2004 (quien menciona un índice de “Libertad económica” que pretende clasificar a 153 países). Para una visión más crítica del “Consenso de Washington” y de sus recomendaciones para el “buen gobierno”, ver, por ejemplo, RODRIK, Dani, “Growth Strategies”, en AGHION, Philippe y DURLAUF, Steven N. (eds.), *Handbook of Economic Growth*, Amsterdam, Elsevier, 2005, p. 968, disponible en <http://econ2.econ.iastate.edu/classes/econ502/tesfatsion/GrowthStrategies.DRodrik.GrowthHB2005.pdf>.

⁹⁹ *United States (L.F. Neer) c. United Mexican States*, General Claims Commission, 4 Reports of International Arbitral Awards 60 (15 October 1926).

internacional consuetudinario. En su pasaje más famoso, los comisionados declararon que:

“[E]l trato de un extranjero, para considerarse un acto de delincuencia internacional, debería constituir un ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería capaz de reconocer de inmediato su insuficiencia. Tanto si esta insuficiencia se deriva de la ejecución deficiente de una ley inteligente como el hecho de que las leyes del país no empoderan a las autoridades para cumplir con los estándares internacionales es irrelevante”¹⁰⁰.

Para los estudiantes de derechos humanos contemporáneos, los hechos de *Neer* probablemente les recuerden la famosa decisión *Velásquez-Rodríguez* emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que también se refería a la presunta falta de diligencia debida por un gobierno en la investigación de asesinatos cometidos en su territorio¹⁰¹.

El “deber de protección” que los gobiernos deben a las personas sujetas a su jurisdicción en virtud de tratados de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está acompañado por derechos procesales específicos que dichos tratados también reconocen y que también aparecen en, por ejemplo, el artículo 6 del CEDH¹⁰². Los derechos de los extranjeros que apenas se reconocían en *Neer*,

¹⁰⁰ *Ibid.*, traducción del inglés.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo, (Ser. C) No. 4, 29 de julio de 1988. *Velásquez* era un estudiante que fue visto por última vez bajo la custodia de la policía de Honduras, desapareció y fue declarado presuntamente muerto. La Corte resolvió que el Gobierno hondureño era responsable porque (a) de conformidad con el artículo 1 (1) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, los gobiernos se comprometen no solo a “respetar” sino a “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos de sus ciudadanos y (b) porque Honduras no impidió, investigó o castigó a los responsables.

¹⁰² El inciso 1 del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, *op. cit. supra* nota 100, prescribe en su primera parte que “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por

ahora se han ampliado tanto en su intensidad como en su alcance. Este derecho a un proceso justo actualmente se extiende a los nacionales de un Estado, conforme al derecho consuetudinario, convenciones regionales e internacionales de derechos humanos. De hecho, muchos eruditos ahora subsumen la antigua doctrina de la responsabilidad del Estado frente a los extranjeros bajo la rúbrica de los derechos humanos (y no meramente extranjeros). Incluso, aunque uno crea que los regímenes de derechos humanos contemporáneos y el régimen de inversión no deben ponerse en el mismo plano, lo cierto es que los abogados que presentan reclamos de inversores están recurriendo a paralelismos entre los derechos otorgados en estos dos regímenes que son cada vez más difíciles de ignorar. El establecimiento de conexiones entre los derechos reconocidos en el ámbito de los derechos humanos y en el de los tratados de inversión es más probable por el aumento de “*forum shopping*” o “*treaty shopping*” entre los litigantes. Por ejemplo, algunos inversores han descubierto que a veces pueden presentar reclamos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o ante los tribunales arbitrales del sistema inversor-Estados¹⁰³. De hecho, algunos observadores comienzan a observar un nuevo tipo de “derecho de la humanidad” a partir de las comunicaciones “transjudiciales” –potenciales como existentes– entre los sistemas jurisdiccionales de los sistemas de protección de inversiones y de derechos humanos. Esto sería un derecho común entre los tribunales internacionales que preste atención a las preocupaciones en materia de derechos humanos¹⁰⁴.

Por supuesto que siguen existiendo diferencias considerables entre los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y el régimen de inversión. Los tratados como el CEDH contienen un conjunto de garantías mucho más completas que las otorgadas por un TBI o TLC típico. Además, los regímenes regionales de

ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

¹⁰³ Ver, por ejemplo, *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania*, laudo, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 080/2005, 26 de marzo de 2008, disponible en <<http://ita.law.uvic.ca/documents/AmtAward.pdf>> (en donde se destaca el procedimiento paralelo contra Ucrania en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelve que no es necesario suspender el arbitraje). Para una visión crítica del *forum-shopping*, ver, por ejemplo, BJORKLUND, Andrea, “Private Rights and Public International Law: Why Competition among International Courts Is Not Working”, 59 *Hastings Law Journal* 241 (2007).

¹⁰⁴ TEITEL, Ruti and HOWSE, Robert, “Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order”, 41 *New York University Journal of International Law and Politics* 959 (2009).

derechos humanos difieren del régimen de inversión en la medida en que extienden su protección a todos los individuos sujetos a la jurisdicción de un Estado y no meramente a los inversores extranjeros poseedores de capital.

TABLA 1. COMPARACIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE INVERSIONES.

<i>Tribunales regionales de derechos humanos</i>	<i>Arbitraje Inversor-Estado</i>
– Jueces a tiempo completo	– Árbitros <i>ad hoc</i>
– Audiencias públicas	– Las audiencias normalmente no son públicas
– Los reclamos y decisiones son públicos	– Los reclamos y las decisiones no siempre son públicas
– Se requiere agotamiento de los recursos internos	– El agotamiento de los recursos internos normalmente no es necesario
– Énfasis en prevenir violaciones repetidas.	– Énfasis en la reparación de daños
– Derecho de propiedad "equilibrado"	– El derecho de propiedad no suele estar explícitamente sujeto a un control de equilibrio

También existen diferencias entre los remedios otorgados a los individuos en los tribunales regionales de derechos humanos y los que se proporcionan a los inversionistas en virtud de los TBIs y los TLCs. La Tabla 1 sugiere algunas de las diferencias relevantes en los procedimientos o remedios.

Como lo indica la Tabla 1, mientras que los tribunales de derechos humanos están presididos por jueces a tiempo completo, los tribunales en el sistema inversor-Estado están compuestos por árbitros elegidos por las partes con el fin de resolver una única disputa. Las audiencias en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos son públicas, al igual que los reclamos y las decisiones. En contraste, el grado de transparencia de los arbitrajes

entre inversores y Estados varía según el foro elegido. Las reglas que rigen a estos arbitrajes por lo general determinan el grado de publicidad de los procedimientos, los escritos y las sentencias. Bajo algunas reglas arbitrales, las partes son quienes exclusivamente deciden la publicación de los escritos y resoluciones. Si bien los procedimientos del CIADI a veces son públicos, los realizados bajo las reglas de la UNCITRAL, de la Cámara de Comercio de Estocolmo o de la Cámara de Comercio Internacional pueden no serlo. En algunos arbitrajes puede que muy poco sea público. Por otra parte, se cree que muchas controversias inversor-Estado y comerciales en el marco de la OMC se arreglan secretamente entre las partes. De la misma manera que sucede en ese tipo de disputas comerciales, en el ámbito de los arbitrajes inversor-Estado se conoce muy poco públicamente sobre los términos de dichos acuerdos y si realmente respetan los términos de los TBIs y los TLCs o si, simplemente, consisten en concesiones extraídas por la parte con el mayor poder de negociación en un caso particular.

Por otra parte, se puede ver en la Tabla 1 que, mientras los demandantes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así como ante organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos) deben agotar primero los recursos internos, los inversores en muchos tratados de inversión no deben cumplir con esta exigencia¹⁰⁵. Este requisito concuerda con la concepción original del estándar mínimo internacional, el cual sólo entraba en juego si se podía demostrar que los recursos nacionales habían sido agotados o bien eran inútiles¹⁰⁶. Entre los fundamentos subyacentes al requisito de agotar los recursos internos se han expuesto los siguientes: (a) los ciudadanos extranjeros están obligados frente al Estado anfitrión a intentar obtener la reparación del ilícito ante los órganos internos; (b) los tribunales internos (y en general los soberanos) no deben presumirse incapaces de impartir justicia; (c) los intentos de obtener una reparación ante la justicia local ayuda a confirmar que el acto ilícito (especialmente cuando es cometido por un particular) es un acto gubernamental deliberado; y (d) debe darse una oportunidad justa para corregir su error al Estado anfitrión acusado de incurrir deliberadamente en un ilícito¹⁰⁷.

¹⁰⁵ CEDH, *op. cit. supra* nota 100, Art. 35 (1).

¹⁰⁶ Ver, por ejemplo, SHAW, Malcom, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 730.

¹⁰⁷ Ver, por ejemplo, VAN HARTEN, Gus y LOUGHLIN, Martin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", 17 *European Journal of International Law* 130 (2006).

Tal como surge de la cláusula del TBI Modelo de 1987 de EE. UU. llamada “*fork in the road*” discutida anteriormente, estas razones para exigir el agotamiento de los recursos internos no fueron consideradas determinantes en el caso de muchos TBIs y TLCs. Las cláusulas *fork in the road* son lo opuesto al requisito de agotamiento. Éstas alientan a los inversores a acudir primero el arbitraje internacional, en lugar de correr el riesgo de que los tribunales locales no sean imparciales. Estas disposiciones jurisdiccionales en los tratados de inversión, del mismo modo que las capitulaciones de la época colonial establecían la jurisdicción consular a cargo del país de origen, reflejan la profunda sospecha –a menudo justificada– que a lo largo de la historia el derecho internacional de la inversión extranjera ha tenido de los tribunales locales.

Como la Tabla 1 también indica, los remedios acordados a los reclamantes exitosos en estos dos tipos de regímenes pueden diferir considerablemente, al menos en la práctica. Incluso un demandante que triunfe ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos es probable que no reciba el tipo de reparación pecuniaria que puede obtener un inversor exitoso en un arbitraje inversor-Estado. Como Gus Van Harten y Martin Loughlin han señalado, mientras que los tribunales regionales de derechos humanos a veces han concedido reparaciones económicas, estas sentencias han sido limitadas por doctrinas prudentes que restringen la “justa satisfacción” que los solicitantes pueden recibir¹⁰⁸. Los tribunales de derechos humanos a veces resuelven que los remedios no pecuniarios pueden ser adecuados; incluso pueden decidir limitar la compensación sobre la base de la capacidad del Estado para pagar¹⁰⁹. Tales fallos serían extremadamente raros en el contexto del inversor-Estado. Los límites autoimpuestos a las reparaciones monetarias que reconocen los organismos de derechos humanos parecen derivarse de la idea residual de que estos regímenes deberían enfatizar la necesidad de que un Estado elimine cualquier medida que

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 132.

¹⁰⁹ *Ibid.* Estos autores también señalan ciertos límites a los daños monetarios otorgados bajo la doctrina de *Francovich* en el derecho comunitario (*ibid.*, pp. 132-133). Como indica Tomuschat, los jueces de Estrasburgo no han prestado mucha atención al cálculo de los daños, han tendido a otorgar montos mucho menores a los necesarios para cubrir la pérdida real sufrida, e incluso han sugerido que conceden indemnizaciones con sustento en “equidad”, con base en estimaciones aproximadas. TOMUSCHAT, Christian, “The European Court of Human Rights and Investment Protection”, en BINDER, Christina *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honor of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 654.

ofenda los derechos humanos y que para lograr este objetivo la vergüenza puede ser más importante—y ser más valiosa para un mayor número de personas que estarían protegidas contra violaciones continuas de los derechos humanos— en lugar de asegurar la plena compensación de un único demandante lesionado¹¹⁰. El énfasis en la movilización de la vergüenza frente a la compensación monetaria es, por supuesto, evidente con respecto a los mecanismos de quejas individuales contenidos en las convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas, ninguna de las cuales prevé la emisión de compensaciones monetarias legalmente vinculantes¹¹¹. El énfasis de los derechos humanos internacionales en prevenir futuros abusos por parte del Estado sugiere que estos regímenes pueden tener, al menos en esta medida, más en común con el régimen de la OMC (el cual también se centra en la prevención de legislación proteccionista y no en proporcionar el pago a los perjudicados por el proteccionismo pasado¹¹²). Por el contrario, en la solución de controversias entre inversores y Estados se trata de compensar al inversor por los daños sufridos.

Finalmente, la Tabla 1 sugiere que los inversores podrían tener éxito ante los tribunales inversor-Estado en casos en los que un individuo litigando ante los tribunales de derechos humanos perdería. Esto se debe a las diferencias subyacentes en las formas en que algunos de los derechos sustantivos relevantes

¹¹⁰ Para un intento académico de cambiar estas concepciones y aplicar la responsabilidad extracontractual en el contexto de lesiones a los derechos humanos, al menos bajo la ley que regula las demandas de daños extracontractuales entre extranjeros en EE. UU. (*Alien Tort Claims Act*) según la aplican los tribunales de ese país, ver FLETCHER, George P., *Tort Liability for Human Rights Abuses*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2008.

¹¹¹ Ver por todos, STEINER, Henry J. y ALSTON, Philip, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford, 2000, pp. 592-704 (quienes abordan en profundidad el mecanismo de derechos humanos de la ONU).

¹¹² Esta es una de las razones por las que plazas como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se consideran alternativas prometedoras frente al arbitraje de inversiones sustentado en los TBIs. Ver, por ejemplo, TOMUSCHAT, *op. cit. supra* nota 114, p. 636. Otras de las razones son que algunos mecanismos de derechos humanos no están disponibles para sociedades, que estos mecanismos requieren el agotamiento de los recursos internos y que, en ocasiones, pueden no incluir garantías sustantivas comparables a las de los tratados de inversión. Asimismo, cabe destacar que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no son ejecutables directamente y su ejecución puede demorarse considerablemente.

son reconocidos en los tratados respectivos. En pocas palabras: algunos de los derechos reconocidos a los inversores por algunos tratados de inversión son más amplios o están sujetos a menos excepciones que algunos de los derechos humanos reconocidos en los tratados regionales.

En tal sentido, por ejemplo, considérese una vez más el Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH citado anteriormente. Esta norma dispone que el derecho de propiedad de la CEDH es limitado ya que no pueden afectar el “derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”¹¹³.

Por el contrario, el artículo III del TBI Modelo de EE. UU. citado anteriormente –que brinda a los inversores la garantía de una compensación rápida, adecuada y efectiva– no contiene una limitación comparable. De hecho, como lo deja en claro el texto del Artículo III, el hecho de que un Estado tenga una “causa de utilidad pública” para expropiar una propiedad no lo excusa del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva¹¹⁴. Además, la única excepción general contenida en ese TBI –incluida en su Artículo X¹¹⁵– parece tener un alcance mucho más limitado que la prerrogativa general para regular en el “interés general” prevista en el Artículo 1 del Protocolo 1 de la CEDH. Actualmente sigue siendo una cuestión debatida entre árbitros y académicos si los tratados de inversión con las pocas excepciones a los derechos por ellos reconocidos constituyen un límite implícito sobre el poder

¹¹³ CEDH, *op. cit. supra* nota 100, art. 1.

¹¹⁴ De hecho, como lo han resuelto algunos tribunales arbitrales, la ausencia de tal propósito público o el hecho de que la expropiación de un extranjero sea discriminatoria puede ser una razón para imponer una mayor responsabilidad a un Estado anfitrión. También puede ser un factor para justificar el reconocimiento la pérdida de ganancias. Ver por todos Norton, Patrick M., “A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation”, 85 *American Journal of International Law*, 474 (1991) (quien discute los casos tramitados ante el Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos).

¹¹⁵ El TBI Modelo de EE. UU. de 1987 dispone en su artículo X: “1. El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas *necesarias para el mantenimiento del orden público*, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, *o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad*” (TBI Modelo de EE. UU. de 1987, *op. cit. supra* nota 44, art. X, énfasis añadido).

residual de los Estados para regular en el interés público. Sin perjuicio del criterio que se adopte, lo cierto es que el derecho de propiedad en los tratados de inversión¹¹⁶ (que es el derecho que más claramente se reconoce en estos acuerdos) garantiza el derecho a una compensación integral sin los límites sugeridos por el CEDH, al menos con respecto a la expropiación directa de bienes¹¹⁷. La gran mayoría de los TBI, que aparentemente no contienen ni siquiera las limitadas excepciones reflejadas en el Artículo X del Modelo de 1987 de Estados Unidos¹¹⁸, pueden limitar la discrecionalidad reglamentaria de los Estados y proporcionarles menos defensas en un caso de responsabilidad¹¹⁹.

En esta línea, nótese que el CEDH exige con respecto a la propiedad, así como con relación a la mayoría de los demás derechos protegidos, un análisis de proporcionalidad que busca “equilibrar” los derechos individuales protegidos con los

¹¹⁶ Es decir, el derecho a ser indemnizado frente a una expropiación.

¹¹⁷ Sin embargo, ver US Department of State and US Trade Representative, “2004 US Model BIT”, Anexo B, párr. 4 (b), disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>, (el cual adopta un test de proporcionalidad para determinar si se ha producido una expropiación indirecta y si un Estado no se adueña del título sobre la propiedad de un extranjero, pero tomó medidas lícitas “equivalentes” a una expropiación).

¹¹⁸ Según un estudio, quizás nueve de cada diez TBIs carecen de una cláusula de “medidas no excluidas” (“*measures not precluded*”) similares al artículo X de la TBI Modelo de EE. UU. de 1987 (BURKE-WHITE, William W. y VON STADEN, Andreas, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, 48 Virginia Journal of International Law, 313 (2008)(quien destaca que de los 2.000 TBIs investigados, solo 200 tenían cláusula de “medidas no excluidas”).

¹¹⁹ Para una crítica general de los tratados de inversión fundada en que éstos interfieren indebidamente con el poder soberano para regular, ver, por ejemplo, SCHNEIDERMAN, *op. cit. supra* nota 26. Para un caso en el que se sugiere que los tratados de inversión que no contienen cláusulas de derogación explícitas (como el artículo X del Modelo estadounidense de 2004) pueden restringir la capacidad de los Estados de invocar incluso las defensas de derecho consuetudinario, como la de necesidad, ver *BG Group PLC v. Argentina*, laudo, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 24 de diciembre de 2007, párr. 409 (donde se considera el tema, pero el tribunal no resuelve sobre el particular).

derechos de los soberanos a regular en el interés público¹²⁰. En cambio, no se exige expresamente este tipo de test de proporcionalidad en el TBI Modelo de los Estados Unidos que hemos estado examinando, ni en la mayoría de los TBIs y TLCs. Los tratados de inversión no suelen “equilibrar” explícitamente los derechos sustantivos otorgados a los inversionistas extranjeros de la forma en que lo hace el Artículo 1 del Protocolo 1¹²¹. Además, la mayoría de los tratados de inversión actualmente existentes tampoco contienen una lista residual de excepciones diseñadas para proteger la discrecionalidad estatal, comparable al artículo XX del GATT¹²². Los intentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de equilibrar los derechos de las personas individuales y los estados en conflicto (y, en algunos casos también los derechos de terceros) se ven más fácilmente en el desarrollo que ha hecho de la doctrina llamada “margen de apreciación”¹²³. Si bien actualmente pueden encontrarse algunos pocos laudos en los que los arbitros han recurrido mínimamente al test de proporcionalidad al interpretar algunos tratados de inversión, no está del todo claro que el derecho de propiedad bajo el CEDH y bajo los tratados de inversión con textos similares al Modelo de Estados Unidos de 1987 vayan a ser sometidos a interpretaciones semejantes¹²⁴.

Como sugiere esto, a pesar de sus raíces comunes, los derechos contenidos en los regímenes de inversión y derechos humanos pueden divergir con el tiempo. Mientras que los primeros son menos numerosos, los derechos de propiedad reflejados en los tratados de inversión pueden recibir la protección internacional más

¹²⁰ CEDH, *op. cit. supra* nota 100, art. 1 del Protocolo 1; ver también ALLEN, Tom, “Compensation for Property under the European Convention on Human Rights”, 28 Michigan Journal of International Law 288 (2007).

¹²¹ Compare el CEDH, *op. cit. supra* nota 100, art. 1 del Protocolo 1 con el TBI Modelo de EE. UU. de 1987, *op. cit. supra* nota 44.

¹²² Para una excepción, ver el artículo 10 del tratado de protección de inversiones de Canadá (Foreign Affairs and International Trade Canada, “Foreign Investment Promotion and Protection Agreement Model”, 2003, disponible en <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>, en adelante “TBI Modelo de Canadá”).

¹²³ Para una descripción clásica del “margen de apreciación” y sus orígenes, ver, por ejemplo, Macdonald, Ronald St. J, “The Margin of Appreciation”, en MACDONALD, Ronald St. J, (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer, Países Bajos, 1993, p. 83.

¹²⁴ Ver *contra*, STONE SWEET, Alec, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, 4 Law & Ethics of Human Rights 47 (2010) (quien propone esa comparación).

confiable. Para decirlo de manera más contundente y controvertida: los derechos de los inversores a tener expectativas legítimas sobre su propiedad pueden ser el derecho “humano” más protegido que existe, al menos a nivel global¹²⁵. No es sorprendente que el régimen de inversión internacional ha provocado una gran controversia académica y creciente reacción política¹²⁶.

Críticas contemporáneas del régimen de inversiones

Las críticas contemporáneas del régimen de inversión son semejantes a las que enfrentan los otros regímenes jurídicos internacionales u organizaciones internacionales. Tal como sucede en el marco de otros procesos institucionalizados que tiene por finalidad implementar las reglas del derecho internacional, los déficits de legitimidad del régimen de inversión pueden caracterizarse como verticales, horizontales, ideológicos y legales¹²⁷.

(1) Críticas verticales

El carácter “anti-democrático” del régimen de inversión ha sido objeto de críticas, al igual que los de la OMC y de las instituciones financieras internacionales como el FMI¹²⁸. Se cuestiona que el régimen de inversión, como estos otros regímenes, constituye una forma ilegítima de regulación de los Estados de arriba hacia abajo. En resumen, se sugiere que existe una desconexión vertical entre el derecho

¹²⁵ Ver también BRAUN, *op. cit. supra* nota 15, p. 5 delete the following or translate: (noting that since no comparable individualized remedy is anticipated under consular law, investors under BITs enjoy a benefit that is “likely even to exceed current human rights law and consular law”).

¹²⁶ Ver por todos WAIBEL, Michael *et al.* (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2010.

¹²⁷ Ver, por ejemplo, ALVAREZ, José E., *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 630-645 (quien trata las críticas “horizontales”, “verticales” e “ideológicas” de las organizaciones internacionales). Ver también, GRIEDER, William, *One World, Ready or Not*, Touchstone, New York, 1997; GRUBER, Lloyd, *Ruling the World*, Princeton University Press, Princeton, 2000; MARKS, Susan, “Big Brother is Bleeping Us — With the Message that Ideology Doesn’t Matter”, 12 *European Journal of International Law* 109 (2001).

¹²⁸ Para la consideración de las críticas generales “democráticas” del derecho internacional y una respuesta, ver CHANDER, Anupam, “Globalization and Distrust”, 114 *Yale Law Journal* 1193 (2005).

supranacional originado en el ámbito del régimen internacional de protección de inversiones y las normas creadas por los representantes elegidos popularmente en un país o ejecutada por un tribunal local. Estas supuestas deficiencias “verticales” del régimen de inversión también son motivadas por la percepción de que – particularmente en este caso más que en el caso de otras formas de gobernanza mundial– de una parte considerable del procedimiento de creación del derecho internacional delegado se da en el marco de la resolución de disputas entre inversores y Estados que genera una suerte de “jurisprudencia” arbitral que otros tribunales intentan seguir. Si bien se han efectuado críticas comparables contra otros sistemas de solución de disputas internacionales –especialmente los de la OMC–, en el caso del régimen de solución de controversias inversor-Estado las críticas adquieren mayor prominencia porque las cuestiones que deben resolver los árbitros tienen un alto perfil público y porque los arbitrajes son impulsados por partes privadas. Las decisiones arbitrales inversor-Estado son más propensas a ser criticadas que la mayoría¹²⁹. Los críticos argumentan que no es legítimamente democrático asignar casos en los que se “cuestionan” acciones políticamente sensibles tomadas por soberanos a tres árbitros, de los cuales sólo uno es designado por el Estado anfitrión cuyas acciones son impugnadas¹³⁰. A modo de ejemplo, se puede mencionar planteos que controvierten las medidas tomadas por el gobierno argentino en respuesta a una grave crisis económica o política. Otros autores se ofenden precisamente por el hecho de que este derecho tan único de llevar al ámbito internacional un reclamo y con ello imponer un control supranacional sobre el derecho interno de un Estado se haya otorgado a sujetos que ni siquiera pueden ser considerados parte del sistema de gobierno democrático de ese Estado¹³¹. Las preocupaciones “verticales” se exacerbaban en la medida en que algunos TBIs y los TLCs renuncian a la herramienta preferida a la hora de otorgar

129 Ver por todos, CHOUDHURY, Barnali, “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 775 (2008); BROWER, Charles H., “NAFTA’s Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA”, *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 97, 2003, p. 251 (quien analiza de las preocupaciones planteadas por los arbitrajes entre inversores y Estados).

130 Ver, por ejemplo, VAN HARTEN, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

131 Ver, por ejemplo, ALVAREZ y KHAMSI, *op. cit. supra* nota 73 (quienes discuten algunos casos contra la Argentina).

deferencia a las decisiones de los Estados: el requisito de agotar los recursos internos.

Las decisiones de fondo emitidas en los arbitrajes inversor-Estado, y no simplemente sus procedimientos, a veces despiertan críticas por no ser suficientemente deferente con formas legítimas (y vitalmente necesarias) de regulación pública en una democracia¹³² o por entrometerse en cuestiones fundamentales de “soberanía” o en asuntos palmariamente sacrosantos relacionados con la “jurisdicción doméstica”¹³³. La percepción de la existencia de déficits democráticos se ve agravada aun más por el hecho de que muchos tratados de inversión no son terminables a voluntad o antes del transcurso de 10 años¹³⁴.

Para algunos, el déficit “democrático” no se origina en los arbitrajes, sino en los propios tratados. Existe una percepción generalizada de que algunas de las garantías contenidas en los TBIs y los TLCs –desde el derecho a un trato justo y equitativo a las cláusulas paraguas– operan como un nuevo tipo de cláusula de estabilización a nivel internacional que, del mismo modo que las controversiales

132 Los casos recientes entre inversores y Estados han involucrado reclamos surgidos a partir de actos de los Estados en el campo de la salud pública y han involucrado impugnaciones vinculadas con la gestión de desechos, el uso de tierras, la expansión urbana, la contaminación del aire, el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y los sitios de desechos peligrosos. Ver, por ejemplo, ORELLANA, *op. cit. supra* nota 96, p. 672.

133 De hecho, es probable que algunos jueces estatales en los Estados Unidos, que han expresado su sorpresa por el hecho de que sus fallos puedan ahora ser cuestionados en el curso de la solución de controversias entre inversionistas y Estados del TLCAN, simpaticen con las posiciones adoptadas por el gobierno argentino en estos casos, y especialmente su argumento de que solo los tribunales argentinos deberían considerar cuestiones de políticas públicas tan críticas. Ver, por ejemplo, MONAGHAN, Henry Paul, “Article III and Supranational Judicial Review”, 107 *Columbia Law Review* 833 (2007) (quien cita la sorpresa que le generó al presidente de la Suprema Corte de Massachusetts que sus resoluciones estén sujetas a revisión en el marco del procedimiento de resolución de controversias entre inversores y Estados del TLCAN). La controversia sobre los casos de Argentina incluso ha jugado un papel relevante en los debates sobre la sensatez de los acuerdos de libre comercio en la campaña presidencial de Estados Unidos de 2008 (BEATTIE, Alan, “Concern Grows over Global Trade Regulation”, *Financial Times*, 12 de marzo de 2008).

134 Ver, por ejemplo, TBI Modelo de EE. UU. de 1987, *op. cit. supra* nota 44, art. XIII.

disposiciones de los desequilibrados contratos de inversión, impiden a los gobiernos modificar sus leyes, incluso en respuesta a amenazas imprevistas al bienestar general¹³⁵. Por supuesto, el régimen de inversión siempre ha previsto el potencial conflicto entre los TBIs y la legislación nacional. Pero la percepción de una desconexión “vertical” entre los requisitos de los tratados de inversión y aquellos impuestos por el derecho nacional se acentúa cuando la normativa del sistema de protección de inversiones pone en jaque la norma nacional de más alto rango, a saber, la constitución nacional. Este choque exacerba el carácter “público” de las disputas entre inversores y Estados. Por ello, las ONGs de todo el mundo –desde los Estados Unidos a Filipinas– han presentado impugnaciones constitucionales ante tribunales nacionales objetando alguno de los derechos acordados a los inversores extranjeros en los TBIs o al menos, demandando la divulgación de documentos de negociaciones relevantes¹³⁶. Todavía más controvertida es la proposición de que las reglas del régimen de inversión están propuestas para ser una fuente de normas constitucionales o de superior jerarquía.

En tal sentido, David Schneiderman –un académico canadiense– sostiene que el régimen de inversión

“congela las distribuciones de riqueza existentes y privilegia el ‘*status quo* neutral’. No solo que simplemente compromete a los ciudadanos con instituciones y reglas ya predeterminadas a través de las cuales se llevan adelante los objetivos políticos, sino que también institucionaliza una incapacidad legal para actuar en una variedad de asuntos económicos. No es una estrategia de compromiso previo habilitante; más bien, es una estrategia en gran medida deshabilitante. En el fondo, el régimen de reglas de inversión representa una forma de compromiso previo constitucional

¹³⁵ Ver, por ejemplo, MANN, Howard, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, International Institute for Sustainable Development, 2008, pp. 17-18, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2008/ia_business_human_rights.pdf.

Ver, por ejemplo, VIS-DUNBAR, Damon, “NGOs Claim the Philippine-Japan Free Trade Agreement Is Unconstitutional”, Investment Treaty News, junio de 2009. Por su parte, Schneiderman ha analizado los conflictos entre los derechos protegidos por los TBIs y los derechos de propiedad, por un lado, y las políticas de empoderamiento de los negros aplicadas por Sudáfrica según lo permite su constitución, por otro), (SCHNEIDERMAN, *op. cit. supra* nota 26, pp. 135-157) y los posibles conflictos entre las normas de privatización en la Constitución de Colombia y algunos TBIs (*ibid.*, pp. 164-191).

vinculante entre generaciones que restringe injustificadamente la capacidad de autogobierno”¹³⁷.

Más allá de la percepción de desconexión “vertical” entre lo que los TBIs y TLCs obligan a los Estados a hacer por los inversores extranjeros y la regulación que las entidades políticas democráticas esperan de sus legislaturas, agencias administrativas y tribunales nacionales, cabe tener en cuenta la existencia de tensiones entre los diferentes tipos de obligaciones internacionales de los Estados. Algunas disputas arbitrales sugieren la posibilidad de conflictos entre los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros en virtud de tratados de inversión y los otorgados a todos los ciudadanos de una nación por instrumentos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los Estados anfitriones que enfrentan reclamos por de las empresas prestadoras de servicios públicos privatizados, por ejemplo, han tratado de justificar sus acciones argumentando que tenían la intención de proteger el derecho al agua potable de sus ciudadanos¹³⁸. Las ONGs ambientalistas y de derechos humanos y algunos académicos sostienen que las obligaciones previstas en los tratados de inversión plantean graves cuestiones de política pública que no son tratados o apenas son mencionados durante los procesos de ratificación de esos tratados. Ello tal vez se deba a que las limitaciones reales impuestas por los mismos tratados de inversión sólo se han puesto de manifiesto a través del tiempo, a medida que los inversores han presentado sus reclamos. Algunos sugieren que lo que estos tratados están exigiendo a los gobiernos puede incluso desestabilizar las democracias más frágiles porque empoderan a las multinacionales –ya de por sí poderosas– y al mismo tiempo socavan los esfuerzos insuficientes de estos gobiernos para responder a las demandas legítimas de políticas públicas.

La reacción de algunos sectores contra los tratados de inversión o los arbitrajes inversor-Estado es tan grande que actualmente existe un considerable simpatía – incluso entre muchos miembros del Congreso de Estados Unidos– por la doctrina Calvo, la cual señala que los inversores extranjeros deben recibir un trato no más favorable que el concedido a las empresas nacionales o que si se otorgan “derechos especiales” a las empresas transnacionales extranjeras, también deben conferirse recursos internacionales comparables a quienes puedan verse lesionados por las

¹³⁷ SCHNEIDERMAN, *op. cit. supra* nota 26, p. 37.

¹³⁸ Ver, por ejemplo, KRIEBAUM, Ursula, “Privatizing Human Rights — The Interface between International Investment Protection and Human Rights”, 3 *Transnational Dispute Management* 165 (2006).

operaciones de las ETNs¹³⁹. La variedad de inquietudes existentes –incluso en el contexto de un país desarrollado que tiene una porción relativamente pequeña de su economía controlada por inversionistas extranjeros– se ve reflejada en el testimonio de un destacado académico que se presentó ante el Congreso de los EE. UU. en mayo de 2009. Según Robert Stumberg, los responsables políticos de los Estados Unidos deberían estar preocupados por:

1. El *fórum shopping* por parte de los inversores extranjeros. Stumberg señala que Estados Unidos tiene un TBI con Panamá y que Panamá está tratando de convertirse en el domicilio legal de las empresas porque es un paraíso fiscal. Sugiere que las empresas pueden usar sus operaciones panameñas para desafiar las regulaciones nacionales en los Estados Unidos¹⁴⁰.

2. Ser demandado por inversionistas extranjeros. Stumberg indica que Estados Unidos es ahora un importante importador de capital y debe preocuparse por su

¹³⁹ Ver, por ejemplo, MANN, *op. cit. supra* nota 135; VAN HARTEN, *op. cit. supra* nota 130, p. 142; ver por todos ALVAREZ, José E., “Critical Theory and the North American Free Trade Agreement’s Chapter Eleven”, 28 *University of Miami Inter-American Law Review* 303 (1997); ALVAREZ, José E., “Foreword: The Ripples of NAFTA”, en WEILER, Todd (ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Transnational Publishers, Ardsley Park, 2004, p. xxi. Para un ejemplo reciente de esta preocupación, ver la declaración del Director de Políticas y Principal Economista Internacional de American Federation of Labor & Congress of Industrial Organización de EE.U.U., en donde señala que los acuerdos de inversión están “desequilibrados” en la medida en que (1) “mejoran significativamente los derechos de los inversores en relación con los gobiernos, pero no establecen responsabilidades proporcionales para los inversionistas” y (2) porque los derechos sustantivos y las ventajas procesales otorgadas a los inversores extranjeros “posibilitan que los tribunales de inversión puedan ser utilizados para eludir el proceso democrático y lograr resultados desreguladores en un foro secreto e inaccesible (“Statement of Thea M. Lee, Policy Director and Chief International Economist, AFL-CIO”, en U.S. House of Representatives, Committee on Ways and Means, Subcommittee on Trade “Hearing on Investment Protections in US Trade and Investment Agreements”, No. de Serie 111-20, 14 de mayo de 2009, disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111hhrg11153473/pdf/CHRG-111hhrg11153473.pdf>) (en adelante “Audiencia sobre Protección de Inversiones”), p. 7.

¹⁴⁰ “Statement of Robert K. Stumberg, Professor of Law and Director of the Harrison Institute for Public Law, Georgetown University Law Center”, en Audiencia sobre Protección de Inversiones, *ibid.*, p. 37, traducción del inglés.

postura defensiva en las disputas entre inversores y Estados. En concreto, Stumberg señala que el stock chino de inversiones en Estados Unidos creció en un 62 por ciento en los cinco años anteriores a la actual recesión y que China podría estar interesada en empresas como Wal-Mart, Target o Sears. Él se pregunta “¿es prudente proporcionar arbitrajes inversor-Estado a las empresas chinas que son actores importantes en la economía de Estados Unidos ”?¹⁴¹

3. Amenazas de los inversores extranjeros a la autonomía local, incluidos los esfuerzos de los Estados para proteger los derechos de los pueblos indígenas. Stumberg destaca el ejemplo de *Glamis Gold*, un caso actual en el marco del TLCAN en el que una compañía canadiense cuestiona la legislación de California que frena los planes de Glamis de participar en la minería a cielo abierto cerca de áreas donde los indios Quechan practican su religión y veneran a sus ancestros¹⁴².

4. La amenaza que el régimen de inversión representa para el esfuerzo del gobierno de los EE. UU para enfrentar la actual crisis económica mundial. Stumberg sugiere que los compromisos de los Estados Unidos con los inversores extranjeros pueden amenazar la política de comprar de activos con problemas y rescatar algunas industrias con complicaciones, ya que los esfuerzos del gobierno de los Estados Unidos tienden a limitarse a los bancos y empresas de los Estados Unidos y, por lo tanto, pueden ser impugnados como violaciones al TJE o al trato nacional¹⁴³.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁴² *Ibid.*, pp. 37-38. Sin embargo, cabe destacar que EE. UU. Ganó el caso *Glamis (Glamis Gold Ltd. v. United States, Award, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI*, 8 de junio de 2009, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>. Para las preocupaciones relacionadas con los conflictos potenciales entre los TBI de Sudáfrica y sus políticas de empedoramiento de los negros, Black Economic Empowerment (BEE), ver. PETERSON, Luke E., “South Africa’s Bilateral Investment Treaties: Implications for Development and Human Rights”, *Dialogue on Globalization, Occasional Papers Series*, No. 26, 2006, disponible en <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/04137-20080708.pdf>.

¹⁴³ STUMBERG, *op. cit. supra* nota 140, p. 39 (quien cita el caso *Saluka Investment BV v. Czech Republic*, laudo parcial, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, 17 de marzo de 2006). Ver también VAN AAKEN, Anne y KURTZ, Jürgen Kurtz, “The Global Financial Crisis: Will State Emergency Measures Trigger International Investment Disputes?”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 3, 2009, disponible en <https://www.law.columbia.edu/pt-br/node/85196>.

Las preocupaciones específicas de Stumberg parecen estar impulsadas por una inquietud más general: que el arbitraje entre inversionistas y Estados constituye una delegación antidemocrática de autoridad a los organismos “irresponsables” y supera la libertad de acción de las autoridades nacionales con facultades legislativas¹⁴⁴. Para tales críticas, los TBIs y TLCs esencialmente “externalizan” la aplicación e interpretación del derecho constitucional de los Estados¹⁴⁵. Ciertas decisiones arbitrales en disputas entre inversionistas y Estados son percibidas como “afrentas a la soberanía” que pueden incluso amenazar el derecho de los Estados a la autoconservación¹⁴⁶. Para los críticos del régimen, los tratados de inversión amenazan la continua capacidad de los gobiernos de proteger los derechos de sus propios ciudadanos a la igualdad, la vida, la libertad y la seguridad personal¹⁴⁷. En tal sentido, ellos indican que estos acuerdos degradan, y no promueven, el Estado de derecho y la gobernabilidad democrática en la medida en que crean enclaves legales que *desalientan* reformas generalizadas en pos de consolidar el Estado de derecho en países en vías de desarrollo y “retardan el desarrollo de ciertas

¹⁴⁴ Ver, por ejemplo, BOTTARI Mary y WALLACH, Lori, *NAFTA's Threat to Sovereignty and Democracy: The Record of NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005*, Public Citizen, 2005, disponible en <http://www.citizen.org/documents/Chapter%2011%20Report%20Final.pdf>>; Ver también ATIK, Jeffery, “Repenser NAFTA Chapter 11: A Catalogue of Legitimacy Critiques”, *Asper Review of International Business and Trade Law*, vol. 3, 2004, pp. 218-220.

¹⁴⁵ Ver, por ejemplo, STUMBERG, *op. cit. supra* nota 140, p. 37.

¹⁴⁶ BOTTINI, Gabriel, “Protection of Essential Interests in the BIT Era”, en GRIERSON WEILER, Todd J. (ed.), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Juris Publishing, Huntington, New York, 2008, p. 145.

¹⁴⁷ Ver, por ejemplo, FORCESE, Craig, “Does the Sky Fall? NAFTA Chapter 11 Dispute Settlement and Democratic Accountability”, *Michigan State Journal of International Law*, vol. 14, 2006, pp. 321-322 (quien cita a los demandantes en *Council of Canadians v. Canada, Ontario Superior Court of Justice*, Expediente No. 01-CV- 208141, 8 de julio de 2005, párr. 1; ver también Comisión de Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Los derechos humanos, el comercio y las inversiones”, UN doc. E/CN.4/Sub.2/ 2003/9, 2003, p. 17 (donde se hacen declaraciones en el mismo sentido).

iniciativas de regulación” que son distintivas del Estado social democrático de bienestar¹⁴⁸.

(2) Críticas horizontales

Los tratados de inversión son vistos por algunos críticos –particularmente por aquellos basados en países en vías de desarrollo– como el resultado de negociaciones asimétricas concluidas entre las líneas norte-sur que son tristemente familiares y predecibles¹⁴⁹. Desde este punto de vista, el régimen de protección de inversiones viola el principio de igualdad soberana. Si bien el régimen tuvo como finalidad poner a todos los Estados en pie de igualdad –al menos en comparación

¹⁴⁸ NEWCOMBE, Andrew, “Sustainable Development and Investment Treaty Law”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007, p. 394; Ver también GINSBURG, Tom, “International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance”, *International Review of Law and Economics*, vol. 25, 2005, p. 107 (quien argumenta que el hecho de que los acuerdos de inversión permitan a los actores poderosos eludir los tribunales nacionales puede ayudar a explicar la inutilidad del esfuerzo de los PMDs para mejorar dichos tribunales); KRISLOV, Samuel, “Do Free Markets Create Free Societies?”, *Syracuse Journal of International Law and Comparative Politics*, vol. 33, 2005, p. 155 (quien se muestra excéptico frente a la supuesta conexión entre mercado y libertad). Para una respuesta, ver FRANCK, Susan D., “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law”, *Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal*, vol. 19, 2007, pp. 366- 372 (quien argumenta que el arbitraje de inversión y los tribunales nacionales gozan de una relación simbiótica positiva).

¹⁴⁹ Incluso antes del embate de reclamo de inversores, varios comentaristas habían sugerido que los países menos ricos que necesitaban capital extranjero se habían visto obligados, individualmente, a consentir tratados que los dañaran o empobrecieran como grupo o que dificultaran el cumplimiento de otros compromisos internacionales (como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En tal sentido, ver, por ejemplo, Guzman, *op. cit. supra* nota 87. Los críticos más radicales han sugerido que estos acuerdos son simplemente una versión más diplomática de los tratados de capitulación de la era colonial en los que la metrópoli obligó a los países no occidentales a “civilizarse” de acuerdo a los modelos occidentales. Ver por todos FIDLER, David P., “The Return of the Standard of Civilization”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 2, 2001, p. 137; GREIDER, William, *One World, Ready or Not: The Manic Logic of Global Capitalism*, Simon and Schuster, New York, 1997.

con los viejos tiempos de la diplomacia de las cañoneras—, actualmente está lejos de alcanzar este objetivo.

La crítica a lo largo de líneas “horizontales” toma prestada una página de los antiguos debates de la ONU sobre el Nuevo Orden Económico Internacional (“NOEI”). Desde este punto de vista no es casual que los TBI hayan tenido su origen en países exportadores de capital como Alemania. Para algunos, los acuerdos de inversión no han superado la visión sesgada originaria y continúan recompensando principalmente a los Estados exportadores de capital cuyos inversores son los beneficiarios. Por otro lado, los Estados importadores de capital, típicamente en el Sur Global, reciben la promesa de recibir recompensas económicas insostenibles en el futuro y no han tenido más remedio que ceder a las disparidades de poder y de riqueza que tales tratados reflejan y perpetúan. Según una descripción importante de cómo proliferaron los TBI, los países en vías de desarrollo concluyeron TBI porque se vieron atrapados en el dilema del prisionero del cual no podían desertar individualmente. En este contexto, estos países concluyeron tratados que “les duelen” ya que fueron presionados de forma individual para hacerlo y en algunos casos particularmente porque estaban efectivamente siendo puestos a prueba por el FMI para que demuestren su compromiso con principios del libre mercado que este tipo de instituciones exigían a cambio de su asistencia financiera.

Las críticas más provocativas afirman que los tratados de inversión son simplemente versiones contemporáneas de las capitulaciones que alguna vez impusieron los gobiernos coloniales a la periferia. Al igual que estos acuerdos producto del imperialismo, los TBI también buscan imponer reglas de “civilidad” a lo manifiestamente “incivilizado”. Al igual que los acuerdos de capitulación, los TBI desplazan a los tribunales “incivilizados” de los Estados anfitriones. En lugar de asignar la resolución de controversias vinculadas a los derechos de los extranjeros a oficiales imperiales consulares, los modernos tratados de inversión se basan en su equivalente actual: árbitros comerciales que cumplen órdenes del imperio bajo el auspicio del CIADI del Banco Mundial¹⁵⁰. Desde este punto de vista, el arbitraje

¹⁵⁰ Ver, por ejemplo, MANN, Howard, “International Investment Agreements: Building the New Colonialism?”, *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 97, 2003, p. 247. Para una descripción de la era de las capitulaciones coloniales, ver GRIGSBY, W. E., “The Mixed Courts of Egypt”, *12 Law Quarterly Review* 252 (1896); LATTER, A. M., “The Government of the Foreigners in China”, *19 Law Quarterly Review* 316 (1903).

inversor-Estado simplemente ha reemplazado la diplomacia de las cañoneras con el “arbitraje de las cañoneras”¹⁵¹. En consecuencia, algunos ridiculizan a los tribunales arbitrales inversor-Estado como “tribunales de los empresarios”¹⁵² que aplican un “derecho con privilegios para extranjeros”¹⁵³. Apenas un poco menos provocativos son aquellos que dan a entender que los TBIs son esencialmente contratos de adhesión que deberían ser interpretados, cuando sea posible, contra los intereses de los países ricos que fueron quienes lo redactaron¹⁵⁴.

A otros no solo les preocupa que los arbitrajes entre inversionistas y Estados estén sesgados a favor de los reclamantes, sino que puedan estar sesgados a favor de los gobiernos más poderosos. Tales sospechas alimentan especulaciones sobre las razones por las cuales Estados Unidos, el tercer mayor estado demandado en

¹⁵¹ Ver, por ejemplo, MONTT, Santiago, “What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other: Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation”, *Res Pública Argentina*, vol. 3, 2007, p. 80, disponible en <http://www.iilj.org/GAL/documents/SantiagoMontt.GAL.pdf>.

¹⁵² VAN HARTEN, *op. cit. supra* nota 130, p. 153. Se trata de la traducción del inglés del título del capítulo 7 de la obra.

¹⁵³ MONTT, *op. cit. supra* nota 151, p. 80; Ver también SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, “The Neo- Liberal Agenda in Investment”, en SHAH, *et al.* (eds.), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2008, p. 203. Este último autor sostiene que los arbitrajes inversor-estado permiten a los árbitros “superarse unos a otros en su capacidad de reconocer nuevas doctrinas expansivas que favorecen las tendencias neoliberales.” (traducción del inglés). Además, sostiene que algunos árbitros están motivados para fallar a favor de las empresas para sostener el negocio de los arbitrajes de inversión (*ibid.*, pp. 205, 219) y que los arbitrajes de inversión tienen una “agenda oculta” para promover la causa de una de las partes (*ibid.*, p. 208). Sornarajah también argumenta que los tribunales de inversionistas-estado “claramente mostraron un deseo de asegurar que el espacio regulatorio para el estado anfitrión se redujera lo más posible” (*ibid.*, p. 214). Para respuestas en general, ver WÄLDE, Thomas W., “The Specific Nature of Investment Arbitration”, en *New Aspects of International Investment Law*, *op. cit. supra* nota 96.

¹⁵⁴ Para una respuesta a esta postura, ver ALVAREZ y KHAMSI, *op. cit. supra* nota 73, pp. 83-86.

controversias inversor-Estado, hasta la fecha jamás perdió un caso¹⁵⁵. Los debates sobre si los índices de victorias y derrotas en los arbitrajes entre inversores y Estados concuerda con la división Norte-Sur subyacen a las preocupaciones sobre si el arbitraje entre inversores y Estados realmente ha logrado nivelar el campo de juego entre Estados o, en cambio, viola sutilmente el principio de “igualdad de armas” que es fundamental para cualquier esquema legítimo de resolución de controversias internacional. Aquellos que expresan tales inquietudes probablemente estén a favor de, por ejemplo, el establecimiento de un servicio de asesoría que ayudaría a los Estados demandados más pobres a defender los reclamos de los inversores¹⁵⁶.

¹⁵⁵ El caso Lowen es la fuente más importante de especulaciones. En este sentido, Stumberg recuerda que en el Simposio desarrollado el 7 de diciembre de 2004 en Pace University School of Law el árbitro designado por el Gobierno de Estados Unidos en el caso Lowen, Abner Mikva, comentó que algunos agentes/funcionarios de este país afirmaron que si EE. UU. perdiese este caso, “nosotros podríamos perder el TLCAN”. Mikva remarcó que, si esto hubiese tenido por finalidad poner presión sobre él, “entonces esto lo hace.” (STUMBERG, *op. cit. supra* nota 140, p. 40). Otros sostienen que los árbitros de las disputas entre inversores y Estados están predispuestos a favor de los Estados desarrollados. En tal sentido, cabe mencionar la afirmación de un destacado experto en inversiones, testigo experto y árbitro, Thomas Wälde: “[c]uanto mayor sea credibilidad de un sistema judicial nacional, mayor es la disposición a aceptar sus decisiones sobre el derecho interno” (WÄLDE, Thomas W. “Denial of Justice: A Review Comment on Jan Paulsson, Denial of Justice in International Law”, 21 ICSID Review 460 (2006). Si bien esto puede ser un comentario inocuo, debe considerarse las implicaciones de tal carga de prueba derente cuando, como sucede a veces, el resultado en una disputa entre inversores y Estados depende precisamente de si el inversor ha sido tratado de acuerdo con el derecho interno preexistente.

¹⁵⁶ Ver, por ejemplo, UNCTAD Work Programme on International Investment Agreements, Policies and Capacity-building Branch, Division on Investment and Enterprise, “Consultations Report on the Feasibility of an Advisory Facility on International Investment Law and Investor-State Disputes for Latin American Countries”, *non-paper*, 2009. El trabajo empírico de Susan Franck en el que analiza los resultados de arbitrajes de inversiones bien conocidos pone en duda la idea de que los PMDs tienen desventajas sistemáticas. (FRANCK, Susan D., “Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration”, 86 North Carolina Law Review 26 (2008). Sin embargo, su propio trabajo también proporciona algunos ejemplos de los tipos de desventajas que enfrentan algunos de los PMDs para poder responder eficazmente a los

Otras denuncias de supuestas desigualdades "horizontales" entre los Estados son mucho más detalladas. Así, algunos se quejan de que la aplicación de las protecciones substantivas de los inversores, tal como el trato nacional, puede sutilmente poner en desventaja a los países en vías de desarrollo. Por ejemplo, ello ocurre cuando la exigencia de que un Estado anfitrión justifique una medida supuestamente discriminatoria requiere evidentemente un nivel de documentación científica y experiencia que sólo puede ser esperado de los Estados más ricos que tienen una concentración de centros científicos y suficiente financiamiento¹⁵⁷.

(3) Crítica ideológica

Las críticas ideológicas del régimen de inversión son muy parecidas a las críticas anteriores, pero conceptualmente distintas. Se asemejan a las dirigidas a otras instituciones internacionales, especialmente a la OMC o al FMI. Desde este punto de vista, el régimen de inversión –tanto su substancia como sus procedimientos de interpretación y cumplimiento– están sesgados estructuralmente a favor de la ideología del libre mercado y las privatizaciones; es decir, con muchos de los elementos asociados al “Consenso de Washington”. Al igual que otros régimen que adhieren a este Consenso, el régimen de inversión permite a los actores privados no estatales perseguir una agenda ideológica que ciega a otras opiniones sobre el interés público¹⁵⁸. Como otras manifestaciones del defectuoso “modelo de consenso de Washington” de la gobernabilidad¹⁵⁹, los TBIs y los TLCs parecen ser manifestaciones legalizadas de la “camisa de fuerza de oro” que Thomas Friedman, aparentemente sin ironía, ha respaldado¹⁶⁰. Aunque muchos asocian las preocupaciones ideológicas con la tradicional divisiones Norte-Sur, la Carta de CIEL mencionada más arriba –notablemente de una ONG con sede en el norte– sugiere que tales preocupaciones ideológicas se extienden también a los elementos de la sociedad civil de países desarrollados. En tal sentido, CIEL se ha quejado, por

reclamos de los inversores. Ver, por ejemplo, FRANCK, Susan D., “The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future?”, 12 *University of California Davis Journal of International Law & Policy* 92 (2005).

¹⁵⁷ Ver, por ejemplo, ORELLANA, *op. cit. supra* nota 96, p. 684, quien cita casos de GATT vinculados con este tema.

¹⁵⁸ Ver, por ejemplo, SCHNEIDERMAN, *op. cit. supra* nota 26.

¹⁵⁹ Ver por todos KALDERIMIS, Daniel, “IMF Conditionality as Investment Regulation: A Theoretical Analysis”, 13 *Social & Legal Studies* 104 (2004).

¹⁶⁰ Ver FRIEDMAN, Thomas, *The Lexus and the Olive Tree*, Anchor Publishing, 1ra ed., New York, 2000, capítulo 6.

ejemplo, de que el TLC entre Estados Unidos y Marruecos protege a los inversores a expensas de las inquietudes en materia ambiental, sin imponer “estándares mínimos de conducta corporativa a los inversores que actúan en el extranjero”¹⁶¹.

(4) Críticas vinculadas al Estado de derecho

Como podría esperarse, los abogados enfatizan las supuestas fallas del régimen de inversión desde la perspectiva del Estado de derecho. Para los académicos como Gus Van Harten, el arbitraje internacional, utilizado durante mucho tiempo para resolver disputas comerciales puramente privadas (es decir incumplimientos de contratos entre dos partes privadas), es básicamente un mecanismo inapropiado para decidir cuestiones de peso vinculados a la política pública¹⁶². Desde el punto de vista de este autor, las cuestiones controvertidas y con contenido político –como definir si una regulación ambiental equivale a una expropiación indirecta indemnizable– deben resolverse ante los tribunales nacionales constitucionalmente responsables y no pueden resolverse legítimamente mediante decisiones impredecibles, aleatorias y potencialmente incoherentes emitidas por árbitros *ad hoc* transnacional, con una especialización limitada dentro del derecho internacional. Además, como señala Van Harten, a estos tribunales se les otorga jurisdicción limitada únicamente para resolver si existe una violación de los tratados diseñados para proteger el derecho de propiedad de los inversores extranjeros. Argumenta que tales cuestiones deberían ser decididas por jueces nacionales capaces de examinar un espectro más amplio de preocupaciones, o al menos por un cuerpo permanente de jueces internacionales que, al gozar de permanencia en el cargo y ser independientes de los litigantes, probablemente produzcan un resultado políticamente aceptable¹⁶³.

Otra preocupación por el Estado de derecho se centra en la posibilidad que tienen los inversores extranjeros de hacer *fórum shopping*. Las opciones incluyen buscar el mejor tratado de inversión disponible (como es posible mediante la constitución de una sociedad en otro país) o por el mejor tratamiento disponible (al que es posible recurrir invocando la garantía NMF en tratados de inversión). Además, la proliferación de especialistas en resolver disputas internacionales, así como de

¹⁶¹ Carta de CIEL, *op. cit. supra* nota 21, traducción del inglés.

¹⁶² Ver, por ejemplo, VAN HARTEN, *op. cit. supra* nota 130, *passim*; ver por todos SASSEN, Saskia, “De-Nationalized State Agendas and Privatized Norm-Making”, en LADEUR, Karl-Heinz (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Ashgate Publishing, Burlington, Vermont, 2004.

¹⁶³ Ver, por ejemplo, VAN HARTEN, *op. cit. supra* nota 130, pp. 175-184.

tribunales nacionales, puede permitir a los inversionistas extranjeros tener múltiples oportunidades para su cometido, en detrimento de los abogados gubernamentales acosados y sobrecargados de trabajo. Para los críticos, el potencial para el *forum shopping* y *treaty shopping* fomenta el comportamiento estratégico de las ETNs sin producir ninguno de los beneficios anticipados para los Estados anfitriones¹⁶⁴. En su lugar, la solución de controversias entre inversionistas y Estados podría ser (mal) utilizada para abordar temas comerciales que los Estados asumieron que serían manejadas, por ejemplo, a través del mecanismo de la OMC de solución de controversias entre estados¹⁶⁵. También existe la preocupación de que algunos árbitros están dándole un alcance impensado a las cláusulas NMF de los tratados de inversión y, por ejemplo, han permitido a los inversionistas invocar mejores protecciones procesales incorporadas en otros TBIs. Se considera que tales interpretaciones socavan los intentos de determinados Estados de insistir en el agotamiento de los recursos internos u otras condiciones previas al arbitraje internacional¹⁶⁶.

Como sugiere la Carta de CIEL, las preocupaciones por el uso del arbitraje entre inversores y Estado no está limitado a los círculos académicos. Particularmente, en Estados Unidos y Canadá, algunas ONGs han expresado una gran preocupación por la posibilidad de que el mecanismo inversor-Estado del TLCAN relegue cuestiones políticas a tribunales supranacionales “no responsables” que operan en secreto y cercanos a otros interesados¹⁶⁷. Si bien tales preocupaciones han llevado

¹⁶⁴ Ver, por ejemplo, BJORKLUND, Andrea J., *op. cit. supra* nota 103. Por ejemplo, Bjorklund aborda los casos Lauder, los cuales se originaron a partir de los mismos hechos, pero fueron iniciados por diferentes demandantes contra la República Checa y otros demandados en tres tribunales arbitrales diferentes (en el marco la Cámara de Comercio Internacional y fundados en dos TBIs diferentes). Al mismo tiempo, también se llevaron adelante procesos en los tribunales locales de la República Checa (*ibid.*, pp. 286-290). Según Bjorklund, los diferentes resultados en estos casos “ofrecen un ejemplo de una duplicación trifecta: la percepción de injusticia, el remedio potencial duplicado y las decisiones inconsistentes” (*ibid.*, p. 286).

¹⁶⁵ Ver por todos, *Ibid.*

¹⁶⁶ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/97/7, 25 de enero de 2000, párr. 63.

¹⁶⁷ Ver “Bill Moyers Reports: Trading Democracy”, NOW, 1 de febrero de 2002, disponible en http://www.pbs.org/now/transcript/transcript_tdfull.html; COE,

a cambios en el TLCAN para mejorar su transparencia, no todas las formas de resolución de disputas entre inversores y Estados están igualmente abiertas al escrutinio público o a las presentaciones *amicus curiae*, por ejemplo, por ONGs interesadas. Tampoco todas las críticas han sido silenciadas por el giro producido dentro del CIADI y especialmente dentro del TLCAN hacia criterios más transparentes. La Carta de CIEL indica, por ejemplo, que en ausencia de cualquier preocupación específica acerca de la forma en la que los inversores de Estados Unidos son tratados en Marruecos, la provisión del TLC para el arbitraje inversor-Estado es innecesaria, ya que los inversores estadounidenses deben contentarse con plantear sus disputas a los tribunales de Marruecos¹⁶⁸.

Una preocupación final sobre el Estado de derecho se relaciona con un problema que es percibido como una amenaza para el derecho internacional público en general: los árbitros en las disputas entre inversores y Estados están fallando al no emitir decisiones que sean *consistentes* con otros tratados de inversión o con otros regímenes de derecho internacional, incluidos los que se ocupan de los derechos humanos. La preocupación es que el régimen de protección de inversiones está fallando en sus propios términos al no logra producir normas estable y predecible a las que tienen derecho los inversores y que, además, el régimen está contribuyendo con la fragmentación general del derecho internacional, que en última instancia socavará su eficacia¹⁶⁹.

El régimen y el derecho internacional público

Esta introducción al régimen de inversión destaca por qué este autor ha optado por abordar este tema como parte de los cursos de la Academia de La Haya sobre “derecho internacional público”. Hubo cierta resistencia a esta idea dentro de la Academia. Algunos sostienen que el régimen de inversión debe seguir enmarcado

Jack J., “Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes — Adoption, Adaptation, and NAFTA Leadership”, 54 *University of Kansas Law Review* 1339 (2006); ver también MONTT, *op. cit. supra* nota 151 (quien describe el “derecho de los TBIs” (“BIT law”) como una herramienta para socavar el *domaine réservé* del Estado y como una forma de “derecho constitucional global” y “derecho administrative global”).

¹⁶⁸ Carta de CIEL, *op. cit. supra* nota 21, p. 2.

¹⁶⁹ Ver por todos BJORKLUND, Andrea J., “Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante”, en PICKER, Collin *et al.* (eds.), *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2008, p. 265.

en términos de derecho internacional privado. Para estar seguro, si uno se enfoca solo en ciertas características del régimen de inversión, particularmente las reglas de procedimiento que comparte con el arbitraje comercial internacional, o incluso en algunas de sus reglas sustantivas que se superponen con las preocupaciones del derecho internacional privado (como el régimen aplicable a los contratos de inversión), tal descripción del régimen de inversión como parte del derecho internacional privado sigue siendo plausible. Pero este ensayo no se centra en tales preocupaciones ni en muchos otros problemas que pueden surgir en el marco de las disputas entre inversores y Estados, como la elección de la ley aplicable. Aquí se pone énfasis en el examen de las dimensiones estructurales del régimen y cómo éste se relaciona con el derecho público internacional general.

El régimen de inversión debería ser de interés para los abogados vinculados con el derecho público internacional. Es una criatura de los tratados y está profundamente entrelazado con otras fuentes tradicionales de derecho internacional, particularmente la costumbre. El régimen fue alimentado y establecido durante y en parte como una reacción al proceso de descolonización que ha estructurado gran parte del derecho internacional público contemporáneo y sus instituciones, incluidas las del sistema de las Naciones Unidas. Sus garantías sustantivas reaccionan a los desgastados debates Norte-Sur –especialmente aquellos que rodean el intento de establecer el Nuevo Orden Económico Internacional– con los que todos los estudiantes de derecho internacional público están familiarizados y que, como todos sabemos, continúan desafiándonos hoy en varias formas. Además, los procedimientos de ejecución del régimen están inspirados en los tribunales internacionales prototípicos, incluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque van un paso más allá. En consecuencia, este trabajo es un intento de comprender la evolución de la naturaleza ideológica, política y jurídica del régimen de inversión internacional, y las lecciones que puede tener para otros regímenes de tratados y sus sistemas de solución de disputas.

El régimen de inversión internacional a partir de 2019: una posdata

Las críticas verticales, horizontales, ideológicas y del estado de derecho enumeradas anteriormente no han disminuido. Al 2019, tanto los estados desarrollados que lideraron la creación de los modelos de TBIs que fueron ampliamente ratificados tras el final de la Guerra Fría como los estados en vías de desarrollo que se unieron a estos tratados están teniendo dudas sobre sus méritos. Hoy en día ha disminuido drásticamente el número de TBIs recién concluidos. Además, varios países a lo largo y a lo ancho del planeta están terminando sus acuerdos internacionales de protección de inversiones y muchos otros están

comprometidos con la renegociación de tales tratados. Al mismo tiempo, la mayoría de los estados siguen siendo parte de los TBIs más antiguos, algunos de los cuales se parecen al TBI Modelo de Estados Unidos de 1987 –discutido anteriormente– y algunos estados aún están firmando tratados de protección de inversiones que se parecen a ese modelo, aunque solo sea para hacer una declaración al mundo de que siguen acogiendo con satisfacción la inversión extranjera.

Hablar de reforma, sin embargo, domina en lugares como la UNCTAD¹⁷⁰. El contenido de los acuerdos internacionales de protección a la inversión contemporáneos “reformados” –los cuales pueden llegar a tener una influencia cada vez mayor a lo largo del tiempo– es muy diferente al del modelo TBI de Estados Unidos de 1987 descrito anteriormente. Dado el impacto de los EE. UU. en el régimen de inversión en el pasado, vale la pena examinar el TBI modelo “reformado” de este mismísimo país para ver el posible futuro del régimen. El último modelo de TBI lanzado por los Estados Unidos, su Modelo de 2012, refleja, en comparación con el Modelo de 1987 de los Estados Unidos, una severa disminución de los derechos que se extiende a los inversores extranjeros, un aumento sorprendente de las disposiciones que permiten a los estados anfitriones un mayor espacio para diseñar sus políticas y así promulgar leyes y regulaciones, y una calibración significativa de la autoridad de los árbitros inversionista-Estado.

Son obvios y sutiles los cambios que se han dado desde aquellos días en los que Estados Unidos y otros estados “exportadores de capital” intentaron utilizar los TBIs principalmente para proteger a sus propios inversionistas extranjeros buscando la receta para el desarrollo económico del Consenso de Washington. Por una parte, el modelo estadounidense de 2012 continúa protegiendo a los inversores extranjeros al incluir las garantías de trato nacional y de la nación más favorecida y las exigencias de pagar una indemnización pronta, adecuada y efectiva y de permitir transferencias de capital gratuitas; también este modelo continúa prohibiendo un número de “requisitos de desempeño”. En cambio, el último TBI Modelo de EE. UU. ya no incluye una “cláusula paraguas” que exija el cumplimiento de todas las obligaciones prometidas por un estado anfitrión, prohibiciones de tratamiento “arbitrario” y “discriminatorio”, o el derecho a un “remedio efectivo” en los tribunales locales.

170 Ver, por ejemplo, UNCTAD, IIA Issues Note, Taking Stock of IIA Reform, marzo de 2016, disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d3_en.pdf.

Incluso, los derechos de los inversores que fueron mantenidos en el modelo también fueron modificados sutilmente, en general en detrimento de los inversores extranjeros¹⁷¹. La reducción de los derechos de los inversores en ese tratado comienza con las restricciones que impone a la propiedad ahora protegida. Mientras que el modelo estadounidense de 1987 contenía una definición amplia y circular de “inversión” protegida (“inversión significa una inversión”), el Modelo 2012 define la inversión como un “activo” que compromete capital, genera expectativas de ganancias y asume riesgos¹⁷². Esa definición no comprende los reclamos de pago de deudas que resultan de la venta de bienes o servicios ni reclamos basados en licencias u otros instrumentos que no generen derechos según la legislación nacional¹⁷³. La garantía de los inversores de un derecho aparentemente autónomo de “tratamiento libre y equitativo” según figura en el Modelo BIT de 1987 ha sido desplazada por una disposición que establece que TJE ahora significa nada más que “el estándar mínimo de tratamiento” que se debe en virtud del derecho internacional consuetudinario¹⁷⁴. El derecho del inversionista a una indemnización por expropiación ahora deja en claro que esta protección (a) refleja de manera similar solo lo que se debe en virtud del derecho internacional consuetudinario, (b) limita el alcance de las expropiaciones “indirectas” al requerir la aplicación de un balance de tres factores sobre la base de la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, y (c) declara que las medidas regulatorias no discriminatorias dictadas para proteger el interés público generalmente no se considerarán daño indemnizable¹⁷⁵. Además, según el Modelo de 2012, los reclamos en los que se argumente que las medidas tributarias son expropiatorias no pueden llevarse directamente a arbitraje entre inversores y estados, sino que primero deben remitirse a las autoridades fiscales competentes de ambos Estados partes¹⁷⁶. El TBI Modelo de 2012 también protege las medidas “razonables” tomadas en defensa de las leyes ambientales de una parte y establece consultas de estado a estado con respecto a tales medidas¹⁷⁷. Del mismo modelo, el tratado protege ciertos derechos

¹⁷¹ Por ello, por ejemplo, los derechos a trato nacional y nación más favorecida no aplican a las contrataciones públicas que tiene por finalidad la adquisición de bienes y servicios o a los subsidios y subvenciones estatales (TBI Modelo de Estados Unidos de 2012, art. 14 (5)).

¹⁷² *Ibid.*, art. 1 (definición de inversión).

¹⁷³ *Ibid.* notas 1 y 2.

¹⁷⁴ *Ibid.*, art. 5.

¹⁷⁵ *Ibid.*, Anexo B.

¹⁷⁶ *Ibid.*, art. 21 (2).

¹⁷⁷ *Ibid.*, art. 12.

laborales específicamente enumerados, reafirma las obligaciones asumidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento y prevé un mecanismo de consulta similar¹⁷⁸. Asimismo, ese tratado restringe los derechos de los inversores extranjeros al expandir las excepciones que resguardan los derechos de los estados. En tal sentido, por ejemplo, el TBI Modelo de 2012 incluye una excepción que tiende a tutelar los “intereses esenciales de seguridad” que permite a un estado tomar medidas que “considere necesarias para (...) la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”¹⁷⁹, así como una cláusula que permite a un estado tomar medidas relacionadas con los servicios financieros por “razones prudenciales”¹⁸⁰. Cabe señalar que, otros acuerdos internacionales de inversión contemporáneos están adoptando cada vez con mayor frecuencia este tipo de variaciones sustanciales respecto a los TBI tradicionales; aunque ciertamente no todos¹⁸¹.

El Modelo de Estados Unidos de 2012 también expande los derechos de los estados demandados a través de cambios en el procedimiento de los arbitrajes entre inversores y Estados. Ahora, los inversores deben notificar detalladamente por escrito su intención de iniciar un reclamo arbitral noventa días antes de presentarlo¹⁸². Además, el Modelo de 2012 prohíbe a los inversores presentar reclamos una vez transcurridos tres años computados desde la fecha en que se produjo la violación al tratado¹⁸³. Además, incluye un procedimiento expedito para tramitar los reclamos que los estados demandados consideran frívolos¹⁸⁴. Estos cambios reflejan el “cambio de parecer” de los gobiernos que han tenido cerca de

¹⁷⁸ *Ibid.*, art. 13.

¹⁷⁹ *Ibid.*, art. 18. Si bien muchos han sugerido que este lenguaje, tomado del art. XXI de los acuerdos abarcados del GATT, constituye una excepción de “auto juzgamiento” que no está sujeta a ninguna revisión arbitral, un reciente fallo de un panel de la OMC sostuvo que “lo que considera” todavía permite a un tribunal determinar si un estado actuó de “buena fe” cuando éste invocó la existencia de una cuestión de seguridad esencial (Rusia - Medidas relativas al comercio en tránsito, WT/DS512/R, 5 de abril de 2019). Nadie niega que el texto del art. 18 es considerablemente más deferente a los estados que la cláusula de “medidas no excluidas” en el modelo estadounidense de 1987.

¹⁸⁰ TBI Modelo de Estados Unidos de 2012, art. 20.

¹⁸¹ Ver, por ejemplo, UNCTAD, *op. cit. supra* nota 170, Tabla 2, p. 9.

¹⁸² *Ibid.*, art. 24 (2).

¹⁸³ *Ibid.*, art. 26 (1).

¹⁸⁴ *Ibid.*, art. 28 (4) y (5).

dos décadas de experiencia de primera mano con el arbitraje entre inversionistas y estados¹⁸⁵.

Estas restricciones en el alcance y extensión de los reclamos arbitrales son simples ejemplos de inquietudes mucho más grandes que existen en muchos lugares del mundo sobre el arbitraje de inversiones y que es compartida por importantes grupos de influencia en las políticas públicas como es la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”, por sus siglas en inglés)¹⁸⁶. Hoy en día, ya no está claro si el gobierno de los Estados Unidos, que ha insistido durante mucho tiempo en la necesidad de acceder al arbitraje internacional para resolver disputas sobre inversiones¹⁸⁷, cree en ello. El compromiso del Modelo de Estados Unidos de 2012 con el arbitraje tradicional entre inversores y Estados reflejó la visión existente durante la administración de Obama. En cambio, a partir de 2019, la renegociación por parte de la Administración de Trump del Capítulo 11 de inversión del TLCAN, como se refleja en el Capítulo 14 del Acuerdo de Estados Unidos-Canadá-México (“USMCA” por sus siglas en inglés), podría considerarse que representa la visión actual de Estados Unidos con mayor precisión.

Si el USMCA (que aún está pendiente de consideración por el Congreso de los EE. UU.) refleja el futuro de la política de los EE. UU. con respecto al mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados, podríamos afirmar que en el mejor de los casos esa política es confusa. El problema es que la USMCA no tiene una única orientación, sino tres. Con respecto a las inversiones que se realizan entre los Estados Unidos y Canadá, el USMCA se aparta de prácticamente todos los acuerdos internacionales de inversión que los Estados Unidos han celebrado en la era moderna, ya que elimina el arbitraje entre inversores y Estados para un

¹⁸⁵ Ver, por ejemplo, DE MESTRAL, Armand (ed.), *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, CIGI, Ottawa, Ontario, 2017.

¹⁸⁶ Por lo tanto, la UNCTAD dejó en claro que considera que los cambios en los acuerdos de protección de inversiones que actualmente se están produciendo son solo la “primer” etapa de las reformas necesarias (ver, UNCTAD, IIA Issues Note, “Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties”, junio de 2017). La UNCTAD sugiere que la segunda etapa de las reformas requiere terminar los acuerdos más antiguos y más tratado de inversión que esten más en línea con las sensibilidades contemporáneas. En la academia, las críticas esporádicas anteriores al régimen de inversiones internacionales han pasado a ser una ola gigantesca.

¹⁸⁷ Ver, ejemplo, ALVAREZ, José E. “Introduction: The U.S. Contribution to International Investment Law,” en ALVAREZ, José E. (ed.), *International Investment Law*, capítulo 1, Brill - Nijhoff, Boston, 2017.

número significativo de inversores y distingue los derechos de los inversores según el sector de la economía en el que actúen. Al hacerlo, el USMCA amenaza la coherencia de la política de los Estados Unidos y, en general, las perspectivas de una eventual armonización del derecho de inversiones a nivel global.

Si bien el Capítulo 14 del USMCA reconoce a los inversores de Canadá y de los Estados Unidos derechos que son muy similares a los previstos en el TBI Modelo de Estados Unidos de 2012¹⁸⁸, existen importantes inversiones: (a) ahora estos derechos generalmente están protegidos mediante remedios que tramitan ante los tribunales de Canadá o Estados Unidos; y (b) los inversores no pueden iniciar un reclamo arbitral contra el Estado anfitrión, al menos a través del propio USMCA. De hecho, el USMCA anticipa que, una vez que este acuerdo reemplace al TCLAN, los inversores de Canadá y Estados Unidos solamente podrán someter a arbitraje los reclamos “heredados” pendientes contra Estados Unidos y Canadá que estén fundados en el antiguo Capítulo 11 del TCLAN dentro de los tres años computados desde la entrada en vigor del nuevo acuerdo¹⁸⁹.

Con relación a los derechos de los inversores mexicanos en Estados Unidos y los inversores estadounidenses en México, las cosas son aún más complejas. El mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados se mantiene en su forma tradicional entre Estados Unidos y México para los inversores que presenten reclamos derivados de contratos gubernamentales en los sectores de petróleo, gas natural, generación de energía, infraestructura y

¹⁸⁸ El USMCA generalmente reconoce derechos a los inversores más limitados siguiendo en el TBI Modelo de Estados Unidos de 2012 descrito anteriormente. Al igual que este modelo, el USMCA restringe los derechos al trato nacional y NMF y al TJE comparado con el TBI Modelo de Estados Unidos de 1987. Asimismo, elimina una serie de derechos adicionales de los inversores (como la cláusula paraguas) contenidos en el TBI Modelo de 1987. Pero el USMCA avanza todavía más en la línea de restringir aún más los derechos de los inversores. Ese tratado afirma en su preámbulo que los estados tienen el “derecho inherente a regular”. Su capítulo 14 también elimina de la protección de trato nacional y NMF las medidas adoptadas por los gobiernos locales (USMCA, art. 14.12 (1)(a)(iii)). El USMCA sugiere que los argumentos alegados por inversores de que han sido violadas sus “expectativas legítimas” en casos de expropiación deben basarse en garantías escritas vinculantes (*ibid.*, anexo 14-B). También prescribe que el “mero hecho” de que se hayan violado tales expectativas no constituye un incumplimiento del estándar mínimo de tratamiento, incluso si se producen pérdidas o daños (*ibid.*, art. 14.6 (4)).

¹⁸⁹ USMCA, Anexo 14-C.

telecomunicaciones¹⁹⁰. Esos inversores privilegiados conservan el conjunto de derechos generalmente contenido en el TBI Modelo de 2012, es decir, el trato nacional y NMF, el derecho a un estándar mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario, la compensación por indemnizaciones directas o indirectas, el derecho a la libre transferencia de capital, y el derecho a que no se les impongan ciertos requisitos de desempeño. Además, transcurridos seis meses desde la violación de estos derechos, este grupo de inversores también pueden someter la contienda a un arbitraje contra el Estado anfitrión¹⁹¹. Por su parte, los inversores extranjeros de Estados Unidos y México que no son contratistas del Estado en alguno de los sectores enumerados únicamente pueden iniciar arbitrajes en circunstancias muy limitadas. Bajo el USMCA, tales inversores enfrentan límites sustantivos y procesales con respecto a la reivindicación de sus derechos. Estos inversionistas pueden presentar reclamos solo por violación de las garantías de trato nacionales o de NMF previstas en el USMCA (siempre y cuando la violación haya ocurrido luego de que la inversión ya fue realizada y no cuestione una barrera de entrada o establecimiento de la inversión)¹⁹². Además, pueden presentar reclamos por expropiación *directa*. Fuera de ello, quedan excluidos los otros derechos de los inversores contenidos en el Capítulo 14 de USMCA¹⁹³.

Sumado a ello, cabe señalar que, por primera vez, EE. UU. ha decidido exigir el agotamiento de los recursos internos como condición previa para acceder a mecanismos de resolución de controversias internacionales. El USMCA exige que los reclamantes mexicanos o estadounidenses que no disfrutaban de la posición privilegiada de aquellos con contratos gubernamentales en los sectores antes

¹⁹⁰ USMCA, Anexo 14-E.

¹⁹¹ Ver, por ejemplo, *ibid.*, Anexo 14 –E, art. 2(a)(i) (el cual prescribe que el demandado es responsable de “cualquier obligación en virtud de este capítulo”) y art. 4 (el cual determina que los reclamos de los inversores están prohibidos si han transcurrido menos de seis meses desde los hechos que dieron lugar a la controversia o si han transcurrido más de tres años desde el incumplimiento del tratado).

¹⁹² USMCA, Anexo 14-D, art. 3(a)(i)(A). Además, el USMCA deja claro que el derecho de la NMF no incluye el derecho a reclamar un derecho relacionado con la resolución de disputas internacionales o con la imposición de obligaciones sustanciales contenidas en otro acuerdo de inversión internacional celebrado por el estado anfitrión (*ibid.*, Anexo 14-E, nota 29). Para un argumento de que las cláusulas MFN en general deben interpretarse de esta manera restrictiva, ver BATIFORT y HEATH.

¹⁹³ *Ibid.*, Anexo 14-D, art. 3(a)(i)(B).

enumerados (a) inicie un procedimiento ante un tribunal de justicia competente o tribunal administrativo del estado demandado con respecto a cualquier medida que alegue que constituye un incumplimiento del tratado y (b) obtenga una decisión final del tribunal de última instancia o haya transcurrido 30 meses desde la fecha en que iniciaron dichos procedimientos¹⁹⁴. Además, después de agotar los recursos internos, los inversores tienen la libertad de iniciar un arbitraje solo dentro de un período de cuatro años, computado a partir de la fecha de la supuesta infracción¹⁹⁵. Esto significa que los inversores extranjeros que buscan iniciar un arbitraje (no vinculado a los contratos gubernamentales señalados) contra México o los Estados Unidos tienen un tiempo muy limitado para hacerlo: si tramitan los remedios locales durante los 30 meses, únicamente dispondrán de alrededor de un año y medio antes de que venza el término de 4 años. La combinación de estos límites sustantivos y procesales para presentar reclamos por los inversores es una desviación sustancial de la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión concluidos hasta la fecha y, ciertamente, de los anteriores acuerdos internacionales de inversión de los Estados Unidos. Es una reminiscencia de las estrictas restricciones a los derechos de los inversores extranjeros impuestas por el TBI Modelo de la India de 2016¹⁹⁶.

El TBI Modelo de la India, que ha sido criticado por su severa cobertura de los derechos de los inversores, fue, con toda probabilidad, el resultado de la reacción política ante la decisión muy controversial emitida contra India en el caso *White*

¹⁹⁴ *Ibid.*, Anexo 14-D, art. 5 (1)(a) y (b).

¹⁹⁵ *Ibid.*, Anexo 14-D, art. 5 (1)(c).

¹⁹⁶ Para el texto de borrador del TBI Modelo de India, ver https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf. Al igual que el USMCA, el Modelo de India incorpora una disposición que permite a los estados parte emitir interpretaciones del tratado capaces de restringir los derechos de los inversores, incluso con respecto a reclamos arbitrales pendientes. Además, ambos determinan que la garantía de trato nacional abarca un criterio de “circunstancia similar” (“*like circumstance*”) que permite a un Estado distinguir entre los inversores en base a políticas públicas legítimas, reducen el TJE a la protección del derecho internacional consuetudinario – como la denegación de justicia– y disminuyen los derechos de los inversores con respecto a las medidas del gobierno local. Ambos tratados también requieren el agotamiento de los recursos internos e imponen restricciones estrictas a la presentación de cualquier posible reclamo arbitral y proporcionan un trámite expedito para las reclamaciones consideradas frívolas.

*Industries v. India*¹⁹⁷. Esta decisión se basó en el argumento discutible de que la demora prolongada de un tribunal indio en ejecutar un laudo arbitral comercial constituyó en sí misma una violación de una cláusula contenida en uno de los TBI suscriptos por la India, la cual fue aplicada invocando la cláusula NMF contenida en el tratado que regía en el caso. La adopción por parte de la USMCA del Modelo de la India no puede justificarse argumentándose que Estados Unidos se ha visto igualmente perjudicado por laudos arbitrales adversas ya que, de por sí, hasta la fecha, Estados Unidos nunca ha perdido ninguno de los 21 arbitrajes que tuvo en su contra en el marco del TLCAN. Por supuesto, la eliminación del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado entre Estados Unidos y Canadá puede haber sido exigida por Canadá como una concesión para otras disposiciones en el USMCA, en la medida en que Canadá ha perdido una serie de arbitrajes de inversor-Estado en el marco del TLCAN. De hecho, un estudio concluido a raíz de la negociación del USMCA concluye que, si los 35 reclamos de inversores presentados contra Canadá en el marco del TLCAN hasta la fecha hubieran sido presentados ante tribunales canadienses, probablemente solo cuatro de ellos habrían dado lugar a una condena de daños completamente equivalentes a la disponible en el marco del TLCAN¹⁹⁸.

Como lo sugiere el ejemplo de USMCA, la percepción de que el régimen de inversión internacional sufre un “déficit de legitimidad” ahora es compartida por

¹⁹⁷ *White Industries Australia Limited y la República de India*, laudo final, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, 30 de noviembre de 2011. Sobre los cambios en la política internacional de India en materia de tratados de inversión, ver, RANJAN, Prabhash, *India's Model Bilateral Investment Treaty Is India Too Risk Averse?*, Brookings Institution India Center, New Delhi, 2018, disponible en <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/08/India%E2%80%99s-Model-Bilateral-Investment-Treaty-2018.pdf>.

¹⁹⁸ DE MESTRAL, Armand y MORGAN, Robin, “Does Canadian Law Provide Remedies Equivalent to NAFTA Chapter 11 Arbitration?”, CIGI, Investor-State Arbitration Series, Paper No. 4, mayo de 2016. Este estudio concluye que, en muchos casos, de aplicarse únicamente el derecho interno canadiense, solamente hubiesen estado disponibles remedios de derecho administrativo, pero no daños y perjuicios. A su vez, en algunos otros casos ningún remedio hubiera estado disponible. Lo que esto augura para el futuro si se implementara el USMCA como está escrito actualmente es incierto. Los inversores estadounidenses en Canadá sujetos solo a los remedios canadienses en virtud del USMCA pueden encontrarse faltos de un remedio supranacional adicional, especialmente cuando sus competidores europeos – protegidos por el CETA– tendrán, por el contrario, acceso al tribunal internacional de inversiones previsto en ese tratado.

muchos de los países exportadores de capital que en un momento fueron los mayores defensores del régimen. Esta preocupación puede reflejar un descontento más general con otras instituciones multilaterales del orden mundial liberal posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Posiblemente no sea una mera casualidad que la inclusión del Capítulo 14 en el USMCA coincida con las amenazas planteadas por el gobierno de Trump a la existencia continua del Órgano de Apelación de la OMC, el cual alguna vez se consideró un modelo para reformar el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados¹⁹⁹. De manera más general, el régimen de inversiones internacional contemporáneo parece estar rodeado de un creciente escepticismo en todo el mundo –y no solo en Estados Unidos– sobre cómo se ha manejado la globalización y sobre el asesoramiento ofrecido por las élites económicas en favor de flujos de capital y comercio más libres. Este escepticismo, a su vez, se ve impulsado por la percepción de que cuando incluso los flujos de capital extranjero aumentan a raíz de reconocerles mayor protección a los inversores extranjeros, las externalidades negativas asociadas con dichos flujos –incluido el aumento de los niveles de desigualdad en el ingreso– ponen en duda la utilidad de los tratados que otorgan a los inversores extranjeros “mayores derechos” que los que gozan los emprendedores nacionales. Existe una creciente duda en muchos sectores sobre si los inversores extranjeros requieren o merecen un trato “especial”, incluyendo el acceso a un mecanismo de resolución de controversias internacional por fuera de los existentes en el Estado anfitrión.

El rango de opciones para el futuro del régimen de inversiones internacional incluye las tres opciones distintas previstas en el Capítulo 14 del USMCA, la insistencia de la Unión Europea de que sus acuerdos internacionales de inversión contemporáneos contemplen tribunales internacionales de inversión en lugar de paneles arbitrales *ad hoc*²⁰⁰, y abandonar completamente tanto los derechos sustantivos tradicionales como los procedimientos obligatorios previstos en los TBI, tal como reflejan, por ejemplo, los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de

199 Ver, por ejemplo, SHAFFER, Gregory, ELSIG, Manfred y POLLACK, Mark A. “U.S. threats to the WTO Appellate Body,” publicado en SSRN el 14 de diciembre de 2017.

200 Ver, por ejemplo, Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (“CETA” por sus siglas en inglés), capítulo ocho, secciones 8.18-8.25.

Brasil²⁰¹. Lo que hace que la protección del capital en todo el mundo sea aún más una mezcla de diferentes derechos y remedios procedimentales es el hecho de que casi todos los reclamos de inversores que actualmente se presentan son quejas presentadas con sustento en los TBIs más tradicionales, tal como el TBI Modelo de Estados Unidos de 1987 (discutido arriba) y no en acuerdos de protección soberana como el TBI Modelo de 2012 de Estados Unidos o el USMCA²⁰². Esto es comprensible, ya que esos TBI más antiguos a menudo combinan protecciones más sólidas para los inversores, menos excepciones de los estados demandados y menos restricciones para acceder a los mecanismos de resolución de controversias. También contribuye a la complejidad del régimen de inversiones internacionales contemporáneo no solo el hecho de que los derechos otorgados a los inversores aparecen en unos tres mil tratados que difieren entre sí (al menos tanto como difieren los textos del USMCA y el TBI Modelo de los Estados Unidos de 1987 entre sí), sino también la existencia de distintos estándares de protección de inversiones en los compromisos multilaterales o regionales (también discutidos anteriormente) y la sanción de un número creciente de leyes nacionales de inversión que permiten acceder a un mecanismo de resolución de controversias internacional entre inversores y Estados²⁰³.

Lo que esto significa es que aquellos que intentan entender el régimen de inversión internacional contemporáneo no tienen más remedio que aprender sobre los acuerdos internacionales de inversión del pasado, así como los del presente y el futuro.

²⁰¹ Ver, por ejemplo, Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República Cooperativa de Guyana, 13 de diciembre de 2018, disponible en <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/5763>.

²⁰² Ver UNCTAD, "Phase 2 of IIA Reform," *op. cit. supra* nota 186, p. 5 (figuras 4 y 5).

²⁰³ Ver, por ejemplo, UNCTAD, Investor Monitor, "Investment Laws", noviembre de 2016 (en donde se identifican más de cincuenta leyes que habilitan el acceso a un mecanismo internacional de solución de controversias).