El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión

Volumen 76 Biblioteca de Arbitraje del
Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión

Nicolás Alarcón Loayza

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo
AIDP
Asociación Iberoamericana de Derecho Privado

Estudio Mario Castillo Freyre

El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión

© Nicolás Alarcón Loayza
nalarcon@estudiorodrigo.com

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© Universidad Católica San Pablo
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

© Asociación Iberoamericana de Derecho Privado
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
http://www.aiddp.com/

Primera edición, enero 2020
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-01096

ISBN: 978-612-4400-24-7
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

	Página
Resumen	15
Nota del editor	17
Introducción	21
¿La soberanía contraataca?	21
Capítulo I	
Cuestiones preliminares	27
1. Introducción	27
2. El derecho internacional de las inversiones	27
2.1. La racionalidad del derecho internacional de las inversiones: La protección a la inversión extranjera	27
2.2. La ausencia de una estructura única y centralizada	39
2.3. De la protección diplomática al arbitraje inversionista-Estado: El exclusivo *ius standi* de los inversionistas	47
3. La racionalidad del derecho internacional de los derechos humanos: La protección al individuo	77
Capítulo II	
Derecho internacional de las inversiones y derechos humanos: La perspectiva del derecho internacional público	91
1. Introducción	91
2. Factores que propician la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos	91
2.1. La fragmentación normativa en el derecho internacional	91

2.2. La proliferación de órganos jurisdiccionales en el derecho internacional 104
2.3. El rol del individuo en el derecho internacional 107
2.4. Los alcances imprecisos del derecho a regular del Estado 111
2.5. Las obligaciones positivas del Estado en el derecho internacional de los derechos humanos 128
3. Dificultades derivadas de la interacción entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos 133
3.1. Procesos paralelos 134
3.2. Conflictos normativos 148
4. ¿Es necesario un estudio sobre la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos? 156
4.1. Consistencia normativa 156
4.2. Legitimidad del derecho internacional 161

Capítulo III
El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión 167

1. Introducción 167
2. Cuestión preliminar: La jurisdicción limitada de los tribunales arbitrales 168
3. Escenarios de interacción entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos 184
3.1. Escenario I: El inversionista invoca la aplicación directa de derechos humanos 184
3.2. Escenario II: El inversionista invoca la aplicación indirecta de derechos humanos 189
3.3. Escenario III: El Estado invoca la aplicación directa de derechos humanos 192

3.4. Escenario IV: El Estado invoca la aplicación indirecta de derechos humanos 197
4. Sobre la aplicación directa de los derechos humanos a los arbitrajes de inversión 203
4.1. Aplicación directa de derechos humanos a través del derecho internacional 204
4.1.1. Los tratados internacionales 219
4.1.1.1. Referencias a derechos humanos en la cláusula de excepciones generales de los tratados de inversión 220
4.1.1.2. Referencias a derechos humanos en la cláusula de observancia del derecho interno de los tratados de inversión 226
4.1.1.3. Referencias a derechos humanos en la cláusula de trato de conformidad al derecho internacional de los tratados de inversión 233
4.1.1.4. Referencias a derechos humanos en la cláusula de trato más favorable de los tratados de inversión 235
4.1.1.5. Referencias a derechos humanos en la cláusula de obligaciones del inversionista de los tratados de inversión 237
4.1.1.6. Referencias a derechos humanos en la Carta de Naciones Unidas 239
4.1.2. El derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens* 241
4.2. Aplicación de derechos humanos a través del derecho doméstico 248
5. Sobre la aplicación indirecta de los derechos humanos: El recurso a los derechos humanos en la interpretación de los tratados de inversión 252
5.1. Referencias a derechos humanos en el preámbulo de los tratados de inversión 254

5.2. Referencias a derechos humanos en la práctica subsecuente de los Estados 261
5.3. Aplicación del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados 265
6. La aplicación indirecta de derechos humanos en la práctica 276
6.1. El caso del trato justo y equitativo 277
6.2. El caso de la cláusula de expropiación 283
6.3. El caso de la compensación 285
7. Completando el rompecabezas: El principio de proporcionalidad 289

Conclusiones 301

Bibliografía 309

I. Doctrina 309
II. Jurisprudencia 343
Tribunales arbitrales de inversión
Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Corte Permanente Internacional de Justicia/Corte Internacional de Justicia
III. Tratados 364
Otra jurisprudencia
Tratados de Inversión
Otros Tratados
IV. Otras fuentes 372

A mis padres, Rudolf, Ana y Leonor,
cuyo amor sostiene mis sueños.

Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.

Henkin, Louis. *How Nations Behave*, 1968.

Resumen

La evolución normativa del derecho internacional público está muy bien reflejada en la inevitable interacción entre sus *regímenes* normativos. Las dificultades derivadas de esta interacción se hacen evidentes, por ejemplo, en la creciente discusión sobre el rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión. A su vez, esta discusión cobra actualidad gracias a la proliferación de una nueva generación de tratados de inversión que conceden mayor discrecionalidad regulatoria a los Estados y por nuevas líneas jurisprudenciales que pretenden reivindicar (o redefinir) la soberanía regulatoria de los Estados.

En el presente trabajo postulamos la relevancia jurídica de las normas de derechos humanos en los arbitrajes de inversión. No obstante, sostenemos que esta relevancia debe ser producto de una aplicación motivada y cuidadosa de los derechos humanos en las disputas de inversión enlazada siempre con el texto del tratado de inversión correspondiente. Rechazamos que el sistema de resolución de controversias del derecho internacional de las inversiones no sea ni pueda ser sensible a los diversos intereses involucrados en una controversia de inversión.

Nota del editor

Entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2018 tuve el honor de ocupar el Decanato en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, casa de estudios a la que ya me vinculaba una antigua relación, pues las autoridades de la facultad siempre tuvieron la gentileza de invitarme para dictar charlas a los alumnos, sea de derecho de obligaciones o de contratos.

De seguro, esta cercanía hizo que la primera promoción de dicha Facultad me escogiera como uno de sus padrinos en el año 2009.

En años posteriores, la Facultad tuvo la gentileza de incorporarme a su Comité Asesor, y en diversas oportunidades tuve el agrado de visitarla y de constatar el altísimo nivel académico, tanto de sus profesores como de sus alumnos. Siempre fue un gusto para mí dictar conferencias en la referida casa de estudios, a la par que volver a la hermosa ciudad de Arequipa.

Es así que fue muy grato el que, en los últimos meses del año 2016, las autoridades de la Universidad me propusieran ocupar, por algunos meses, el Decanato de Derecho, planteamiento que acepté casi de inmediato. Esta colaboración se prolongó en tres oportunidades, de modo que ocupé tal cargo exactamente dos años.

Sin perjuicio de todos los logros conseguidos por los profesores y los alumnos de la Facultad, me causó mucha alegría el interés de los estudiantes por el arbitraje, el mismo que se manifiesta, en estos dos años, en el afianzamiento y la excelencia lograda por el equipo de arbitraje de la Facultad; y, en segundo lugar, por la investigación llevada a cabo por el

exalumno Nicolás Alarcón Loayza, titulada *El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión*.

El calificativo que otorgó el jurado a dicha tesis fue el de sobresaliente con mención de publicación, dado que la misma consiste en un trabajo de altísima calidad, que despertaría igual interés para su lectura, en un abogado de los Estados Unidos de América, de Francia, de China o del Perú.

He manifestado en público y en privado que la tesis de Nicolás Alarcón es excelente aquí y en cualquier parte del mundo; no sólo por la erudición demostrada en el estudio de los temas que constituyen objeto de la misma, sino porque el relacionar el arbitraje de inversión con la dinámica de los derechos humanos, constituye materia novedosa, a la par que necesaria en el mundo moderno, donde ambos temas —que antes hubiesen parecido compartimentos estanco— tienen cada vez mayores puntos de contacto, a tal nivel que ya no resulta posible hablar de arbitraje de inversión sin tener en cuenta la disciplina de los derechos humanos.

Y es, precisamente, de esto que escribe Nicolás Alarcón, en un trabajo cuya lectura y sustentación como tesis sorprendió al jurado por explorar todos los espacios que ofrece esta relación, para lo cual el autor ha demostrado notable maestría en el abordaje del tema, agotando toda la jurisprudencia de arbitraje de inversión, incluida la más reciente, al igual que la bibliografía especializada en el tema.

No me cabe duda de que la experiencia académica adquirida por Nicolás en nuestra casa de estudios, y los conocimientos prácticos que ha venido absorbiendo en su práctica preprofesional, tanto en el Perú como en el extranjero, han hecho de él un joven abogado muy sólido en materia arbitral, de modo que destacará notablemente en el ejercicio del derecho.

Nicolás Alarcón Loayza ha podido publicar esta obra en cualquier editorial jurídica, no sólo del mundo hispano parlante, sino de otras latitudes, de modo tal que nuestra *Biblioteca de Arbitraje* le está sumamente agradecida por permitirnos difundir tan extraordinario trabajo.

Lima, abril del 2019

Mario Castillo Freyre[*]

[*] Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

Introducción
¿La soberanía contraataca?

No hay duda de que el derecho internacional de las inversiones ha evolucionado vertiginosamente en los últimos treinta años. En notorio contraste, en el año 1970, la Corte Internacional de Justicia sostuvo —en su conocida decisión del caso *Barcelona Traction*— sobre el derecho internacional de las inversiones que: «[...] resulta sorpresivo que la evolución del derecho no haya avanzado y que no se hayan cristalizado reglas internacionales de aceptación general».[1]

Dos desarrollos notables caracterizan al proceso de evolución del derecho internacional de las inversiones: por un lado, la creación de un sistema de resolución de controversias en torno al arbitraje que, a su vez, ha conducido a una rápida multiplicación de casos resueltos por distintos tribunales arbitrales; y, por otro lado, una red normativa en tutela de la inversión directa extranjera compuesta, principalmente, por tratados de inversión. Impulsado por estos desarrollos, el derecho internacional de las inversiones ha abandonado las canteras del derecho internacional consuetudinario y opera hoy dentro de un *régimen* con características, procesos y actores propios.

Por ello, no es de extrañar que hoy el derecho internacional de las inversiones (aún en la adolescencia de su evolución) sea objeto de numerosas críticas. Estas críticas, dirigidas en su mayoría a cuestionar la legitimidad del *régimen* de tutela de las inversiones extranjeras en el derecho internacional, han merecido diversas respuestas. Una de estas

---

[1] [Traducción nuestra]. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium vs. Spain). (Second Application)*, *judgment*, párr. 89.

críticas (quizás la más discutida) resulta de particular relevancia a los efectos de este trabajo: se ha sostenido que el derecho internacional de las inversiones representa un peligro a la soberanía regulatoria de los Estados, imponiendo obligaciones creadas exclusivamente a favor de inversionistas extranjeros y a través de procesos *ad-hoc* en los que tres individuos juzgan sobre las políticas de desarrollo de un Estado.

Lo notable de esta crítica, así como de la literatura y de la práctica arbitral que se ha desarrollado a los fines de darle una respuesta, es el rol central y casi irrestricto que pretende atribuírsele a la soberanía estatal. Esta postura no es novedosa en el derecho internacional. En 1933, el profesor Hersch Lauterpacht, en su seminal trabajo *The Function of Law in the International Community*, desarrolló una respuesta a la «teoría de la no justiciabilidad», según la cual, determinados actos estatales, al revestir una naturaleza «política», sólo podían tenerse como un ejercicio discrecional y legítimo de su soberanía; y, por ende, no podían ser objeto de adjudicación en el derecho internacional. Los desarrollos del derecho internacional moderno, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, desacreditaron dicha teoría, así como la idea irrestricta de soberanía como principio de la labor jurisdiccional en el derecho internacional.

Sin embargo, la doctrina (o una reformulación de ésta) parece haber vuelto al *plató* de la adjudicación de disputas en el derecho internacional. Las críticas más notables al arbitraje de inversión, están enfocadas en el impacto que el derecho internacional de las inversiones tendría sobre la soberanía estatal y la relevancia de otorgarle a ésta un rol central en la resolución de controversias. Esto ha alcanzado también a la práctica arbitral que, de algún modo, busca atender estos llamados. Por ejemplo, en el caso *Methanex c/ Estados Unidos de América*, el tribunal arbitral sostuvo como criterio interpretativo del tratado de inversión, la siguiente premisa: «[...] cuando hay una ambigüedad en las cláusulas jurisdiccionales sobre una disputa entre Estados e individuos, dicha

ambigüedad debe ser siempre resuelta a favor de mantener la soberanía estatal».[2]

En soporte de estas premisas, el ejercicio de soberanía estatal se ha visto reforzado *inter alia* por una notable proliferación normativa en materia de derechos humanos. A diferencia de aquellas obligaciones internacionales recogidas tradicionalmente en el catálogo de derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hoy los Estados han asumido obligaciones positivas para con los individuos, derivadas de los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Estas obligaciones exceden la no interferencia en el goce y ejercicio de derechos fundamentales y exigen, más bien, ejercicios de justicia distributiva para los que no siempre existe un criterio determinante de aplicación.

De igual modo, la soberanía estatal cobra un rol más predominante en recientes tratados internacionales de inversión. Aunque, tradicionalmente, dirigidos a la tutela de la inversión extranjera directa extranjera, estos instrumentos han comenzado a incorporar disposiciones que no sólo otorgan una mayor «libertad» regulatoria a los Estados en determinadas áreas, como salud, medio ambiente y derechos humanos, sino que, además, imponen obligaciones de titularidad de los inversionistas extranjeros. Estos instrumentos podrían conducir a una reformulación de los presupuestos del derecho internacional de las inversiones.

En ese escenario, ¿cuál es, entonces, el justo valor que debe atribuírsele al ejercicio soberano de un Estado sobre una regulación específica? Y, en particular, ¿cuál es el valor que puede atribuírsele en el derecho internacional de las inversiones a la conducta soberana de un Estado que guarda armonía y da cumplimiento al derecho internacional de los derechos humanos? El presente trabajo pretende atender a esta pregunta. Dicho de otro modo, nuestro objetivo es analizar y determinar cuál es el rol de los derechos humanos en los arbitrajes de inversión.

---

[2] [Traducción nuestra]. *Methanex Corporation and United States of America*. Uncitral, *Preliminary Award of the Tribunal on Jurisdiction and Admissibility*, párr. 103.

Estas preguntas no se fundamentan en hipótesis de laboratorio. Como analizaremos en este trabajo, diversos tribunales arbitrales ya han sido confrontados con argumentos en materia de derechos humanos, sobre todo, articulados en defensa de la conducta estatal cuestionada en el proceso. A pesar de ello, los tribunales arbitrales no han desarrollado un esquema sistemático y riguroso de aplicación de los derechos humanos a las controversias de inversión. La «jurisprudencia» arbitral, usualmente, elude las consecuencias de incorporar consideraciones de derechos humanos a su razonamiento, limitándose a incorporar afirmaciones genéricas sobre la relevancia de éstos.

Para el análisis de la cuestión planteada, utilizamos un método descriptivo-valorativo crítico, cuya perspectiva predominante es el derecho internacional público. Adicionalmente, nuestro estudio es predominante enunciativo-descriptivo, pues no consideramos que una respuesta a la pregunta antes planteada pueda ofrecerse sin un análisis profundo del problema en cuestión.

Para el logro del objetivo indicado, dedicamos el Capítulo I a ofrecer un marco descriptivo-conceptual, tanto del derecho internacional de las inversiones como del derecho internacional de los derechos humanos. Consideramos que esta caracterización de ambos regímenes, permitirá comprender las dificultades derivadas de su interacción.

Luego de una mirada detallada de los «regímenes» estudiados, en el Capítulo II, abordaremos la relación entre ambos desde la perspectiva del derecho internacional público. A esos fines, identificaremos y analizaremos los factores que propician una relación entre las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos. Luego, identificaremos algunos riesgos o dificultades que se derivan de dicha interacción. Todo esto nos permitirá concluir con una justificación sobre nuestro objeto de estudio, así como su relevancia para el derecho internacional público.

Bajo estas consideraciones, dedicaremos el Capítulo III a estudiar exhaustivamente el rol concreto de los derechos humanos en los arbitrajes de inversión. Iniciaremos identificando escenarios de interacción entre ambos regímenes a partir de la práctica arbitral. Luego, propondremos una clasificación para la aplicación de derechos humanos en los arbitrajes de inversión y analizaremos las características de cada categoría. Esto nos permitirá develar la relevancia jurídica de los derechos humanos en los arbitrajes de inversión.

Esperamos, con el presente trabajo, contribuir a la discusión sobre la legitimidad del derecho internacional de las inversiones. Por un lado, esta discusión está signada por posturas que pueden parecer irreconciliables a la luz de los valores que reivindican. Este trabajo pretende demostrar la viabilidad de incorporar derechos humanos en los arbitrajes de inversión sin vulnerar con ello ni alterar sustancialmente la racionalidad del derecho internacional de las inversiones.

Por otro lado, esta discusión suele enfocarse en la crítica al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias y, ciertamente, amplios esfuerzos se están realizando para hacer del arbitraje de inversión un mecanismo más transparente y eficiente. Este trabajo, se enfoca en la otra cara de la moneda: la labor jurisdiccional de los árbitros. Consideramos que, dado que lo que se cuestiona es la legitimidad del sistema de tutela de inversiones, es necesario proponer respuestas sustantivas tanto a nivel legislativo (tratados de inversión) como jurisprudencial (criterios que permitan incorporar normas de derechos humanos a la solución de controversias de inversiones).

Capítulo I
Cuestiones preliminares

1. Introducción

El presente trabajo ofrece un análisis de la relación entre los derechos humanos y el arbitraje de inversión derivado de tratados de inversión. Dicho de otro modo, la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones. Precisamente, el objetivo de este capítulo es brindar un marco conceptual en torno al derecho internacional de las inversiones. Entender las características de éste, permitirá comprender las dificultades derivadas de su interacción con el derecho internacional de los derechos humanos.

A ese efecto, el capítulo está organizado de la siguiente manera. Primero, haremos un estudio general sobre el derecho internacional de las inversiones. Segundo, esbozaremos algunos rasgos del derecho internacional de los derechos humanos. Hacemos notar que no nos detendremos exhaustivamente en este último, pues el enfoque de este trabajo está puesto en aquel primero.

2. El derecho internacional de las inversiones

2.1. La racionalidad del derecho internacional de las inversiones: La protección a la inversión extranjera

La historia del derecho internacional de las inversiones («DII») es la historia de la protección a la inversión extranjera o, dicho de otro modo, a la propiedad de extranjeros. Como Borchard puso de relieve, en re-

lación al estado de la materia en el derecho internacional moderno,[3] la «[s]ituación jurídica de los extranjeros ha avanzado progresivamente de la ilegalidad, en la época temprana de Roma y las de las tribus germánicas, a una práctica asimilación con los nacionales, en nuestros días».[4]

En los albores del derecho internacional, el llamado «padre del derecho internacional», Francisco de Vitoria, identificó en sus *Relecciones de indios*, un derecho de propiedad (de título natural) de los indios americanos.[5] En un pasaje notable de su obra, Vitoria sostuvo lo que podría leerse como una formulación temprana de los estándares contemporáneos de trato nacional y trato de la nación más favorecida (disposiciones usuales en los tratados de inversión):

> Si entre los bárbaros hay bienes comunes tanto para los ciudadanos como para los extranjeros, no es lícito a los bárbaros prohibir a los españoles la comunicación y participación de esos bienes. Por ejemplo, si es lícito a otros extranjeros extraer oro de un campo común, o de los ríos, o pescar perlas en el mar o el río, los bárbaros no pueden prohibírselo, sino que, por lo menos igual que a los demás, a los españoles les es lícito hacer estas cosas y otras semejantes, con tal de que no sean perjudicados los ciudadanos y naturales del país.[6]

---

[3] Acogemos la clasificación temporal de la evolución histórica del derecho internacional público, que lo divide entre derecho internacional público moderno (o clásico) y derecho internacional público contemporáneo; considerando como hito histórico los cambios producidos luego de la Segunda Guerra Mundial (1945). *Cfr*. López-Bassols, H. *Derecho internacional público y jurisprudencia internacional*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2014, 4.ª edición, p. 20.

[4] [Traducción nuestra]. Borchard, E. *The Diplomatic Protection of Citizens abroad or The Law of International Claims*. Nueva York: Banks Law Publishing, 1915, p. 33. Recuperado de: https://archive.org/stream/diplomaticprotec00borcuoft#page/32/mode/2up.

[5] De Vitoria, F. *Sobre los indios*. Madrid: Tecnos, 2007, 2.ª edición, p. 96.

[6] *Ibidem*, pp. 133-134.

Posteriormente, Hugo Grocio a quien se le atribuye el primer estudio integral y sistemático del derecho internacional,[7] elaboró un marco jurídico de protección a la propiedad de extranjeros, cuyos intereses se encontraban alineados con los de determinadas potencias colonizadoras. Por su parte, Emmerich de Vattel que abordó *in extenso* el estatus jurídico de los extranjeros sostuvo que, una vez que un Estado permitía la entrada de extranjeros a su territorio, éste estaba obligado a otorgarles igual protección que a sus nacionales y asegurarles perfecta protección, en tanto de éste dependa.[8]

A pesar de estos desarrollos doctrinarios tempranos del derecho internacional de las inversiones, las potencias colonizadoras ejercían jurisdicción extraterritorial sobre sus súbditos,[9] por lo que no fue sino hasta la época post-colonial que se evidenció un desarrollo acentuado de la protección a las inversiones extranjeras.[10] Quizás una excepción notable la constituyen los Tratados de Westfalia de 1648; allí los Estados contratantes se comprometieron a asegurar una serie de protecciones sustantivas a los ciudadanos de algunos Estados aliados.[11]

---

7 *Cfr*. López-Bassols, H. *Derecho internacional público y jurisprudencia internacional.* México D.F.: Porrúa, 2014, p. 15.

8 *Cfr*. Vattel, E. *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns-Book II*. Philadelphia: T.& J. W. Johnson & Co., 1858, 6.ª edición, p. 173 §104.

9 *Cfr*. Newcombe, A. y L. Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*. Londres: Kluwer Law International, 2009, p. 11.

10 Utilizamos el término «inversiones» a lo largo del presente capítulo indiferentemente del período temporal al que hagamos referencia. Escapa al objeto del presente trabajo una discusión sobre la propiedad en el uso histórico de aquél. Sin embargo, con Juillard sostenemos que su aparición en el derecho internacional no data sino de la época de la post-guerra (Segunda Guerra Mundial). *Cfr*. Juillard, P. «L'evolution des sources de droit des investissements». *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1994, vol. 250, p. 24.

11 *Cfr*. Pauwelyn, J. «Rational design or accidental evolution? The emergence of international investment law». En *The Foundations of International Investment Law. Bringing theory into practice*. Douglas, Zachary. *et alii*. (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 21.

Las grandes potencias exportadoras de capital, ante la preocupación por el trato que sus nacionales, podían recibir en los nacientes Estados independientes,[12] impulsaron el desarrollo de reglas internacionales de protección a la inversión extranjera, aplicables en todos los Estados. En esa línea, en el derecho internacional se fue gestando el denominado estándar de trato mínimo a personas extranjeras al que los Estados se encuentran obligados internacionalmente.[13] El estándar comprende una serie de derechos de los que es titular el ciudadano extranjero.[14]

---

[12] Particularmente, en aquellos Estados de Centro y Sur América, que recientemente habían obtenido su independencia de la Corona española. *Cfr*. Sornarajah, M. *International law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 3.ª edición, p. 19.

[13] El Secretario de Estado de los Estados Unidos de América bajo la administración de Roosevelt, Elihu Root, mencionó al respecto en un texto seminal que da cuenta del estado del arte de la materia a inicios del siglo xx: «If any country's system of law and administration does not conform to that [minimum] standard, although the people of the country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens». Root, E. «The basis of protection to citizens residing abroad». *The American Journal of International Law*, 1910, vol. 4, n.° 3, p. 521. De igual manera, en una referencia clásica sobre el tema, Roth señala que «[...] the international standard is nothing else than a set of rules, correlated to each other and deriving from one particular norm of general international law, namely that the treatment of alien is regulated by the law of nations». Ver: Roth, A.H. *The minimum standard of international law applied to aliens*. Leiden, 1949, p. 127. Finalmente, en la doctrina nacional, Ulloa ha señalado en una obra que data de 1938 que «Entre el Estado y el extranjero que reside en su suelo se crea un vínculo tácito pero efectivo. El primero, por el hecho de admitir al segundo, se obliga a proteger la vida, su libertad y sus bienes, a reconocerle, en suma, de conformidad con las leyes, un mínimo de derechos considerados universalmente como inseparables de la persona humana». Ulloa, A. *Derecho internacional público*. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1938, 2.ª edición, tomo i, p. 243.

[14] Díez de Velasco ha recogido una lista de derechos que comprenderían el contenido del *standard minimum* en la fase actual del derecho internacional: «1º El de ser protegida su vida e intereses contra las acciones de violencia colectiva organizada en contra de los extranjeros. 2º Derecho a no ser detenidos arbitrariamente y a que se proceda a una investigación en tiempo razonable, dando al interesado la posibilidad de ser oído […]. 3º Derecho a no ser torturado y a que no se le someta

Algunas decisiones de la jurisprudencia internacional son ilustrativas al respecto. En *Neer c/ México*, un caso de la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos de América,[15] un ciudadano americano (Paul Neer) fue asesinado por un grupo de hombres (no afiliados al Estado mexicano). Los familiares de Neer alegaron falta de diligencia del Estado mexicano en la prevención y en la investigación del ilícito penal.[16]

---

a tratamientos inhumanos. 4º Tener asegurado el libre acceso a los tribunales y no ser discriminado ante ellos por razones de nacionalidad […]. 5º Derecho a poder ejercitar determinados derechos civiles básicos, como los relativos a las relaciones paterno-filiales y, en general, a los admitidos en la mayoría de los Estados como derechos de familia». Aunque el autor español también sostiene que, para terminar en su plenitud el *standar minimun*, habrá que acudir a una técnica de derecho comparado, a fin de determinar qué derechos se entienden como básicos por las distintas legislaciones. *Cfr*. Díez de Velasco, M. *Instituciones del derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 2007, 16.ª edición, p. 615.

15 La Comisión fue establecida en 1924 siguiendo a la Convención de Reclamaciones del 8 de septiembre de 1923, en la cual Estados Unidos y México se obligaban a establecer una comisión que resolviese todos los reclamos relativos a pérdidas y daños sufridos por nacionales de un Estado en territorio del otro Estado que tuvieron lugar en el marco de la Revolución mexicana. Ver: United Nations. *General Claims Commission (Agreement of Sept. 8, 1923). (United Mexican States, United States of America). Reports of International Arbitral Awards*, 2006, vol. iv, pp. 7-320.

16 Si bien el tribunal de la causa no amparó la petición de Estados Unidos de América, lo hizo alegando que los actos de las autoridades estatales no alcanzaban el estándar necesario para encontrar la configuración de un ilícito internacional. Sin embargo, para efectos de lo que aquí tratamos de mostrar la decisión es útil, toda vez que el Tribunal reconoció que, efectivamente, asistían a Neer derechos como la protección a su vida bajo el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros. Ver: *L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) vs. United Mexican States*. *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, vol. iv, pp. 60-66. También de la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos, en *Roberts c/ México*, un caso relativo al arresto de un ciudadano americano y a las condiciones de su detención, el tribunal afirmó con acierto que: «Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law. That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization». Ver: *Harry Roberts (U.S.A.) vs. United Mexican States*. *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, vol. iv, 2006, p. 80.

De igual modo, y en un caso relativamente reciente relacionado a inversiones extranjeras, la Corte Internacional de Justicia («CIJ») afirmó que la protección y seguridad plena, un estándar encontrado en la mayoría de tratados de inversión,[17] guarda conformidad con el estándar mínimo de protección a personas extranjeras bajo el derecho internacional consuetudinario.[18]

Ahora, de lo anterior no debe concluirse que al inversionista extranjero le asiste un mayor derecho que a los nacionales.[19] Como han señalado Novak y García-Corrochano, el estándar «[n]o busca un trato privilegiado del extranjero, sino tan sólo el respeto de ciertos derechos considerados fundamentales por la Comunidad Internacional».[20] Es de-

---

[17] El estándar en cuestión hace referencia a las medidas que un Estado debe adoptar para proteger la inversión extranjera en su territorio de situaciones adversas. Para una discusión más amplia ver: GONZÁLES DE COSSÍO, F. *Arbitraje de inversión*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2009, pp. 185-196.

[18] *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. United States of America vs. Mexico*, *judgment*, 20 de julio de 1989, p. 15, párr. 111.

[19] Sin embargo, sostenemos que el extranjero podría gozar, bajo determinadas circunstancias, de mayor efectividad en la protección de sus derechos que un nacional. Una interpretación del estándar en ese sentido, es la dibujada por la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos de América (ver: *supra nota 13*) en *Hopking c/ México*, un caso relativo al no pago de cantidades dinerarias a favor de un ciudadano norteamericano a las que tenía derecho bajo unas notas de pago, el tribunal señaló que:
«El demandante Hopkins posee derechos y remedios contra México cuyo goce puede ser retenido a sus propios ciudadanos bajo su derecho local, bajo las normas de derecho internacional aplicadas a controversias internacionales una nación está obligada a otorgar a los extranjeros un tratamiento más amplio y liberal que el que le otorga a sus ciudadanos bajo su derecho local». [Traducción nuestra].
Ver: *George W. Hopkins (U.S.A.) vs. United Mexican States*. *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, vol. IV, pp. 41-47. Sin perjuicio de ello, la posibilidad de que se configuren estas circunstancias en el estado actual del derecho internacional se ha visto reducida con la aparición y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

[20] NOVAK, F. y L. GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, vol. 1, tomo II, p. 321.

cir, el estándar reconoce derechos que también asisten a los nacionales bajo su derecho doméstico. De hecho, los derechos que conforman el estándar suelen identificarse con los derechos humanos.[21]

Volviendo a nuestro recuento histórico, la búsqueda de una mayor protección a la inversión extranjera por parte de los países exportadores (especialmente, Estados Unidos de América y los países europeos) vino acompañada de una fuerte resistencia de los Estados latinoamericanos, quienes afirmaron el principio de igualdad soberana[22] e igualdad de trato entre extranjeros y nacionales, a fin de negar la validez del estándar antes expuesto.[23]

---

[21] A modo de ejemplo, Verdross ha afirmado que «[…] un Estado no podría alegar que no confiere este estándar mínimo, ya que con el reconocimiento internacional de los derechos humanos este estándar mínimo se encuentra, en todo caso, asegurado internacionalmente». Verdross, A. «Regles internationales concernant le traitement des étrangers». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1991, vol. 37, p. 343.

[22] Un ejemplo emblemático lo encontramos en la obra de Andrés Bello, quien supo recoger el principio de igualdad soberana como postulado del derecho internacional. Así, Bello sostuvo: «De la independencia y soberanía de las naciones se sigue que a ninguna de ellas es permitido dictar á otra la forma de gobierno, la religión, o la administración que ésta deba adoptar; ni llamarla á cuenta por lo que pasa entre los ciudadanos de esta, o entre los gobiernos y los súbditos» y, en otro pasaje «Siendo los hombres naturalmente iguales, lo son también los agregados de los hombres que componen la sociedad universal. La República más débil goza de los mismos derechos y está sujeta á las mismas obligaciones que el imperio más poderoso». Bello, A. *Principios de derecho internacional.* París: Librería de Garnier Hermanos, 1873, 3.ª edición, pp. 29 y 24.

[23] El profesor Borchard da cuenta de esta postura citando parte de la respuesta del gobierno mexicano a los Estados Unidos de América en relación a la intención de este último, de buscar compensación por expropiación de tierras de sus ciudadanos en México durante la década de 1920. Así sigue la cita: «El principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, considerando que los extranjeros que voluntariamente se mueven a otro país […] en busca de beneficios personales, aceptan por adelantado, junto con los beneficios que puedan disfrutar, los riesgos a los que pudiesen verse expuestos. Sería injusto que aspiren a una posición privilegiada, libre de riesgo, pero no del esfuerzo de los nacionales que debe ser para el beneficio de la colectividad». [Traducción nuestra].

Algunos importantes casos históricos pueden ser citados en las raíces de dicha actitud de rechazo al estándar sostenido por las grandes potencias mundiales: en 1850 las fuerzas navales de Gran Bretaña bloquearon las costas de Grecia ante la negativa de esta última de pagar una compensación por los daños generados a manos de agentes estatales griegos a la propiedad de David Pacífico (a quien se le debe el nombre de este famoso caso *Don Pacífico*), que fueron reclamados con anterioridad por Gran Bretaña.[24]

De igual modo, en 1854, los Estados Unidos de América enviaron una flota naval armada de noventa embarcaciones a lo largo del río Paraná ante las presuntas confiscaciones por parte de autoridades paraguayas a la empresa *United States and Paraguay Navigation Company*, de propiedad de inversionistas norteamericanos.[25] También, en 1898,

---

Citado en: Borchard, E. «The "minimum standard" of the treatment of aliens». *Michigan Law Review*, 1940, vol. 38, n.º 4, p. 445. Este texto, además, recoge de manera muy clara el cuestionamiento al estándar mínimo que realizaran los Estados latinoamericanos.

[24] La política que inspiró dichos actos, así como otros de su tipo, es conocida como *gunboat diplomacy*, y fue defendida por Lord Parmeston, quien ocupase los cargos de Ministro de Relaciones Exteriores y Primer Ministro del Reino Unido. Un extracto de un discurso suyo pronunciado en *The House of Commons* en defensa de dicha política exterior es ilustrativo para los fines del presente trabajo: «En primera instancia, la compensación debe obtenerse a través de las leyes de las cortes locales; pero en caso dicha compensación no pueda ser obtenida —y esos casos son muchos— someter a un súbdito británico únicamente a ese remedio, sería privarlo de la protección de la cual es titular». [Traducción nuestra]. Citado en: Thomas Johnson, O. Jr. y J. Gimblett. «From Gunboats to BITs: The evolution of modern international investment law». En *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*. Sauvant, K.P. (ed.). Nueva York: Oxford University Press, 2010, p. 652.

[25] La intervención armada motivó la firma de una capitulación (*unequal treaty*) entre los Estados Unidos de América y Paraguay, en la cual este último se obligaba a derivar la controversia a una comisión (tribunal) previa aceptación de la responsabilidad del Estado por los daños causados al inversionista norteamericano. *Cfr*. Kates, M. *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press, 2015, pp. 57-58.

Venezuela dejó de pagar a sus acreedores extranjeros producto de una revolución interna lo que generó en respuesta que Gran Bretaña, Italia y Alemania bloquearan las costas venezolanas.[26]

De manera similar, entre 1838 y 1840, Francia bloqueó el puerto de Buenos Aires en demanda por el trato no igualitario (extensión de ciertos privilegios) que recibían los ciudadanos franceses en comparación con los ciudadanos ingleses.[27] En algunos casos, dicha política intervencionista marcó el curso de la historia de los países invadidos, es el caso de México que hacia 1864 había contraído una deuda impagable con sus acreedores extranjeros, lo que llevó a Francia a invadir territorio mexicano y, posteriormente, instalar una monarquía cuya cabeza fue el emperador Maximiliano de Habsburgo.

No obstante, la doctrina de igualdad entre nacionales y extranjeros tenía varias falencias. Probablemente, la más saliente era que colocó el estándar de responsabilidad internacional de los Estados en el derecho doméstico, con lo que anuló la validez del derecho internacional.[28] La

---

[26] *Cfr*. Kolb, R.W. *Sovereign Debt: From Safety to Default*. *Wiley. The Robert W. Kolb Series in Finance*, 2011, p. 3.

[27] *Cfr*. Grigera-Naón, H. «Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks». *2004 Freshfield Lectura.* La Haya: Kluwer Arbitration Law.

[28] *Cfr*. Brownlie, Ian (*Sir*). *Principles of Public International Law*. Nueva York: Oxford University Press, Sixth Edition, pp. 527-529. Al respecto, había sido una preocupación constante que las inversiones extranjeras privadas no quedasen exclusivamente al amparo del derecho local, Lord Shawcross, quien fue uno de los autores del conocido «Convenio *Abs-Shawcross* sobre Inversión Extranjera», defendió esta idea con magistral claridad en su discurso pronunciado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Así sostuvo: «[p]rivate investment has, from time to time, in different places, found itself denied the protection of that legal security which is accorded without question to intergovernmental transactions in International Law and to private ones in all civilized systems of Municipal Law. Over the years the attention of international lawyers has been all too frequently engaged by the repudiation of liabilities towards aliens or the expropriation of foreign property […] this surely is a position that must be repudiated by international lawyer, anxious to maintain and promote the rule of law in this otherwise frightening world». Shawcross, L. «The

doctrina no prosperó y el estándar mínimo adquirió progresivamente el estatus de derecho internacional consuetudinario. Sin perjuicio de ello, resulta ilustrativa la referencia a una de sus manifestaciones más claras: la doctrina Calvo.

La doctrina Calvo lleva su nombre en honor a Carlos Calvo, internacionalista y diplomático argentino, quien sostuviese en su obra *El derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, la plena igualdad entre nacionales y extranjeros fundada en la soberanía de los Estados y su consiguiente competencia territorial.[29] La expresión práctica de la doctrina fue la denominada Cláusula Calvo.[30]

Dicha cláusula, que era una disposición que se incluía en los acuerdos celebrados con extranjeros, imponía a éstos igualdad de condiciones, en relación a los nacionales; obligándolos a renunciar a cualquier

---

problems of foreign investment in international law». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law,* 1961, vol. 102, pp. 343-344.

[29] Los postulados de Calvo se fundaban en el principio de no intervención al que la igualdad entre nacionales y extranjeros corresponde como consecuencia. Su pensamiento estaba claramente influenciado por la obra del Wheaton, diplomático y académico estadounidense, que sostuviera en su obra «Historia de los progresos del derecho de gentes» —traducida al castellano por Calvo— que la intervención de un Estado en otro debía regularse, a fin de evitar intromisiones ilegítimas e innecesarias. Una correcta interpretación de la doctrina ha sido ofrecida por García-Amador en los siguientes términos: «Given its real and only purpose, namely, to prevent the abuse of the right to diplomatic protection, the Calvo Doctrine never was a bar to those international claims based on breaches of well-established international obligationss regarding the treatment of aliens […] the international responsability of States for injuries resulting from acts or omissions constituting the breach was never questioned». García-Amador, F.V. *The Changing Law of International Claims*. Nueva York: Oceana Publications Inc., 1984, vol. 1, p. 2.

[30] La formulación de la Cláusula Calvo no puede encontrarse en la obra del jurista argentino y se debe, más bien, al trabajo de interpretación de otros autores sobre dicha obra. *Cfr*. Tamburini, F. «Historia y destino de "La doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?». *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2002, n.º 24, pp. 81-101.

trato, prerrogativa o recurso que los asistiera por su condición de extranjero; lo que incluía la protección diplomática.[31]

La cláusula recibió acogida en diversos ordenamientos (tanto a nivel constitucional como *infra* constitucional) de la región.[32] De igual modo, los países del continente americano reunidos en la primera Conferencia Interamericana de 1889-1890, adoptaron una resolución sobre «Reclamaciones e intervención diplomática», en la cual afirmaron la plena vigencia de la doctrina Calvo,[33] posteriormente recogida en dos Convenciones de alcance interamericano.[34]

---

31 *Cfr*. Díez de Velasco, M. *Instituciones de derecho internacional*…, *cit*., pp. 898-899.

32 No obstante, como bien evidenció García-Mora, no todas las Constituciones incluían una misma «versión» de la Cláusula Calvo. Algunas, como era el caso de la Constitución de Bolivia que en su art. 18, contemplaba el acceso a la protección diplomática únicamente en casos de denegación de justicia, mientras otras como la Constitución de Perú que, en su artículo 32 excluía, en todo escenario, la posibilidad de un extranjero de acudir a la protección diplomática. Ver: García Mora, M.R. «The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law». *Marquette Law Review*, 1950, vol. 33, issue n.° 4, pp. 206-207.

33 El segundo párrafo de dicha resolución sigue así: «La nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros ningunas otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas en igual caso por la Constitución y las leyes».
Primera Conferencia Internacional Americana, resolución «Reclamaciones e intervención diplomática», adoptada el 18 de abril de 1890. Recuperado de: http://www.dipublico.org/12822/reclamaciones-e-intervencion-diplomatica-primer-conferencia-internacional-americana-1889/.

34 La Convención relativa a los Derechos de Extranjería recogió textualmente las disposiciones de la resolución citada *supra.* En la misma línea, reducía la posibilidad de los extranjeros de recurrir a la protección diplomática únicamente a casos de denegación de justicia o vulneración de principios del derecho internacional. *Cfr*. Segunda Conferencia Internacional Americana, Convención relativa a los Derechos de Extranjería, 1901-1902. Recuperado de: http://www.dipublico.org/12869/convencion-relativa-a-los-derechos-de-extranjeria-segunda-conferencia-internacional-americana-1901-1902/.
Le siguió la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados que, en su artículo noveno plasmó la competencia territorial del Estado sobre extranjeros, afirmando la igualdad de estos últimos con los nacionales. *Cfr*. Séptima Con-

Así las cosas, como ha quedado evidenciado, en su desarrollo inicial el derecho internacional de las inversiones se caracterizó por un tránsito de la reciprocidad en la elaboración de sus reglas a la imposición de los Estados exportadores de capital al resto de Estados.[35] Esta característica permite entender por qué el derecho internacional de las inversiones se gestó como un mecanismo de protección únicamente del inversionista.[36]

El estado actual del derecho internacional de las inversiones evidencia que la concepción de propiedad, riqueza, economía y regulación que buscaron implantar los Estados exportadores de capital, venció a los postulados latinoamericanos. No obstante, debemos hacer una referencia especial al amplio debate sobre expropiación que tuvo lugar en la década de los setenta del siglo pasado, y que preparó el camino para la revitalización del derecho internacional de las inversiones que llegaría de la mano de los tratados bilaterales de inversión.

Este debate se tradujo en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por aplastante mayoría, mediante resolución n.° 3281 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Si bien la mayoría de principios recogidos en la resolución permanecen incontestados, su artículo 2 (b) —que refleja los postulados latinoamericanos, y que es una disposición hoy vetusta— denegó la posibilidad de recurrir a algún mecanismo de resolución de controversias, distinto de las cortes locales para buscar compensación ante un acto expropiatorio del Estado.

---

ferencia Internacional Americana, Convención sobre derechos y deberes de los Estados, 1933. Recuperado de: http://www.dipublico.org/14602/convencion-sobre-derechos-y-deberes-de-los-estados-septima-conferencia-internacional-americana-montevideo-1933/.

35 *Cfr*. Kates, M. *The origins…*, *cit*., p. 21.

36 *Ibidem*, p. 23.

La disposición, impulsada enérgicamente en el marco de las discusiones sobre el nuevo orden económico internacional, se tradujo en consecuencias desfavorables a la inversión extranjera directa; por ejemplo, numerosas expropiaciones no compensadas en la década de los setenta.

En buena cuenta, el derecho internacional de las inversiones responde a una racionalidad de protección de la propiedad del inversionista extranjero. Esto no equivale a afirmar, necesariamente, que los instrumentos de tutela de las inversiones extranjeras responden únicamente a un objetivo de protección del inversionista extranjero.[37] Más aún, sí permite concluir que la estructura del DII (es decir, el contenido de sus normas y los mecanismos procesales para garantizar su cumplimiento) responde a dicha racionalidad.

2.2. La ausencia de una estructura única y centralizada

A diferencia de otras áreas del derecho internacional, organizadas en torno a una base legislativa común y un mecanismo de adjudicación centralizado, el derecho internacional de las inversiones está compuesto por una densa red normativa, en la cual los tratados internacionales de inversión ocupan un rol destacado.

Los actuales tratados internacionales de inversión[38] datan de 1959, fecha en la que se suscribió el primer tratado de este tipo entre Alema-

---

[37] De hecho, la redacción de diversos tratados internacionales en materia de inversiones evidencia que la tutela y promoción a la inversión extranjera, no es sino *uno* de los objetivos que buscan asegurarse a través de dichos tratados; cuestión que merecerá un análisis detallado en el capítulo tercero de este trabajo.

[38] Tratados internacionales, de acuerdo a la definición ofrecida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: «[a]cuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular». Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc n.° A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331, en vigencia desde el 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. De acuerdo al número de partes contratantes, puede

nia y Pakistán.[39] El debate sobre el rol de las inversiones extranjeras y la protección que debía otorgárseles, como hemos visto en párrafos precedentes, es anterior a dicho evento y en cierta medida lo explica. Los Estados suscribían, en el marco histórico delineado, Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, que bien pueden considerarse los predecesores de los actuales tratados de inversión.[40] Estos tratados tenían por objeto regular el estatus jurídico de los extranjeros en el territorio de los Estados partes en una amplia heterogeneidad de aspectos, desde la protección a sus inversiones hasta la de sus derechos humanos, reafirmando la existencia y contenido del estándar mínimo de trato a extranjeros.[41]

Concluida la Segunda Guerra Mundial, la polarización del orbe impulsó que Tratados de Amistad, Comercio y Navegación se suscribieran por razones de geopolítica.[42] Sin perjuicio de lo cual, las presiones

---

tratarse de tratados bilaterales (de inversión) o tratados multilaterales (de inversión). *Cfr*. Barboza, J. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Zavala Editor, 2006.

39 *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investment*, 1961. Alemania, derrotada tras la Segunda Guerra Mundial, emprendió un programa activo de negociación y celebración de Tratados Bilaterales de Inversión. Únicamente, entre 1957 y 1990, Alemania había negociado alrededor de setenta tratados de este tipo.

40 Si bien no es objetivo del presente trabajo brindar un panorama detallado del desarrollo histórico del derecho internacional de las inversiones, debe señalarse que junto a los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación suelen citarse las Capitulaciones (o *unequal treaties*) y las concesiones como antecesores de los actuales tratados en materia de inversión. *Cfr*. Kates, M. *The Origins…, cit*., pp. 24-30.

41 Por ejemplo, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1826, suscrito entre México y el Reino de la Gran Bretaña e Irlanda, incluía en sus arts. xiii y xiv, protecciones sustantivas relativas al trato de los ciudadanos de ambos Estados. De igual manera, y en un ámbito regional, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1876 suscrito entre Perú y Chile, recogía protecciones del mismo tipo en su art. ii. La característica se mantuvo en el tiempo, a modo de ejemplo, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1954, suscrito entre Estados Unidos de América y la República Federal de Alemania, incluía en su artículo i una referencia conjunta al trato justo y equitativo que los Estados se obligaban a otorgar a sus ciudadanos, y a la libertad de comercio y navegación.

42 Pauwelyn, J. «*Rational…*, *cit*., p. 20.

diplomáticas propias de la Guerra Fría, llevaron a que muchos Estados dejasen de recurrir a estos instrumentos internacionales, situación que aunada a la necesidad de una protección más específica a las inversiones ante la ola de nacionalizaciones de finales de 1960, llevó a países como Estados Unidos de América, a poner fin a su programa de Tratados de Amistad, Comercio y Navegación.[43]

A la par, algunos países europeos comenzaron a negociar tratados bilaterales (siguiendo el modelo alemán) que, a diferencia de sus pares orientados al comercio, buscaban establecer un particular régimen jurídico de protección a las inversiones realizadas por los nacionales de un Estado en el territorio de otro Estado.[44] Hacia inicios de la década de 1980, Estados Unidos de América decidió seguir el ejemplo europeo y emprendió un programa de negociación de tratados de ese tipo.[45]

---

[43] John F. Coyle da cuenta del último Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito por los Estados Unidos de América con Tailandia en 1967. *Cfr*. Coyle, J.F. «The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era». *Columbia Journal of Transnational Law*, 2013, vol. 5, p. 309.

[44] *Cfr*. Salacuse, J.W. «BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact on Foreign Investment in Developing Countries». *The International Lawyer*, 1990, vol. 24, p. 657.

[45] La negociación de TBI fue propuesta, años antes, durante la Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo llevada a cabo en La Habana en 1947. Dicha conferencia reunida con el mandato de establecer una Organización Internacional del Comercio, adoptó la Carta de La Habana («Havana Charter»), que en el inciso 1.d. de su art. 12, dispone: «[l]os intereses de los Miembros cuyos nacionales se encuentren en condiciones de proporcionar capitales para inversiones internacionales, así como los miembros que deseen hacer uso de tales capitales para fomentar su desarrollo económico o reconstrucción, pueden promoverse si tales miembros conciertan convenios bilaterales o multilaterales respecto a las oportunidades y seguridad que los miembros estén dispuestos a ofrecer a las inversiones, así como a las limitaciones que estén dispuestos a aceptar [...]». Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo. Acta final y documentos conexos. E/CONF.2/78. Nueva York, 1948, p. 16. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf.
Esta primera generación de TBI, en gran parte, sigue el modelo de la «Draft Convention on Investment Abroad» (*Abs-Shawcross Draft Convention*), una iniciativa

La desaparición del bloque de países comunistas, seguida de la transición de dichos Estados de una economía planeada centralmente a una economía de mercado, ha sido relevante en la *evolución dramática* [46] del derecho internacional de las inversiones[47] y la proliferación de tratados de inversión.[48] El número de tratados de inversión ha crecido exponencialmente desde 1980, año en el que se registraban 381 de estos tratados hasta la actualidad, cuyo número se calcula en 3,322.[49]

El común de tratados de inversión, han sido celebrados entre Estados en distintas etapas de desarrollo,[50] razón por la cual los objetivos en

---

privada que data de 1959. *Cfr*. Abs, H. y H. Shawcross. «The proposed Convention to Protect Private Foreign Investment: A round table». En *Journal of Public Law* (actualmente, *Emory Law Journal*), 1960, vol. 1, pp. 115-118.

46 Tomando prestada la caracterización de la evolución de estos tratados que hiciera Sacerdoti, G. «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1997, vol. 269, p. 262.

47 Evolución igualmente caracterizada por una creciente liberalización de las políticas nacionales relativas a la inversión extranjera directa. De igual modo, esta evolución se evidencia en el cambio de discurso legal en torno a la inversión extranjera, de uno centrado en el debate del régimen de derecho internacional público en torno al tratamiento de extranjeros y a las competencias territoriales de los Estados; a uno centrado en maneras de atraer inversión extranjera, a fin de propiciar el desarrollo de los Estados receptores de la inversión. *Cfr*. United Nations Conference on Trade and Development (Unctad). *International Investment Agreements: Key Issues*. New York y Ginebra, 2004, vol. 1, p. 12.

48 *Cfr*. Salacuse, J.W. «The Treatification of International Investment Law». En *Law and Business Review of the Americas*, 2007, vol. 13. Dicho proceso ha venido marcado por un cambio en la percepción de la cooperación económica y la necesidad de las inversiones extranjeras para alcanzar mejores niveles de desarrollo. Muestra de ello son los cambios regulatorios en los últimos años realizados, con el fin de liberalizar las inversiones extranjeras. De conformidad con la Unctad, las políticas de liberalización y promoción en el mundo aumentaron en 11% del 2013 al 2014. Unctad, *World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance*. Nueva York y Ginebra, 2015, p. 102.

49 Unctad. *Informe sobre las inversiones en el mundo*. Nueva York y Ginebra, 2018, p. 21.

50 Concedido que es más adecuado referirse a «Estados en distintas etapas de desarrollo» y no a los términos dicotómicos «país desarrollado-país subdesarrollado»,

la negociación de los respectivos tratados no son siempre los mismos.[51] Así, mientras países exportadores estarán motivados por la protección a las inversiones de sus nacionales en su territorio, países importadores buscarán concluir tratados de este tipo para atraer inversiones en su territorio[52] u obtener apoyo político de otro Estado.[53] En paralelo, la última generación de tratados de inversión ha vuelto la mirada sobre el desarrollo que la inversión extranjera directa *debe* propiciar en los Estados receptores de la inversión.[54] De modo tal que, hoy en día, esta dualidad de objetivos —protección de las inversiones y promoción del desarrollo— subsiste en un número relevante de tratados de inversión.

---

pues como ha apuntado adecuadamente el profesor Sacerdoti: «The very distinction between developing and developed countries, as the basis of a duality reflecting itself also in international legal regimes, has lost some of its importance […]. From an economic point of view, and, therefore, for the purpose of international aid, countries are being distinguished in various groups according to the average individual income, while "least developing countries" have been singled out». Sacerdoti, G. «Bilateral…», *cit*., p. 284.

51 Empero, una categoría de acuerdos conocidos como *South-South International Investment Agreements* ha proliferado de manera creciente, estos acuerdos internacionales son celebrados entre dos economías en desarrollo y deben su incremento a la capacidad creciente de los países en vías de desarrollo de importar y exportar capitales. *Cfr*. Unctad. *South-South Cooperation in International Investment Agreements. Unctad Series on International Investment Policies for Development.* Nueva York y Ginebra, 2005.

52 No obstante, la relación causal entre la celebración de tratados de inversión y la atracción de mayor inversión extranjera directa es un tema de amplio debate. Concordamos con Pauwelyn cuando señala que: «If the only main goal of international investment law were to increase FDI flows, this would be a serious puzzle, if not evidence of the system's failure». Pauwelyn, J. «*Rational*…, *cit*., p. 40. Al respecto, consultar: Yackee, J. W. «Do Bilateral Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence». *Virginia Journal of International Law*, 2010, vol. 51, n.° 2 y Neumayer, E. y L. Spess. *Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? LSE Research Online*, 2005. Recuperado de: http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627.

53 *Cfr*. Salacuse, J.W. *BIT by BIT*…, *cit*., p. 662.

54 Unctad. *World*…, *cit*., p. 124.

En términos generales, los tratados de inversión se caracterizan por recoger una serie de garantías —sustantivas y procesales— a favor del inversionista. Estas garantías constituyen obligaciones internacionales recíprocas de los Estados contratantes[55] y hacen parte del actual estado de protección a las inversiones extranjeras bajo el derecho internacional. En buena cuenta, los tratados de inversión (y, notablemente, los tratados bilaterales de inversión) se han convertido en la fuente por excelencia del derecho internacional de las inversiones, ahí donde aún no se han desarrollado normas de derecho internacional consuetudinario comúnmente aceptadas por la generalidad de la comunidad internacional.[56]

Por último, debe ponerse de relieve que el derecho internacional de las inversiones no está conformado únicamente por disposiciones convencionales contenidas en tratados bilaterales. A nivel convencional, también existen tratados regionales que han servido de base para importantes arbitrajes de inversión. Para ilustrar, el Tratado de la Carta

---

[55] Sacerdoti señala con acierto que, sin embargo, esto no siempre fue así. Algunos tratados bilaterales de inversión concluidos por Francia protegían exclusivamente las inversiones francesas. Por ejemplo: Francia-Indonesia (1973); Francia-Yugoslavia (1974); Francia-Korea (1975). Sacerdoti, G. *Bilateral…*, *cit*., p. 265.

[56] Efectivamente, la insuficiencia del derecho internacional consuetudinario para lidiar con las crecientes disputas relativas a inversiones es un factor relevante en la proliferación de tratados de inversiones. La Corte Internacional de Justicia reflejó este estado del arte en su decisión del caso *Barcelona Traction*. Allí apuntó «Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of the international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of States have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane».
Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium vs. Spain), *judgment*, 5 de febrero de 1970, pp. 46-47.

de la Energía,[57] el Tratado de Libre Comercio de América del Norte,[58] el Tratado de Lisboa,[59] entre otros.[60]

De igual modo, en adición a las reglas de derecho internacional consuetudinario que aún juegan un rol importante en la tutela de la inversión extranjera directa,[61] un cuerpo cada vez más creciente de normas de *soft law*[62] siguen apareciendo. A modo de ejemplo, *The Guidelines for the*

---

[57] Adoptado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 por la Conferencia Europea sobre el Tratado de la Energía y en vigor desde el 16 de abril de 1998. La Parte III del Tratado titulada *Investment Promotion and Protection,* recoge protecciones a modo similar que un TBI.

[58] En vigor desde el 1 de enero de 1994. El Capítulo 11 del Tratado recoge disposiciones relativas a la protección de las inversiones de los Estados parte.

[59] En vigor desde el 1 de diciembre de 2009 y que, en resumidas cuentas, incorpora las competencias relativas a inversión extranjera directa a la política comercial comunitaria de la Unión Europea.

[60] Mención aparte merecen los tratados que, si bien no recogen obligaciones en materia de inversiones, regulan los procesos arbitrales de inversión. Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado («Convención de Mauricio sobre Transparencia») o la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras («Convención de Nueva York»).

[61] Ilustrativamente, la discusión doctrinaria y práctica del contenido del estándar de trato justo y equitativo, tiene como protagonista al estándar mínimo de tratamiento de extranjeros bajo el derecho internacional consuetudinario.

[62] En líneas generales, una «norma» de *soft law* es un instrumento internacional que adolece de carácter vinculante —en contraposición a los tratados— y que recoge, más bien, disposiciones de carácter social. Las disposiciones de *soft law* suelen presentarse en una amplia variedad de formas: observaciones generales de órganos supervisores de tratados internacionales, resoluciones de organismos internacionales, lineamientos o directrices de conducta de asociaciones de la sociedad civil, etc. A pesar de su carácter no vinculante, los instrumentos de *soft law* tienen un rol esencial en el desarrollo del derecho internacional. Esto, en la medida de que suelen ser precursores de tratados internacionales con disposiciones similares y, a la vez, estimulan la práctica estatal tendiente a la formación de costumbre internacional. Para un análisis más detallado: Shelton, D.L. *Soft Law*, *Public Law and Legal Theory Working Paper n.° 322. The George Washington University Law School*, 2008.

Treatment of Foreign Direct Investment del Banco Mundial,[63] *The Investment Policy Framework for Sustainable Development*[64] de la Unctad, las Líneas Directrices de la OECD para Empresas Nacionales,[65] *The Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) Non-Binding Investment Principles,* entre otras.[66]

---

63 Los lineamientos fueron presentados por el Grupo de Trabajo del Comité de Desarrollo del Banco Mundial con el cometido de establecer «a set of *guidelines* embodying commendable approaches which would not be legally binding as such but which could greatly influence the development of international law in this area in view of their preparation by organizations of universal membership after broad consultations and their eventual issuance by no less an authority than the Development Committee». The World Bank Group. *Legal Framework for Foreign Investment. The Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, vol. 2. Recuperado de: www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/11/10/000094946_99090805303082/Rendered/PDF/multi_page.pdf.

64 Los lineamientos cuentan con una versión actualizada al 2015 y se enfocan en contribuir a una nueva generación de políticas de promoción y protección de la inversión. Como queda expresado en el Resumen Ejecutivo de los lineamientos: «Mobilizing investment and ensuring that it contributes to sustainable development is a priority for all countries. A new generation of investment policies is emerging, pursuing a broader and more intricate development policy agenda, while building or maintaining a generally favourable investment climate». Unctad. *Investment Policy Framework for Sustainable Development.* UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, p. 6. Recuperado de: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

65 Las Directrices «Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conforme a las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover». OECD. Líneas Directrices de la OECD para Empresas Nacionales. París: OECD Publishing, 2013, p. 6. Recuperado de: http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf.

66 Si bien los instrumentos citados reflejan una tendencia concomitante con la del desarrollo e importancia de la inversión extranjera directa, ésta no ha sido reflejada en instrumentos multilaterales de carácter vinculante. El fallido Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OECD es el ejemplo más latente de ello. A propósito de éste, puede consultarse: Crespo, A. *El Acuerdo Multilateral de Inversiones. ¿Una crisis de un modelo de globalización?* Madrid: Fundación Centro de Estudios Comerciales, 2000.

Si a las fuentes mencionadas añadimos una compleja red de disposiciones de derecho interno (legislación en materia de inversión privada), acuerdos entre inversionistas y Estados, decisiones de tribunales arbitrales que resuelven controversias de inversión, decisiones de tribunales domésticos que resuelven asuntos relativos a inversiones extranjeras y una creciente doctrina especializada; el resultado es un complejo *régimen* descentralizado, cuya formación y evolución es progresiva y orgánica.

2.3. De la protección diplomática al arbitraje inversionista-Estado: El exclusivo ius standi de los inversionistas

Como ha sostenido Pauwelyn, la etapa inicial del desarrollo del derecho internacional de las inversiones, se caracterizó por una visión comunal en virtud de la cual el daño causado a un miembro de la comunidad, era un daño a la comunidad y de la cual se siguió el uso de la fuerza en la tutela de los derechos de los nacionales.[67] Esto nos permite hablar de la tutela efectiva de los derechos de los inversionistas extranjeros en el marco del desarrollo histórico del derecho internacional de las inversiones.

En un primer estadio de desarrollo, la protección de los intereses de inversionistas extranjeros se lograba a través de la identificación de los fines perseguidos por éstos y aquéllos perseguidos por los Estados de los que eran nacionales. Esta identificación es de larga data y tiene un hito importante en la interdependencia entre las compañías para el comercio transfronterizo y las potencias europeas de la época del expansionismo.[68]

Un ejemplo emblemático de lo anterior es la labor que realizó la Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales (VOC, por sus siglas en

---

[67] Pauwelyn, J. «Rational…», *cit.*, p. 20.

[68] *Cfr.* Kates, M. *The Origins…*, *cit.*, p. 33.

neerlandés).[69] VOC contaba con poderes soberanos delegados, con lo que no perseguía únicamente fines comerciales, sino también políticos, los cuales incluían anexar territorios, establecer territorios de jurisdicción extraterritorial, etc. Tanto VOC como otras compañías que siguieron el mismo esquema,[70] jugaron un papel esencial en el desarrollo de las doctrinas de derecho internacional impulsadas desde Europa. Así, resulta paradigmático que Hugo Grocio escribiera su tratado *De Iure Pradae* por encargo directo de VOC[71] para justificar sus actos contra Portugal.[72]

En un segundo estadio de evolución, la alineación de intereses Estado- inversionista evolucionó en el instituto de la protección diplomática.

---

[69] La *Vereenigde Oost-Indische Compagnie* fue establecida en 1602 por los Estados Generales de los Países Bajos para hacer frente al dominio portugués sobre el comercio europeo-asiático. Para un desarrollo más amplio de la historia de VOC y de su estructura, consultar: KATES, M. *The Origins…*, *cit.*, pp. 32-40.

[70] Por ejemplo, la Compañía Británica de las Indias Orientales o *English East India Company* (EIC) establecida por la Reina Isabel I en el año 1600 y con propósitos similares a los de VOC y la Compañía Francesa de las Indias Orientales o *Compagnie Francaise pour le commerce des Indes Orientales* creada por el Rey Luis XIV en 1664.

[71] Existe evidencia de que Grocio fue comisionado por VOC para llevar a cabo una defensa de sus actos, pero no hay evidencia de que el texto del autor hubiese sido utilizado en la práctica. Como ha señalado, con adecuada valoración, Ileana Porras: «It could also be argued, however, that the events surrounding the seizure and the legal, political, economic, and moral questions it gave rise to, served as a vehicle for Grotius to study and then expand upon recent scholarship on sovereignty and just war theory, to reflect on the subject of property and natural rights, and to develop some original ideas concerning the role of commerce in international relations». PORRAS, I.M. «Constructing International Law in the East Indian Seas: Property, Sovereignty, Commerce and War in Hugo Grotius, *De iure praedae*-The Law of Prize and Booty, or "On How to Distinguish Merchants from Pirates"». *Brooklyn Journal of International Law*, 2006, vol. 31, issue 3, pp. 746-747. Porras discute la estrecha relación entre comercio y guerra en el desarrollo del derecho internacional a partir del aporte de Grocio.

[72] Específicamente, la toma del buque portugués Santa Catarina y la confiscación, por parte de autoridades danesas, de los tesoros que en él había, cuya procedencia se encuentra en los territorios asiáticos bajo dominio ibérico.

Emmerich De Vattel, en el siglo xviii, ofreció el primer desarrollo conceptual de la materia. De Vattel partió de una constatación muy simple: los ciudadanos de un Estado pueden sufrir vulneraciones —a sus *derechos*—[73] por miembros de otro Estado en territorio de este último. A partir de esto, De Vattel hizo una afirmación de trascendental importancia para el desarrollo del derecho internacional:

> Quien sea que maltrate a un ciudadano, indirectamente ofende al estado (sic), quien está obligado a proteger a este ciudadano; y el (estado) soberano de este último debe vengar dichos actos, castigar al agresor, y, si es posible, obligarlo a una reparación completa, pues de otro modo el ciudadano no obtendría el fin supremo de la sociedad, cual es, la seguridad.[74]

---

[73] Luego, estos derechos no debían ser únicamente intereses patrimoniales, sino derechos de orden fundamental que representaran, de algún modo, principios básicos e inviolables aceptados por la comunidad internacional como tales. Como señaló Fachiri: «I do not think it can be doubted that there are certain fundamental rights, the violation of which in respect to aliens constitutes in itself, and without regard to the question of equality of treatment, an injury to the state of the alien for which that state is entitled to obtain redress. The reason for this rule is that international law has grown up among communities having a civilization, culture and moral conceptions of, more or less, the same kind, with certain basic ideas common to all, and, therefore, in their relations with one another civilized states are expected to conform to a certain standard of conduct. One state, in dealing with the subjects of another, comes into relation with the latter and so commits a breach of international law if it falls below the accepted standard». Fachiri, A.P. «International Law and the Property of Aliens». En *British Journal of International Law*, 1929, vol. 10, p. 33.

[74] [Traducción nuestra]. De Vattel, E. *The Law of Nations; or Principles of the Law of Nature, applied to the conduct and affairs of Nations and Sovereigns. Book II.* Philadelphia: T.&J. W. Johnson Law Bookshellers, *6th American Edition,* 1844, §72 p. 161. De Vattel luego ofrece, lo que es una idea que siglos después habría de recoger la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, una salvedad tratándose de personas privadas quienes atenten contra ciudadanos extranjeros y no, directamente, el Estado. Así, señala: «We ought not, then, to say, in general, that we have received an injury from a national because we have received it from one of its members. But, if na-

Esto es lo que en materia de protección diplomática se ha clasificado como daño indirecto; es decir, daños causados a personas naturales o jurídicas a las que se subroga el Estado.[75]

No es éste el lugar para ofrecer un análisis exhaustivo de la protección diplomática, pero sí efectuaremos algunas consideraciones que nos permitan entender la posterior aparición y proliferación del arbitraje como medio de solución de controversias por antonomasia en el derecho internacional de las inversiones. Efectuaremos estas consideraciones en torno a los desarrollos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al respecto[76] y a la jurisprudencia internacional.

---

tion or its chief approves and ratifies the act of the individual, it then becomes a public concern; and the injured party is, to consider the nation as the real author of the injury, of which the citizen was perhaps only the instrument». De Vattel, E. *The Law…*, *cit.*, §§74 -75 p. 162.

75 De manera similar, el exrelator de Naciones Unidas sobre protección diplomática intentó una descripción normativa de protección diplomática en los siguientes términos: «las medidas que adopte un Estado contra otro Estado en relación con un perjuicio a la persona o a los bienes de un nacional causado por un acto o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado». Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Informe preliminar sobre la protección diplomática del señor John R. Dugard*. Relator especial. Documento n.° A/CN.4/506, 7 de marzo y 20 de abril de 2000, párr. párr. 33.

76 En 1995, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas incluyó el tema de protección diplomática dentro de su agenda, con la anuencia de la Asamblea General. El tema permaneció en la agenda de la Comisión hasta el año 2013.

La protección diplomática[77] se funda en una *ficción jurídica*,[78] en virtud de la cual el Estado reclama en derecho propio aquella pretensión de titularidad del individuo.[79] Esta concepción denominada «tradicio-

---

[77] Es oportuno mencionar que los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas incluyen una distinción entre protección diplomática y asistencia consular. El exrelator John R. Dugard recogiendo diferencias fundacionales de ambos institutos, apuntaba: «[s]e constatan tres diferencias estructurales que debieran servir de guía para distinguir entre ambas instituciones. Primera, la limitada naturaleza de las funciones previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares […] por oposición a la función menos limitada de los diplomáticos legislada en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; segunda, la diferencia en el nivel de representación entre la asistencia consular y la protección diplomática; y, tercera, la naturaleza preventiva de la asistencia consular, por oposición a la naturaleza paliativa de la protección diplomática». Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Séptimo Informe sobre la protección diplomática del señor John R. Dugard. Relator especial. Documento n.° A/CN.4/567, 7 de marzo de 2006, párr. 17. De igual modo, consultar sobre la diferencia entre ambos institutos: Vermeer-Künzli, A.M. *The protection of individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as Human Rights Instrument. Doctoral Thesis*. Leiden University, 2007, pp. 78-98. Recuperado de: https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12538. Tampoco confundir la protección diplomática con la protección funcional que pueden ejercer las organizaciones internacionales en relación a sus agentes. Al respecto, ver Díez de Velasco, M. *Instituciones…, cit*., pp. 80-81.

[78] International Law Commission. *Draft of Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*. UN Doc. n.° A/61/10, 2006. Comentario al artículo 1.

[79] En una cita clásica sobre el tema, la Corte Permanente de Justicia Internacional («CPJI»), en su decisión sobre jurisdicción del asunto de las concesiones de Mavrommatis en Palestina, sentó jurisprudencia: «It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law». *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece vs. Great Britain). (Jurisdiction)*, 30 de agosto de 1924, Rep. Series A, n.° 2. En el mismo sentido, en el asunto del Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis, la CPJI señaló que «[i]n taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international

nal» ha sido objeto de diversas críticas,[80] toda vez que negar personalidad jurídica al individuo en el derecho internacional no es acorde con sus características contemporáneas.[81] No obstante, y en la medida de

judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law». *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case (Judgment)*, 28 de febrero de 1939, Rep. Series A/B, n.° 76. También, en palabras de Lauterpacht: «By a universally recognised customary rule of International Law every State holds a right of protection over its citizens abroad […] every State is entitled to exercise this right when one of its subjects is wronged in his person or property, either by the State itself on whose territory such person or property is for the time being, or by the officials or the citizens of such State…». *Cfr*. LAUTERPACHT, H. (ed.). *Oppenheim's International Law*, 1955, vol. 1, 8.ª edición, pp. 638 y 686.

80 En palabras del primer relator de Naciones Unidas sobre protección diplomática, Mohamed Bennouna, se puede expresar la crítica central de la siguiente manera: «Si se considera que el Estado de la nacionalidad del perjudicado reclama en el plano internacional que se respete su «propio derecho» (por remisión a la famosa «norma mínima» de trato reconocida por el derecho internacional a los extranjeros), este derecho suele ser exactamente igual que el que se reconoce al perjudicado en el plano interno […]». COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe preliminar sobre la protección diplomática del señor Mohamed Bennouna.* Relator especial. Documento n.° A/CN.4/484, 4 de febrero de 1998, párr. 21. Se ha argumentado también que, de tenerse la concepción clásica como correcta, las reglas de nacionalidad continúan exigidas a los nacionales y la medida de la responsabilidad del Estado a través del daño causado al nacional, carecerían de sentido.

81 Se han citado ampliamente en los Informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre el tema, el caso del *ius standi* del individuo en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional de las inversiones a través de los mecanismos de resolución de controversias previstos en los TBI y el caso histórico de las comisiones de reclamaciones. El exrelator, John R. Dugard, señaló al respecto: «La protección diplomática, los tratados bilaterales sobre inversiones y los tratados de derechos humanos son mecanismos destinados a proteger a personas que han sufrido un daño de resultas de un hecho internacionalmente ilícito. Tienen por objeto complementarse y apoyarse mutuamente en la consecución de ese objetivo». COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Quinto Informe sobre la protección diplomática del señor John R. Dugard.* Relator especial. Documento n.° A/CN.4/538, 4 de marzo de 2004, párr. 43.

que la protección diplomática se funda en el derecho internacional consuetudinario,[82] parece correcto afirmar que en su génesis, la subrogación por parte del Estado, permitía eludir la falta de acceso directo a los nacionales a la justicia internacional.[83]

De la legitimación activa descrita se desprende que el Estado posee la discrecionalidad de ejercer la protección diplomática o abstenerse de hacerlo.[84] Se sigue, entonces, que, en el último caso, el ciudadano podría quedar sin recurso efectivo frente al presunto daño sufrido.[85] Si bien existen algunas consideraciones en relación a la protección diplomática de no ciudadanos,[86] éstas no hacen la regla general.

---

[82] Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Protección Diplomática Informe del Grupo de Trabajo*, n.° A/CN.4/L.553. Ginebra y Nueva York, 1998, párr. 2.a).

[83] Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Protección Diplomática. Informe del Grupo de Trabajo*, n.° A/CN.4/L.537. Ginebra, 12 de mayo a 18 de julio de 1997, párr. 17. Asumiendo *arguyendo* que el Estado podrá ejercer protección diplomática únicamente sobre sus nacionales. Esto último lo ha puesto de manifiesto la CIJ en su Opinión Consultiva del caso *Reparación de daños sufridos por los agentes de las Naciones Unidas en el ejercicio de sus funciones*, del siguiente modo: «The first is that the defendant State has broken an obligation towards the national State in respect of its nationals. The second is that only the party to whom an international obligation is due can bring a claim in respect of its breach». *Reparation for injuries suffered in the service of the Nations (Advisory Opinion)*. *ICJ Reports 1949*, 11 de abril de 1949, pp. 181-182.

[84] *Case Concerning The Barcelona Traction*…, *cit*., p. 43.

[85] Como se hizo de salvamento anteriormente, no parece ser éste un escenario muy probable ante el creciente *ius standi* del individuo ante distintos foros de derecho internacional. Sin perjuicio de lo cual, es también correcto afirmar que la personalidad jurídica del individuo en el derecho internacional es aún bastante limitada. *Cfr*. Díez de Velasco, M. *Instituciones…, cit*., p. 896.

[86] Por ejemplo, el caso de los apátridas y los refugiados con residencia habitual en el Estado que invoca la protección diplomática. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. «Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática». En *Yearbook of the International Law Commission*. *Part Two*, 2006, vol. ii, art. 8.

Aunado a lo anterior, el nacional cuya pretensión es esposada por su Estado, está ante la obligación, de derecho internacional consuetudinario,[87] de agotar los recursos internos que a su favor dispone el Estado que lo acoge. Éstos comprenden todos aquellos recursos legales que ofrezcan al agraviado cierta posibilidad de éxito.[88] Adicionalmente, deberá verificarse, como lo han puesto de relieve Novak y García-Corrochano, que la conducta del litigante tienda al éxito de la causa.[89]

---

[87] Como sostuviera la CIJ en el Caso de la *Interhandel:* «The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law; the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law». *Interhandel Case (Switzerland vs. United States of America). (Judgment), ICJ Reports 1959*, 21 de marzo de 1959. En la misma línea, en su voto disidente del *Asunto del Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, el juez Hudson puso de relieve que: «It is a very important rule of international Iaw that locaI remedies must have been exhausted without redress before a State may successfully espouse a clairn of its national against another State. This is not a rule of procedure. It is not merely a matter of orderly conduct. It is a part of the substantive law as to international; *i.e.*, State-to-State, responsibility». *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case (Dissenting Opinion by Mr. Hudson).* Rep. Series A/B n.° 76, 28 de febrero de 1939, p. 47.

[88] COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Segundo Informe sobre la protección diplomática del Sr. John R. Dugard.* Relator especial. Documento n.° A/CN.4/514, 28 de febrero, 27 de julio y 7 de agosto de 2001*,* párr. 12. En el mismo sentido, el tribunal arbitral del asunto Ambatielos, señaló: «In order to contend successfully that international proceedings are inadmissible, the defendant State must prove the existence, in its system of internal law, of remedies which have not been used. The views expressed by writers and in judicial precedents, however, coincide in that the existence of remedies which are obviously ineffective is held not to be sufficient to justify the application of the rule. Remedies which could not rectify the situation cannot be relied upon by the Defendant State as precluding an international action». *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*). Reports of International Awards, 1956, vol. XII, p. 119.

[89] *Cfr*. NOVAK, F. y L. GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho internacional público. Solución pacífica de controversias.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, tomo III, p. 366. Así, en el citado asunto Ambatielos, el tribunal arbitral examinó el uso efectivo de los recursos que el Estado ponía a disposición del presunto agraviado. Determinó así que la negligencia del señor

Ahora bien, reseñábamos en párrafos precedentes que a los desarrollos del derecho internacional moderno en relación al trato a personas extranjeras (que, ciertamente, incluyen el instituto de la protección diplomática) siguió una reacción antagónica por parte de los Estados latinoamericanos expresada en la Doctrina Calvo. En ese contexto, la protección diplomática solía ser una premisa para el intervencionismo militar en el Estado receptor de la inversión.[90] En respuesta, la cláusula Calvo permitía renunciar a la protección diplomática y limitar la tutela a los recursos de la jurisdicción local.

Sin embargo, y en la medida de que aquélla se erigía sobre la ficción jurídica del daño indirecto, hubo Estados que sostuvieron que la existencia de la cláusula no afectaba su derecho a intervenir a favor de algún ciudadano.[91] El resultado de esta tensión fueron intervenciones

---

Ambatielos de llamar a un testigo clave para su caso constituía una conducta contraria a la exigida por la regla consuetudinaria de agotamiento de recursos internos. *Cfr*. *The Ambatielos…., cit*., p. 124.

90 Kates lo ha expresado de la siguiente manera: «With the enmeshing of state and investor interests in the principles of diplomatic protection, capital-exporting states were able to exert control over the investment protection process and ensure their wider commercial and political objectives were also met». *Cfr*. Kates, M. *The Origins…, cit.,* p. 49

91 Por ejemplo, Borchard citando la práctica del Departamento de Estado de los Estados Unidos recogió la actitud renuente de este último de dar completa efectividad a las disposiciones de la cláusula Calvo en relación a sus ciudadanos. Borchard, E. *The Diplomatic…, cit*., pp. 796-797. Por su parte, Kates ha recogido la práctica diversa de Estados Unidos y del Reino Unido en relación al tema. *Cfr*. Kates, M. *The Origins…, cit.,* pp. 52-55. Finalmente, en la doctrina, Díez De Velasco se ha mostrado favorable a una interpretación que limita los efectos de la cláusula Calvo, en respuesta a la ficción jurídica en la que se sustenta la protección diplomática. *Cfr*. Díez de Velasco, M. *Instituciones…, cit*., p. 899. En la jurisprudencia internacional también encontramos algunos intentos de restar efectividad a la cláusula Calvo, para ilustrar: el tribunal arbitral del asunto *North American Dredging Co. of Texas* —caso de la ya mencionada Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos de América—, efectuando una distinción entre el aspecto contractual de la causa y aquellas obligaciones bajo derecho internacional, señaló que: «The present stage of international law imposes upon every inter-

en distinto grado en países de la región, como se traduce en ejemplos citados *supra*.

En buena cuenta, la protección diplomática presentó —y presenta— latentes limitaciones a la protección efectiva del inversionista extranjero y de sus inversiones.[92] Adicionalmente, el recurso al instituto de protección diplomática también representó una amenaza para distintos Estados y un medio para perseguir sus intereses políticos y comerciales en el orbe a través del uso de la fuerza.[93]

---

national tribunal the solemn duty of seeking for a proper and adequate balance between the sovereign right of national jurisdiction, on the one hand, and the sovereign right of national protection of citizens on the other. No international tribunal should or may evade the task of finding such limitations of both rights as will render them compatible within the general rules and principles of international law». *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) vs. United Mexican States*. *Reports of International Arbitral Awards*, 31 March 1926, vol. iv, p. 27. En comentario a este caso, García-Amador ha interpretado que «An analysis of the Calvo Clause through international jurisprudence shows quite clearly that what the alien is waiving is not, strictly speaking, the right of diplomatic protection in his favor […] in such situations the State must be entitled to claim, but on account of an act or omission which trascends the particular treatment given to alien and the particular injury sustained by him. In other words, responsibility will be entailed on different grounds, and so the international claim will be admisible regardless of the alien's waiver of diplomatic protection». García-Amador, F.V. *The Changing…*, vol. 2…, *cit*., p. 488.

92 El profesor Brierley lo ha explicado acertadamente en los siguientes términos: el individuo «has no remedy of his own, and the State to which he belongs may be unwilling to take up his case for reasons which have nothing to do with its merits; and even if it is willing to do so, there may be interminable delays before, if ever, the defendant State can be induced to let the matter go to arbitration. Delay, besides being unjust to the claimant, creates difficulties in securing satisfactory evidence, and also often leads to the original claim being exaggerated beyond all recognition». Brierley, J.L. *The Law of Nations*. Nueva York: Oxford University Press, 6.ª edición, pp. 665-666.

93 La Doctrina Calvo vio una revivificación en el artículo 2.4. de la Carta de las Naciones Unidas, el cual proscribe el uso de la fuerza en el cobro de deudas.

Sin perjuicio de lo cual, la importancia de la protección diplomática en la tutela de la inversión extranjera no debe ser eliminada *a priori*. En 1970 la CIJ, en el caso de la *Barcelona Traction,* resaltó la relevancia de la protección diplomática en los siguientes términos: «Desde sus orígenes estrechamente relacionada al comercio internacional, la protección diplomática ha significado un particular impacto en el desarrollo de las relaciones económicas internacionales, y de las profundas transformaciones que han tomado lugar en la vida económica de las naciones».[94]

Dicha afirmación, sostenemos, no ha perdido vigencia.[95] Si bien es innegable que la aparición y proliferación de tratados de inversión y sus mecanismos de solución de controversias han otorgado mayor efectividad en la tutela de los derechos de inversionistas extranjeros, no es menos cierto que la protección diplomática ha evolucionado *pari passu*[96] otros mecanismos de garantía a las inversiones extranjeras, y aun cuando su recurso sea limitado, no se sigue de eso que sea ineficaz, como lo demuestra la reciente decisión de la CIJ en el caso *Diallo.*[97]

---

94 [Traducción nuestra]. *Case Concerning The Barcelona Traction*…, *cit*., p. 34.

95 Aun cuando algunos autores han sostenido la tendencia del instituto a su desaparición. *Cfr*. Novak, F. y L. García-Corrochano. *Derecho*…, *cit*., tomo iii, p. 385.

96 *Cfr*. Gertz, G. *The International Investment Regime is stronger than you think. Understanding the Interplay of Diplomatic, Insurance and Legal Approaches for Protecting FDI. GEG Working Paper n.° 2015/96. The Global Economic Governance Program*. Oxford: Oxford University, 2015. En este trabajo, el autor sostiene que el régimen de protección a la inversión extranjera es mucho más fuerte de lo que suele tenerse; ello, en virtud de la conjugación de medios de protección que tiene el inversionista a su disposición; *i.e*., protección diplomática, seguro de inversión contra riesgos políticos y arbitraje inversionista-Estado, los cuales funcionan de manera complementaria en el logro de sus fines.

97 En el caso *Diallo*, resuelto en 2010, Guinea acudió a la CIJ invocando protección diplomática sobre uno de sus ciudadanos, Ahmadou Sadio Diallo. El mismo había sido sujeto a arresto, detención y expulsión arbitral del Congo, Estado que, a la vez, expropió indirectamente sus inversiones. Nótese que este caso tiene todas las características de los casos en materia de inversiones resueltos ante tribunales arbitrales supranacionales. Esto debe leerse, entonces, como una muestra de que el recurso a la protección diplomática para la tutela de la inversión extranjera

Por su parte, aun si los desarrollos vertiginosos del derecho internacional de los derechos humanos permiten una tutela más efectiva de éstos, restan regiones del mundo cuyo acceso a mecanismos de esa naturaleza es limitado y, en cuyo caso, la protección diplomática viene a servir a los fines de tutela efectiva.[98] En este sentido, afirmamos con

---

directa no es cosa del pasado. En la misma línea, la doctrina ha señalado con acierto el rol de la protección en casos de incumplimiento de laudos arbitrales. Así, Collantes González ha enfatizado que: «en la situación en que un Estado denegara el cumplimiento de una decisión dictada por instancia arbitral a favor de una sociedad mercantil o de particulares, entonces, estaríamos frente al supuesto genuino en el cual el Estado del que la sociedad mercantil o el particular son nacionales, pudiera ejercer la protección diplomática». COLLANTES GONZÁLEZ, J. «La protección diplomática ¿retorno a lo interestatal cuando otros mecanismos han fallado?». En *Derecho*…. Collantes González, J. (dir.) y B. de la Vega Justribó (coord.), *cit*., p. 654.

98 El ya citado caso *Diallo* nos da una muestra de ello. El trato de que fue sujeto el señor Diallo constituyó, adicionalmente, una vulneración a sus derechos humanos. Al respecto, la CIJ puso de relieve la interconexión entre éstos y la protección diplomática, de la siguiente manera: «Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights». *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo)*. Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007, *ICJ Reports 2007*, p. 599. De manera similar, en el caso *La Grand*, Alemania ejerciendo protección diplomática sobre dos de sus ciudadanos arrestados en Estados Unidos, alegó que la presunta vulneración al inciso 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; *i.e*., derecho de información sobre la asistencia consular, configuró igualmente una vulneración a un derecho humano del mismo contenido. La CIJ evitó pronunciarse respecto a la calidad de derecho humano de dicho derecho, en la medida de que ya había encontrado que el mismo se había vulnerado. *La Grand (Germany vs. United States of America), judgment* of 27 June 2001, *ICJ Reports 2001*, p. 494. Sin perjuicio de lo cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva sobre «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal», señaló —años antes que la resolución de la CIJ en *La Grand— inter alia:* «Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *concierne* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está inte-

Díez de Velasco que dos objetivos de la protección diplomática, aun hoy, revisten relevancia: hacer cesar una actividad de carácter ilícito y obtener una reparación.[99]

Probada la insuficiencia de la protección diplomática para otorgar *per se* tutela efectiva a la inversión directa extranjera, el arbitraje se alzó como una opción adecuada para dicho fin. En consecuencia, el arbitraje[100] como método de solución de controversias relativas a las inversiones[101] encuentra su *raison d'etre* en la búsqueda de una amplia y

---

grada a la normativa internacional de los derechos humanos». *Opinión Consultiva n.° OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal,* 1 de octubre de 1999, p. 75. Estos ejemplos ponen de relieve la complementariedad entre el instituto de la protección diplomática y la tutela efectiva de los derechos humanos en el derecho internacional.

99 *Cfr*. Díez de Velasco, M. *Instituciones*…, *cit*., p. 897.

100 Si bien como ha evidenciado Caivano «[e]xisten otros autores que señalan la inutilidad de formular definiciones previas [de arbitraje], entendiendo que el arbitraje no es una institución a cuyo estudio se pueda entrar utilizando, como base firme, el apoyo de una definición», sugerimos una definición amplia que también ofrece el autor precitado «El arbitraje es […] una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales». Caivano, R. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, 2.ª edición, pp. 47-48. Y, de manera similar, aunque con el acento en los rasgos esenciales del arbitraje, González de Cossío señala que «Al hablar de "arbitraje" se deben contemplar procedimientos que involucran los siguientes ejemplos: (1) la existencia de una controversia; (2) cuya solución vendrá de un tercero que es un particular y no una autoridad; (3) cuya decisión es final (no sujeta a apelación); y (4) vinculatoria (no sugestiva)». González de Cossío, F. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª edición, p. 43.

101 No es objeto del presente trabajo ofrecer una explicación sobre el fenómeno económico de la canalización de activos a otros mercados que describe la inversión extranjera. Al respecto, consultar: González de Cossío, F. *Arbitraje de Inversión*..., *cit*., pp. 1-16; de igual modo: Unctad. *Foreign Direct Investment and Development. Unctad Series on Issues on International Investment Agreements*. UNCTAD/ITE/IIT/10. Nueva York y Ginebra, 1999, vol. i.

efectiva protección a la inversión extranjera[102] y como tal, no es ajeno a la evolución histórica que venimos describiendo.

A lo largo del siglo xix, y a través de la protección diplomática, el arbitraje comenzó a ser utilizado en comisiones de reclamaciones mixtas establecidas a los fines de resolver controversias que involucraban ciudadanos extranjeros,[103] cuyo ejemplo emblemático lo constituyen aquéllas pactadas bajo el *Tratado de Jay.*[104] Con similar impacto, el conocido

---

[102] *Cfr*. Gonzalo Quiroga, M. «El sistema de arbitraje de solución de controversias del Ciadi». En *Derecho…*. Collantes González, J. (dir.) y B. de la Vega Justribó (coord.), *cit*., pp. 435-436. De igual manera, el tribunal arbitral del caso *Maffezini* sostuvo, en su interpretación de los alcances de la cláusula de nación más favorecida, que el recurso al arbitraje es parte de los mecanismos modernos destinados a brindar una mejor y mayor protección a los inversionistas extranjeros y, como tal, está estrechamente ligado a la protección sustantiva conferida a aquéllos en los diversos tratados de la materia. *Cfr*. *Emilio Agustín Maffezini c/ el Reino de España.* Caso Ciadi n.° ARB/97/7. Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, párrs. 54-55.

[103] En la doctrina se ha distinguido entre arbitrajes realizados por un jefe de Estado, arbitraje realizado por comisión mixta y arbitraje realizado por un tribunal arbitral. Distinción efectuada sobre la base de la composición del órgano que conduce el procedimiento arbitral. *Cfr*. Novak, F. y L. García-Corrochano. *Derecho internacional público. Solución pacífica de controversias.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, tomo iii, pp. 113-116.

[104] Se denominan comisiones mixtas por la naturaleza de las pretensiones que eran objeto de las mismas. Por ejemplo: las comisiones mixtas creadas con base en el Tratado de Jay (1794), un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, entre Estados Unidos de América y el Reino de Gran Bretaña, resolvieron litigios de diversa naturaleza: «a) determinación de una parte de la frontera del Canadá; b) pago de diversos créditos por parte de súbditos británicos; c) determinación de la regularidad de las presas marítimas realizadas por la armada inglesa en perjuicio de súbditos norteamericanos; d) apreciación de las violaciones de la neutralidad, cometidas en el curso de la guerra franco-inglesa e imputables a súbditos norteamericanos». Rosseau, C. *Derecho…, cit*., p. 479. Como ha señalado con acierto Manuel Indlekofer en relación a dichas comisiones mixtas: «The impact of these arbitration cases on the development of international arbitrations is thereby fundamental since they inspired and boosted the work of the peace societies and served as a blueprint for the Convention of 1899». Indlekofer, M. *International*

arbitraje del *asunto del Alabama*[105] propició un desarrollo prolífico del arbitraje en el derecho internacional, que se proyectó hacia las primeras décadas del siglo xx.[106] Esto permite hablar de una *jurisprudencia arbi-*

Arbitration and The Permanent Court of Arbitration. Holanda: Kluwer Law International, 2013, p. 23. Siguiendo al mismo autor, el éxito de las comisiones mixtas bajo el Tratado de Jay impulsó la celebración de tratados similares entre los Estados Unidos de América y diversos Estados, así como entre otros Estados y, en virtud de su incuestionable influencia, es correcto afirmar también con el autor precitado, que «The Jay Treaty may therefore rightfully be seen as a jumpstart for modern international arbitration and the starting point for a new era that has endured to the present day». *Ibidem*, p. 27. Un ejemplo de esta última afirmación fueron las comisiones mixtas nacidas de acuerdos entre Estados Unidos de América y el Perú, ej. aquélla establecida por acuerdo de 20 de diciembre de 1862 para dirimir reclamos de ciudadanos americanos en el marco de la captura y confiscación por parte de la nave Lizzie Thompson por parte del Perú. El arbitraje refería la solución al Rey de Bélgica quien, por motivos cuya exposición supera los propósitos de este trabajo, se rehúso a dirimir la controversia. Una lista de estos arbitrajes, así como de otros del mismo tipo que involucraron a Estados Unidos de América puede encontrarse en: Ralston, J.H. *International Arbitration from Athens to Locarno*. Londres: Standford University Press, 1929, pp. 208-226.

105 El arbitraje tuvo como partes a Estados Unidos y Gran Bretaña, quienes lo pactaron con el objeto de resolver las reclamaciones producto de los daños generados a ciudadanos norteamericanos durante la Guerra Civil norteamericana por parte de buques confederados construidos en Inglaterra. Como han apuntado Johnson Jr. y Gimblett: «The success of the *Alabama* arbitration in resolving a particularly emotional dispute between Great Britain and the U.S. has been credited with helping to fuel the subsequent movement to place international arbitration on a more permanent footing». Johnson, O.T. Jr. y J. Gimblett. «From…», *cit*., p. 654.

106 Desarrollo que incluyó la realización de la Primera Conferencia de la Paz en La Haya en 1899 en cuyo seno se aprobó la Convención sobre Arreglo Pacífico de Controversias y se creó el Tribunal Permanente de Arbitraje. En relación a este último, con acierto Rosseau señaló: «Aquel pseudo tribunal permanente no merecía el nombre que llevaba, porque ni era un tribunal, ni era permanente. A lo sumo se trataba de un tribunal efímero en un marco permanente. En efecto, propiamente, el T.P.A. […] era una lista de personas designadas de antemano para ejercer funciones arbitrales». Rosseau, C. *Derecho…, cit.*, p. 488. Si bien, siguiendo la narrativa histórica planteada, el T.P.A. surgió para arbitrajes inter-estatales; hoy en día con la aparición y proliferación de los arbitrajes inversionista-Estado, el T.P.A. administra arbitrajes de inversiones y/o funciona como autoridad nominadora en

tral en el seno de la evolución histórica del derecho internacional de las inversiones.[107]

Estos desarrollos tempranos del arbitraje se caracterizaron *inter alia* por un rol limitado del individuo en relación a la titularidad activa de sus reclamos; y, por ende, a su capacidad para comparecer ante tribunales arbitrales donde se ventilasen controversias directamente relacionadas a sus pretensiones. Efectivamente, esto se seguía de la naturaleza de la protección diplomática que hemos descrito en párrafos precedentes.

Un hito importante[108] que rompió con ese esquema tradicional fueron los Tribunales Arbitrales Mixtos creados por el Tratado de Versalles de 1919. Estos tribunales arbitrales «eran competentes para conocer las acciones intentadas por un particular contra un Estado exenemigo, así como de los litigios derivados de contratos concluidos antes de 1914,

---

arbitrajes bajo su reglamento de arbitraje, el reglamento de arbitraje de la Cnudmi u otro reglamento que las partes convengan.

107 Algunos ejemplos permiten reforzar esta afirmación: Veíamos *supra* cómo la labor de la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos de América ayudó a delinear casuísticamente el contenido del estándar mínimo de tratamiento a personas extranjeras, al punto de que algunas de sus decisiones (*v. gr.*; la decisión en *Neers*) suelen ser citadas para dotar de contenido hermenéutico a estándares como el de trato justo y equitativo. De igual modo, la obligación de compensar ante actos expropiatorios por parte de los Estados se halla dibujada en numerosos arbitrajes de esta etapa previa al derecho internacional de las inversiones actual; *v. gr.*, el caso *Delgoa Bay*, donde Portugal aceptó discutir únicamente la compensación por los hechos expropiatorios del caso, el caso *El Triunfo*, donde el tribunal arbitral ordenó el pago de compensación a accionistas norteamericanos por parte de El Salvador, entre otros.

108 Algunos antecedentes históricos a este *ius standi* que asiste al individuo han sido recogidos en la obra clásica del profesor Rosseau. Así, señala entre ellos: la posibilidad contemplada en el art. 4 del XII Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativo al establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas que permitía comparecer ante él a un particular, el Tribunal de Justicia Centroamericano establecido por el Tratado de Washington de 20 de diciembre de 1907 y que permitía a «súbditos» de los Estados contratantes interponer demandas. ROSSEAU, C. *Derecho…, cit.*, pp. 13-14.

entre individuos que ulteriormente resultaron enemigos entre sí».[109] La práctica de éstos permitió la aparición de otros de la misma naturaleza, antecesores directos de los actuales tribunales arbitrales de inversiones.[110] Sin perjuicio de lo cual es necesario anotar que la diferencia entre estos tribunales de reclamaciones mixtas y los actuales tribunales arbitrales de inversiones, reside en la competencia temporal limitada de los primeros, que se reducía a un determinado período de tiempo, mientras que actualmente el inversionista está protegido prospectiva y ampliamente por los acuerdos de inversión.[111]

Esta práctica arbitral fue perdiendo auge a medida que avanzaba el siglo xx con motivo de las masivas expropiaciones del período interguerras.[112] Hacia la Guerra Fría, la práctica expropiatoria recrudeció y el recurso al arbitraje para componer los conflictos expropiatorios que involucraban extranjeros fue casi inexistente. Thomas y Gimblet han atribuido ese período de estancamiento, a las características de la Guerra Fría, en particular, a la visión diametralmente opuesta de los Estados

---

[109] *Ibidem*, p. 14.

[110] Johnson Jr. y Gimblett han reseñado, además, la tendencia coetánea a estos desarrollos de incluir cláusulas arbitrales en los contratos de concesión celebrados por Estados con inversionistas extranjeros y que dieron lugar a los primeros arbitrajes de inversiones. Johnson, O.T. Jr. y J. Gimblett. «From…», *cit.*, p. 661. De este período data el importante arbitraje incoado por la compañía Lena Goldfields contra el gobierno soviético. Para una aproximación detallada de este arbitraje, así como de otros arbitrajes en el marco de concesiones: Nussbaum, A. «Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government». En *Cornell Law Review*, 1950, vol. 36, issue n.° 1 y T. G. Nelson. «History ain't changed: Why Investor-State Arbitration will survive the "New Revolution"». En Waibel, M. *et alii*. *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. La Haya: Kluwer Law International, 2010, pp. 555-575.

[111] Pauwelyn, J. «Rational…», *cit.*, p. 36.

[112] En particular, las expropiaciones masivas llevadas a cabo por la Unión Soviética y por México, representaron un conflicto de larga duración cuya solución habría de caracterizarse por una ausencia en el uso de la fuerza militar, a diferencia de los períodos precedentes, el recurso a la vía diplomática y la celebración de transacciones en términos ambiguos. *Cfr*. Thomas Johnson, O. Jr. y J. Gimblett. «From…», *cit.*, pp. 661-667.

que componían el bloque soviético y que contrastaba con el desarrollo predominantemente occidental del derecho internacional, oposición que impidió sentar una base jurisdiccional para acudir al arbitraje, como había ocurrido en el pasado.[113]

No obstante lo anterior, las decisiones arbitrales de la época de la post-guerra marcaron el camino a la posterior proliferación progresiva del arbitraje inversionista-Estado, y como tales, merecen especial atención. Por un lado, gran parte de los arbitrajes internacionales tuvieron su origen en renegociaciones, cancelaciones o nacionalizaciones de concesiones de gas en Medio Oriente.[114] La nota característica de estos arbitrajes, es que su base jurisdiccional se encontraba en convenios arbitrales recogidos en contratos, y que los tribunales arbitrales tuvieron que aplicar principios de derecho internacional como parte del derecho sustantivo aplicable al contrato.[115]

Por otro lado, el otro grupo importante de arbitrajes fueron resueltos por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de América.[116] Éste fue el primer tribunal de la post-guerra en conocer un número considerable de reclamaciones relativas a inversiones. Su contribución al arbitraje se traza hasta nuestros días en las numerosas decisiones de tribunales arbitrales que recurren a decisiones de aquél para fundar su razonamiento.[117] En particular, estos tribunales arbitrales reafirmaron la doctrina de la compensación plena —*full compensation*— ante actos

---

113 *Ibidem*, p. 671.

114 *Ibidem*, p. 683.

115 *Cfr*. KATES, M. *The Origins…*, *cit*., pp. 24-25.

116 El Tribunal fue establecido en 1981 para conocer reclamos de ciudadanos americanos contra Irán con motivo de la revolución iraní. Además, su competencia se extendía a reclamaciones de Irán contra Estados Unidos, y reclamaciones entre ambos Estados, en general. *Cfr. Ibidem*, p. 39.

117 Para un estudio comprensivo de los diversos aportes de este tribunal al arbitraje internacional, consultar: BROWER, C. N. «Contributions of the Iran-United States Claims Tribunal to International Arbitration». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1990, vol. 224.

expropiatorios bajo el derecho internacional consuetudinario[118] que había sido contestada extensamente durante el período anterior.[119]

Esto nos trae de vuelta a la aparición de los TBI, justificada en gran parte por la liberalización económica del bloque occidental de la Guerra Fría. Como señalamos en la subsección anterior, los primeros TBI no contemplaban un acceso al arbitraje de inversiones, sino que se limitaban a ofrecer protección sustantiva más específica que la de sus antepasados, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. Fue la suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi) y la consiguiente aparición del Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (Ciadi) en el seno del Banco Mundial, que sirvieron de motor para el despegue progresivo del arbitraje de inversión.[120] En la medida de que el presente trabajo se limita al marco jurídico que ofrece el Ciadi,

---

[118] Adicionalmente, el Tribunal tuvo que examinar el estándar de compensación en el Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares (*Treaty of Amity*), a pesar de su reticencia a pronunciarse sobre su aplicabilidad en sus primeros casos. Sin perjuicio de lo cual, la consecuencia en relación a la obligación de una compensación plena fue la misma. Como ha señalado Brower: «Tribunal practice establishes that under both principles of customary international law and the Treaty of Amity full compensation is required for takings involving both discrete expropriations and large-scale nationalizations, and regardless of whether the taking is unlawful. Moreover, with one exception, the compensation standard contained in the Treaty has been given its plain meaning and effect». *Ibidem*, p. 338.

[119] De manera específica, el rechazo de estas decisiones a las resoluciones de Naciones Unidas del Nuevo Orden Económico Mundial como fuente de derecho internacional capaz de derogar el derecho internacional consuetudinario, es emblemático. El conocido laudo del caso *Texaco Overseas Petroleum c/ Libya* da cuenta de ello. En éste, el tribunal arbitral cuestionó la posible vinculatoriedad de dichas resoluciones y remarcó la necesidad de diferenciar entre resoluciones que dan cuenta de una práctica generalizada en el derecho internacional de aquéllas a las que puede reconocérseles *ex professo* la calidad de *lege feranda* únicamente a los Estados que las hayan adoptado.

[120] Con un primer TBI que otorgaba acceso al Ciadi, suscrito en 1968 entre los Países Bajos e Indonesia. No veríamos sino hasta la década de los noventa una tendencia

es necesario que hagamos referencia a las características salientes de los arbitrajes inversionista-Estado ante el Ciadi.

El Ciadi fue creado con la aprobación del Convenio del mismo nombre[121] en 1965. El Ciadi nació bajo los auspicios del Banco Mundial[122] y como un marco legal y organizacional para el arreglo de disputas entre Estados parte del Convenio e inversionistas que califiquen, de conformidad con el texto de aquél, como nacionales de otro Estado parte.[123] Adicionalmente, en 1978 el Ciadi creó el mecanismo complementario que le permite al Centro administrar arbitrajes que involucren una parte que no califique como nacional de alguno de los Estados parte del Convenio y/o un Estado no sea parte del mismo. El funcionamiento es similar con la importante salvedad que estos últimos arbitrajes no se ven beneficiados del reconocimiento y ejecución del laudo bajo el Convenio, toda vez que lo harán bajo el derecho doméstico.

---

generalizada, en la mayoría de TBI suscritos en ese período, de incluir una cláusula arbitral con acceso al Ciadi o a otro foro arbitral.

121 El texto de la Convención puede encontrarse en http://www.worldbank.org/icsid/basi-cdoc/basicdoc.htm.

122 Después de múltiples reuniones de consulta con expertos legales en Addis Ababa, Santiago de Chile, Ginebra y Bangkok, los directores ejecutivos del Banco Mundial recomendaron la redacción de un convenio sobre arreglo de disputas relativas a inversiones. La propuesta fue aprobada en 1964 por la Junta de Gobernadores del Banco Mundial, quienes encargaron a aquéllos la elaboración de la misma. Curiosamente, la resolución a través de la cual se aprobó la propuesta, recibió un rotundo «no» por parte de los países latinoamericanos, quienes evocaron como justificante los principios constitucionales de la región enraízados en la doctrina Calvo. Finalmente, la redacción estuvo a cargo de Aaron Broches, quien presidió las reuniones de consulta antes mencionadas, así como las sesiones del Comité Legal establecido a efectos de elaborar el Convenio. *Cfr*. Parra, A.R. «The Convention and Centre for Settlement of Investment Disputes». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 374, pp. 14-15.

123 *Cfr*. Newcombe, A. y L. Paradell. *Law and…cit*., p. 28.

La razón detrás de la creación del Ciadi fue la despolitización de las controversias relativas a inversiones.[124] Esto le ha permitido proyectarse a un objetivo último, apuntado por Ibrahim Shihata, cual es: «[p]romover un clima de mutua confianza entre inversionistas y Estados favorable al incremento del flujo de capitales a países en vías de desarrollo

[124] *Cfr*. Kates, M. *The Origins…*, *cit*., p. 86. Sacerdoti lo ha expresado de la siguiente manera: «This is to be attributed to the separation made by the Convention between procedural aspects governed by it and substantive matters left to the legal discipline governing the specific investment. The dispute settlement procedure has been inserted in an international legal framework (Icsid is an international organization and the arbitration is conducted by international tribunals), guaranteed as to its impartiality and effectiveness by an international treaty binding upon the contracting States». Sacerdoti, G. «Bilateral…, *cit*., p. 420. No es éste el lugar para ofrecer una exposición del debate académico en torno a la veracidad de esta afirmación que, aunque generalmente aceptada, ha recibido algunas respuestas contrarias desde la doctrina. Ilustrativamente, Kates ha sostenido que «The irony is that, despite the claims of neutrality and objectivity, both the system of international investment arbitration and the substantive rules of international investment law are deeply embedded in a political framework – but, one that operates to the advantage of foreign investors». Kates, M. *The Origins…*, *cit*., p. 86. En la misma línea, la autora ha señalado que la creación del Ciadi respondió a la urgencia de los estados exportadores de capital de afirmar los postulados clásicos del derecho internacional de las inversiones en un entorno, que como hemos reseñado en secciones anteriores, avanzaba en detrimento a éstos. La consuencia de ello es que el Ciadi «[w]as essentially a mechanism through which capital-exporting states sought to maintain the level of investor protection that had been built up during the colonial era. Consequently, it was not a forum that was predisposed to allowing room for host state "policy space"». *Ibidem*, p. 88. La afirmación tiene sentido, en la medida de que, como ya habíamos evidenciado antes, el sistema de protección de inversiones al que el Ciadi vino a complementar fue pensado originalmente para proteger al inversionista. Sin perjuicio de ello, dicha protección respondía a una demanda de justicia toda vez que no solo las cortes locales no siempre estaban equipadas para resolver casos de gran complejidad como los que suelen presentarse en materia de inversiones, sino que en muchas ocasiones se podía dudar de su independencia e imparcialidad, particularmente, en casos de gran impacto que involucraban al Estado. Y en esa línea, el Ciadi no sólo otorga seguridad jurídica sino también un acceso real a la justicia.

bajo condiciones favorables».[125] Suplementariamente, el Ciadi ha permitido deslocalizar las disputas en la medida de que, como ha señalado Cantuarias: «[s]erán de aplicación las normas arbitrales del Ciadi, con prescindencia absoluta de la legislación arbitral y del Poder Judicial del lugar en el que físicamente se lleve a cabo el procedimiento, como de cualquier otro Estado».[126]

Para acceder a un arbitraje bajo las reglas del Ciadi son necesarios tres requisitos, recogidos en el artículo 25 del Convenio, a saber: (i) que la controversia sea entre un Estado Contratante del Convenio y un inversionista de otro Estado Contratante (requisito *ratione personae*), (ii) que la controversia sea de naturaleza jurídica y derive directamente de una inversión (requisito *ratione materiae*), y (iii) que exista un consentimiento escrito entre las partes para someter las controversias al Ciadi (requisito *ratione voluntatis*). Estos requisitos, llamados de «jurisdicción»,[127] limitan el acceso al Centro y el accionar de los árbitros.

En relación a los requisitos mencionados, la ratificación del Convenio no equivale *per se* a la voluntad del Estado de acudir a un arbitraje bajo las reglas del Ciadi. Es necesario un consentimiento posterior entre el Estado y el inversionista. Este consentimiento puede constar

---

[125] [Traducción nuestra] SHIHATA, I.F.I. «Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes». *Icsid Review,* 1986, vol. 1, pp. 05-06.

[126] CANTUARIAS, F. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Privada de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007, p. 568. Esta deslocalización permite *inter alia* que el laudo final no pueda ser sujeto a un proceso de anulación por una corte doméstica, pues la potestad de anular es exclusiva de un comité *ad-hoc* establecido bajo las reglas del Convenio. En buena cuenta, la deslocalización al prevenir la existencia de una «sede» del arbitraje propiamente dicha, excluye la posibilidad de que un tribunal local revise los méritos de la causa. Hay que hacer la salvedad de que esto no es aplicable para los arbitrajes bajo el mecanismo complementario, como hacíamos referencia párrafos arriba.

[127] Propiamente no se trata de requisitos de «jurisdicción», pues no es el Centro quien resuelve la controversia y éstos hacen referencia, más bien, a los requisitos que revisa el Presidente del Centro cuando evalúa *prima facie* la admisibilidad de la solicitud de arbitraje antes de proceder a su registro.

en distintos actos; es lo que Paulsson bautizó como *arbitration without privity.*[128] El ejemplo de este último escenario no es únicamente el consentimiento contenido en un TBI[129] o en un tratado multilaterial, sino también en leyes nacionales en materia de inversión privada. A modo de ejemplo, en el conocido *Caso SPP c/ Egipto*, el tribunal arbitral asumió jurisdicción con base en las disposiciones de la Ley de Inversión egipcia de 1988.[130] Esto es una muestra de la flexibilidad que ofrece el Convenio a favor de la voluntad de las partes, e inclusive de la voluntad

---

[128] Que podría traducirse como arbitraje sin consentimiento y que, en palabras del citado autor, implica que: «This new world of arbitration is one where the claimant needs not have a contractual relationship with the defendant and where the tables could not be turned: the defendant could not have initiated the arbitration, nor is it certain of being able even to bring a counterclaim». Paulsson, J. «Arbitration withouth privity». *Icsid Review*, 1985, vol.10, n.º 2, p. 232.

[129] Consentimiento que ha sido leído como una «oferta a contratar» del Estado. La teoría fue delineada adecuadamente por el tribunal arbitral del caso *Lanco c/ Argentina,* quien sostuvo: «In our case, the Parties have given their consent to Icsid arbitration, consent that is valid, there thus being a presumption in favor of Icsid arbitration, without having first to exhaust domestic remedies. In effect, once valid consent to Icsid arbitration is established, any other forum called on to decide the issue should decline jurisdiction. The investor's consent, which comes from its written consent by letter of September 17, 1997, and its request for arbitration of October 1, 1997, and the consent of the State which comes directly from the Argentina-U.S. Treaty, which gives the investor the choice of forum for settling its disputes, indicate that there is no stipulation contrary to the consent of the parties. It should be recalled that article 25(1) *in fine* establishes: «*When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally»,* in our case by the Argentine Republic after the investor has accepted Icsid arbitration. In effect, the offer made by the Argentine Republic to covered investors under the Argentina-U.S. Treaty cannot be diminished by the submission to Argentina's domestic courts, to which the Concession Agreement remits». *Cfr. Lanco International Inc. vs. The Republic of Argentina*, Icsid Case n.° ARB/97/16, *decision on jurisdiction*, párr. 40. También: *ICS Inspection and Control Services Limited vs. Argentine Republic*, *PCA Case n.°* 2010-9, *award on jurisdiction*, párrs. 270-271.

[130] Actualmente, de conformidad con cifras oficiales, el 09.7% de los casos administrados por el Ciadi tienen base de consentimiento en una Ley de Inversiones del Estado receptor. *Cfr.* Ciadi. *The Icsid Caseload Statistics, issue* n.° 2016-2, 30 de junio de 2016, p. 10. Recuperado de: http://tinyurl.com/zr8zwnd.

unilateral del Estado.[131] Esta flexibilidad ha sido acompasada con las disposiciones del Convenio que previenen cualquier intento de frustración del arbitraje.[132]

Una mención especial merece la flexibilidad otorgada a las partes al momento de determinar la ley aplicable al caso y, por ende, la competencia limitada del tribunal. Así, el artículo 42 del Convenio concede dicha posibilidad, sin perjuicio de lo cual la misma disposición recoge una referencia expresa a las reglas de derecho internacional que resulten aplicables.[133] Esta disposición ha sido entendida como una puerta de entrada al derecho internacional público general, tema que merecerá desarrollo en el tercer capítulo de esta obra.

Ahora bien, estructuralmente el arbitraje Ciadi sigue el modelo del arbitraje comercial internacional. No obstante, la diferencia entre este último tipo de arbitraje y aquél es el carácter propiamente deslocalizado[134] del primero y que, en principio, implica una mejora sustantiva a

---

131 Por ejemplo, el artículo 37 otorga la facultad a las partes de determinar el número de árbitros que conocerán la controversia y el artículo 39, que *prima facie* establece restricciones en relación a la nacionalidad de los árbitros, admite pacto en contrario. Más aún, bajo el artículo 25.4 los Estados pueden excluir cualquier tipo de controversia de la «jurisdicción» del Centro. En la misma línea, el artículo 26 recoge la posibilidad de pactar la obligatoriedad de la regla de agotamiento de recursos internos.

132 Ilustrativamente, su artículo 25 proscribe el retiro unilateral del consentimiento a arbitrar una vez otorgado válidamente. Es decir, una vez consentido el arbitraje por parte del Estado, precluye cualquier posibilidad de hacer de la controversia una de carácter inter-estatal. Algunas otras disposiciones tendientes al mismo fin, incluyen el artículo 38 que otorga facultades al presidente para nombrar a los árbitros de no haberse constituido el tribunal en el plazo indicado.

133 Textualmente, el artículo 42.1 lee como sigue: «El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables».

134 Al respecto, Sacerdoti ha señalado con acierto que arbitrajes comerciales internacionales que involucran Estados pueden también ser en gran parte deslocaliza-

la posición de la parte que desea ejecutar el laudo, quien no tendrá que recurrir para dicho efecto a la Convención de Nueva York de 1958.[135]

En la misma línea, ya habíamos señalado que el Centro no es un tribunal permanente. Como tal, el nombramiento de los árbitros depende en exclusiva de la voluntad de las partes y por el tiempo que dure la controversia.[136] Se sigue de este rasgo característico la imposibilidad de hablar de una «jurisprudencia» arbitral, en la medida de que los árbitros no están constreñidos por las decisiones adoptadas por otros tribunales arbitrales en otras controversias.

En conclusión, la importancia del Ciadi en el derecho internacional de las inversiones es incuestionable. Históricamente representó una ebullición de tratados de inversión que incluían el consentimiento a

---

dos y conducidos independientemente de la *lex loci arbitratus*, dependiendo de la voluntad expresa de las partes y del derecho aplicable que se haya seleccionado. Sacerdoti, G. «Bilateral…», *cit.*, p. 417. Si bien la naturaleza de estos arbitrajes y su potencial reconocimiento y ejecución bajo la Convención de Nueva York de 1958 han sido ampliamente discutidos, parecen no ser una opción a los arbitrajes a los que venimos haciendo referencia.

135 En particular, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, establece en su artículo V.1 (a), que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución si el acuerdo arbitral no es válido de conformidad con la ley seleccionada por las partes o, en su defecto, con la ley del Estado donde se dictó el laudo; por su parte, el artículo V. 2 (b) dispone que también puede denegarse la ejecución y reconocimiento si vulnera el orden público del país donde se solicita. Cuestión última que ha significado múltiples interpretaciones disidentes, lo cual, evidentemente, juega en contra de las partes en un arbitraje. Por ende, es claro que la gran ventaja del Ciadi es evitar algunos de los problemas que podrían suscitarse en aplicación del tratado internacional mencionado.

136 Mención aparte merece el proceso de anulación, caso en el cual los árbitros son nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro; situación que ha merecido la crítica de cierto sector de la doctrina. Por ejemplo, Gharavi, H. «Icsid Annulment Committees: the elephant in the room». *Global Arbitration Review*, 2015, vol. 10, issue n.° 1.

arbitrar bajo las reglas del Centro[137] y un creciente número de Estados que ratificaron el Convenio, lo cual propició el desarrollo acelerado del derecho internacional de las inversiones.[138] Hoy la importancia del Centro se evidencia en el amplio volumen de arbitrajes de inversión[139] que administra, y por, sobre todo, en la posibilidad de recurrir a un mecanismo de solución de controversias que, al menos estructuralmente, ofrece un balance tripartito entre los intereses del Estado receptor de la inversión, el inversionista y el Estado del cual es nacional.

Ahora bien, que el *ius standi* sea exclusivo de los inversionistas extranjeros importa lógicamente que la jurisdicción de los tribunales arbitrales está limitada *ratione personae* al *status* de inversionista en una controversia. En consecuencia, no cualquier individuo puede acceder a la protección sustantiva y adjetiva de los tratados de inversión; incluidos aquél que tenga un interés sustancial en la controversia (*ej.,* algún individuo afectado por la conducta del inversionista en el Estado o por la conducta del Estado materia de la disputa).

La participación de terceros en los arbitrajes inversionista-Estado es muy limitada y ha sido confinada a la calidad de *amicus curiae*. El rol que se les ha asignado a los *amici curiae* es el de colaborar con el tribunal arbitral en la dilucidación de los elementos relevantes al caso.[140] Este

---

[137] Recordemos que los primeros tratados bilaterales de inversión no incluían disposiciones facultativas al mecanismo de solución controversias del Ciadi. En 1969, el Ciadi publicó modelos de cláusulas que incluyesen el recurso al Centro, el mismo año se concluían los primeros TBI que contemplaban el acceso al Ciadi, suscritos por Italia con Chad y con Costa de Marfil. *Cfr*. Parra, A. R. «The Convention…», *cit*. p. 19.

[138] *Cfr*. Pauwelyn, J. «Rational…», *cit.*, p. 29.

[139] Al 30 de junio de 2016, el Ciadi ha registrado 570 casos bajo el Convenio y el Reglamento del Mecanismo Complementario. *Cfr*. Ciadi. *Informe…, cit.*, p. 22. En comparación, la PCA al mismo año administró 138 arbitrajes, de los cuales únicamente 76 eran arbitrajes de inversiones. *Cfr*. PCA, *115th Annual Report for 2015*. La Haya, 2015.

[140] *Cfr*. Stern, B. «Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes». En *Icsid Review – Foreign Investment Law Journal*, 2007, vol. 22, n.º

rol también evidencia el carácter limitado de su participación[141] que,

2. También, el tribunal arbitral del caso *Aguas Santa Fe/Interaguas* sostuvo: «[…] el Tribunal entiende que el papel de *amicus curiae* que los Peticionarios desean desempeñar en el presente caso es similar al de un amigo de la corte, tal como ha sido reconocido en ciertos sistemas jurídicos y, recientemente, en un cierto número de procedimientos internacionales. En esos casos, una persona que no es parte en la diferencia ofrece, en calidad de "amigo", proporcionar a la corte o tribunal sus perspectivas especiales, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia, usualmente en forma de un escrito o presentación *amicus curiae*». *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. y la República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/17, resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*, párr. 9. También: *Bear Creek Corporation vs. Republic of Peru*, *Icsid Case* n.° ARB/14/21, *Procedural Order* n.° 5, párr. 36. Se desprende de ello, y de la regulación actual sobre *amicus curiae* en arbitrajes inversionista-Estado, que la participación de *amici* está siempre circunscrita a la controversia; los *amici* no actúan a título de partes y, por ende, su participación se ajusta a los límites objetivos y subjetivos de la controversia. *Cfr*. *Apotex Holding and Apotex Inc. vs. The United States of America*, *Icsid Case* n.° ARB (AF)/12/1, *Procedural Order on the participation of the applicant, Mr. Barry Appleton, as a non-disputing party*, párr. 35.
Sin embargo, el tribunal arbitral del caso *Methanex* —en un entendimiento más amplio del rol de los *amici*— sostuvo: «*Amici* are not experts; such third persons are advocates (in the non-pejorative sense) and not "independent" in that they advance a particular case to a tribunal». *Methanex Corporation and United States of America.* Uncitral.*Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as amici curiae»,* párr. 38. También, el profesor J.E. Viñuales ha sostenido que el concepto de *amicus curiae* no está confinado a su labor de colaboración, sino que estos cobijan también intereses diversos que son traídos a la controversia. *Cfr*. Viñuales, J.E. «Human rights and investment arbitration: the role of *amicus curiae*». En *Revista Colombiana de Derecho Internactional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006, n.º 8, pp. 232-273. Este entendimiento pareciera refrendado por la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del Ciadi, que establece como uno de los requisitos para acceder a la calidad de *amicus curiae*, el de tener «[…] un interés significativo en el procedimiento».

141 De manera unánime los tribunales arbitrales han declarado su falta de jurisdicción para incorporar a terceros como partes en el arbitraje. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *UPS c/ Canadá*, trazando el distingo entre *amicus* y tercero, sostuvo: «It does not itself confer power to adjust that jurisdiction to widen the matter before it by adding as parties persons additional to those which have mutually agreed to its jurisdiction or by including subject matter in its arbitration

por lo general, se ha circunscrito a una o algunas de las siguientes tres facultades: (i) la de presentar escritos en el arbitraje; (ii) la de participar en las audiencias del arbitraje; y/o (iii) la de acceder al record del arbitraje. Únicamente, la primera de estas facultades ha sido acogida amplia, aunque progresivamente,[142] en la jurisprudencia arbitral y sujeta a determinados requisitos.[143]

---

additional to what which the parties have agreed to confer». *United Parcel Service America Inc. and Government of Canada. Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as «amici curiae»,* párr. 39. También: *Methanex…, cit*., párr. 27.

142 En un primer estadío de evolución jurisprudencial, la posibilidad de participar en calidad de *amicus curiae* fue aceptada en la conocida resolución del tribunal arbitral del caso *Methanex* (2001), quien actuando bajo el Reglamento de Arbitraje Uncitral, derivó de sus facultades procedimentales generales la de incorporar a terceros en calidad de *amici curiae.* Este entendimiento fue extensivo a diversos casos posteriores bajo el Tlcan, por ejemplo, los tribunales arbitrales de los casos UPS (2001) y Glamis Gold (2005). Por su parte, la evolución de los casos sustanciados bajo el Convenio Ciadi, comenzó con un rechazo a la participación de terceros como *amici.* En la decisión del caso *Aguas del Tunari*, el tribunal rechazó la solicitud de intervención como *amici* de una asociación civil. Aunque el tribunal entendió que podía convocar *sua sponte* a la asociación civil como experto, no consideró oportuno hacerlo en la etapa jurisdiccional en que se encontraba el caso. *Cfr. Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia*, Caso n.° ARB/02/3, *Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, Apéndice II (Text of January 29, 2003 Letter from the Tribunal to Earthjustice, Counsel for Petitioners*). Posteriormente, el tribunal arbitral del citado caso *Aguas Santa Fe/Interaguas*, siguiendo el razonamiento delineado en Methanex, sostuvo que podía aceptar escritos de *amici curiae* como parte de sus facultades procedimentales. La posibilidad de intervención de terceros quedó, luego, recogida en la Regla 37 (2) de las Reglas de Arbitraje del Ciadi que expresamente facultan al tribunal arbitral a aceptar presentaciones escritas de partes no intervinientes, sujetas a los requisitos allí contemplados.
Sin perjuicio de lo señalado, al menos un tribunal ha conferido a los *amici curiae* acceso al récord del arbitraje bajo un argumento de eficiencia (evitar que el contenido de la presentación de los *amici* sea repetitivo y/o no sea de ayuda a la labor del tribunal). Se trata del tribunal arbitral del caso *Infinito Gold c/ Costa Rica. Cfr. Infinito Gold Ltd. vs. Republic of Costa Rica*, *Icsid Case* n.° ARB/14/5*, Procedural Order* n.º 2, párr. 43.

143 El instrumento *leading* en materia de estos requisitos es el *Statement of the Free-Trade Commission on non-disputing party participation,* aplicable a arbitrajes

Se ha dicho que la aceptación de la intervención de terceros como *amicus curiae* permite reforzar el interés público involucrado en la disputa,[144] ésta parece una conclusión lógica si examinamos los requisitos de procedencia para una petición de intervención en calidad de *amici curiae*. Tanto la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del Tlcan, como la práctica sostenida de los tribunales arbitrales, han verificado que exista un interés público en la controversia. El impacto de los *amici curiae* para lograr una mayor transparencia y legitimidad en los arbitrajes de inversiones es aún un tema de amplio debate.[145] Lo cierto es que la apertura a la participación de *amici curiae* refleja el carácter público de los asuntos disputados en los arbitrajes inversionista-Estado, pero también el limitado *ius standi* del individuo en este tipo de controversias.

---

derivados del Tlcan. La nota interpretativa dispone que: (i) la presentación del peticionante debe asistir al tribunal a determinar los asuntos fácticos y jurídicos relacionados al arbitraje a través de una perspectiva o conocimiento particular diferentes del de las partes; (ii) la presentación del peticionante debe abordar asuntos dentro de los alcances de la disputa; (iii) el peticionante debe tener un interés significativo en el arbitraje; y (iv) debe haber un interés público, en el asunto objeto del arbitraje. [Traducción nuestra] Adicionalmente, el tribunal arbitral deberá verificar que la presentación del peticionante no obstruya el arbitraje y que no genere una carga excesiva a las partes. Estos requisitos guardan similitud con los contenidos en la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del Ciadi (antes mencionada).

144 Describiendo la racionalidad en la petición de intervención de terceros en calidad de *amici curiae* en el caso *Biwater c/ Tanzania*, el tribunal arbitral señaló: «The Petitioners contend that this arbitration raises a number of issues of vital concern to the local community in Tanzania, and a wide range of potential issues of concern to developing countries (and indeed all countries) that have privatised, or are contemplating a possible privatisation of, water or other infrastructure services. The dispute is also said to raise issues from a broader sustainable development perspective, and is potentially of relevance of the entire international community». *Cfr*. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, *Icsid Case* n.° ARB/05/22, *Procedural Order* n.° 5, párr. 12.

145 Parcialmente en contra de esta idea: Harrison, J. «Human Rights Arguments in *Amicus Curiae* Submissions: Promoting Social Justice?». En *Human Rights in International…* Dupuy, P.M. *et alii*, *cit*., pp. 406 y 414. A favor de esta idea: Viñuales, J.E. «Human rights…», *cit*, pp. 232-273.

Finalmente, y en relación con la limitada participación de terceros en los arbitrajes, la regla general en los arbitrajes de inversiones es una de limitada transparencia[146] y alta confidencialidad; lo que refuerza el carácter privado de los procesos arbitrales. No obstante, la tendencia es a ampliar dicha regla hacia una mayor transparencia,[147] en respuesta

[146] Sobre la noción de transparencia en los arbitrajes de inversiones, la profesora Fach ha conceptualizado: «The notion of transparency in investment arbitral proceedings is broad, covering various issues such as making information about the arbitration and the award itself publicly available, giving permission to third parties to attend and participate in public hearings, offering access to key arbitration documents and the ability to file written submissions». Fach, K. «Rethinking the Role of *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: How to draw the line favorably for the public interest». En *Fordahm International Law Journal*, 2005, vol. 35, n.° 2, p. 528. Contra el uso de la noción de transparencia en arbitraje, Sabater ha sostenido que importar el término distorsiona la naturaleza de la labor de los tribunales arbitrales. *Cfr*. Sabater, A. «Towards transparency in arbitration (a cautious approach)». En *Berkley International Law Publicist*, vol. 5.

[147] La Regla 32(2) de las Reglas de Arbitraje del Ciadi conceden al tribunal arbitral (en consulta con el Secretario General del Ciadi) la facultad de permitir a terceras partes el acceso a las audiencias del arbitraje, adoptándose las medidas pertinentes para proteger la información privilegiada o protegida. La práctica del Ciadi, en este supuesto es la de transmitir en vivo las audiencias utilizando una breve diferencia horario entre la realización de la audiencia y la transmisión para poder evitar la publicidad de información privilegiada y protegida. También, el Reglamento de la Cnudmi sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (vigente desde el año 2014), recoge una serie de disposiciones que facilitan un alto nivel de transparencia del procedimiento (incluyendo la publicación de los principales documentos producidos en el arbitraje y la presentación de escritos por parte de terceros distintos a las partes con algún interés en el proceso). Desde el ámbito de los tratados, la Convención de las Naciones Unidas sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (vigente desde el año 2014) ha establecido la obligación a los Estados parte de aplicar el Reglamento Cnudmi sobre Transparencia a los arbitrajes de inversiones en los que éstos sean parte. En el mismo sentido, diversos TBI incluyen disposiciones particulares sobre transparencia y confidencialidad limitada en los arbitrajes. Por ejemplo, el conocido Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea (*Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union* —CETA—) recoge en su Capítulo VIII,

a la diversidad de intereses involucrados en los arbitrajes inversionista-Estado.

3. La racionalidad del derecho internacional de los derechos humanos: La protección al individuo

No es objeto del presente trabajo ofrecer una historia de los derechos humanos.[148] Propiamente trazaremos algunas líneas en torno al proceso histórico de positivación de los derechos humanos en el marco del derecho internacional que nos permitirán comprender sus rasgos diferenciados del derecho internacional de las inversiones.[149]

Concedamos que podemos iniciar nuestra narrativa en el siglo xviii.[150] En el derecho positivo inglés, algunos textos hubieron de reconocer protec-

---

artículo 8.36, normas específicas sobre transparencia de los procesos, incluyendo la obligación de sostener audiencias abiertas al público y la publicidad de determinados documentos producidos durante el arbitraje.

148 La discusión en torno a la historia de los derechos humanos es objeto de debate en la academia. *Cfr*. Hoffman, S. «Geneologies of Human Rights». En *Human Rights in the Twentieth Century.* Cambridge: Cambridge University Press, Hoffman, S. (ed.), 2011; Massini Correas, C.I. *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, entre otros.

149 Sin perjuicio de lo cual debemos señalar que en emprender esta tarea no asumimos como correcta una aproximación historicista sobre el fundamento de los derechos humanos. Entendemos que el concepto de derechos humanos está entroncado en la naturaleza de la persona humana. En ese sentido, sólo puede afirmarse el carácter «histórico» de los derechos humanos, en la medida de que se niegue que su fundamento último está en la naturaleza del ser humano.

150 Al respecto, el siglo xviii será testigo de un proceso histórico signado por la ideología liberal y que ha llevado a afirmar a algunos autores, que conceptualmente los derechos fundamentales nacen en este período temporal como elemento clave de dicha ideología. *Cfr*. Peces-Barba, G. «Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales». En *Historia de los derechos fundamentales*. Peces-Barba, G. y E. Fernández. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, tomo i, p. 34. Sin perjuicio de esto, dado que un análisis histórico escapa a los objetivos del presente trabajo, el inicio del marco que pretendemos delinear en relación al proceso de positiviza-

ción a determinados *derechos humanos* —utilizando la terminología contemporánea—, entre los cuales puede mencionarse:[151] La *Episcopalian Church Act* de 1711, que reconocía la libertad de conciencia de los protestantes en el Reino de Escocia, y la Declaración de Derechos de 1783 publicada por la «Asociación para la Información Constitucional».[152] A pesar de estos pocos textos, el caso inglés difiere de los casos norteamericano y francés, pues como ha señalado Santamaría Ibeas, la protección de los derechos humanos «[…] no se desarrolla a través de los *statutes* (el equivalente inglés del derecho positivo continental), sino a través del *common law*; esto es, del cuerpo de jurisprudencia que elaboran los órganos jurisdiccionales y que van estableciendo a través de precedentes […]».[153]

---

ción en el derecho internacional se justifica únicamente en la consideración previa. En ese sentido, compartimos con Cancado Trindade que «[…] international law, as we know it today, does not go back only to the ninetheenth century […] but goes much further back in time, keeping in mind its conceptual framework and the endeavours, along centuries, to fulfil the aspirations of the whole of human kind. To start with, one should not forget, in our times, the considerable importance attributed to the condition of individuals in the law of nations (the *droit des gens*) by the so-called founding fathers of our discipline». CANÇADO TRINDADE, A. «The historical recovery of human person as subject of law of nations». *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, vol. 1, n.º 3, pp. 8-59.

[151] Del siglo precedente data la conocida Carta Magna o *Bill of Rights*, a la que se le ha reconocido influencia en el ordenamiento jurídico inglés y en la producción de otros textos similares del siglo XVIII. Sin perjuicio de lo cual, Santamaría Ibeas señala que la influencia de dicho texto fue, más bien, mediata «[a]unque también es cierto que derechos concretos, tradicionalmente protegidos por el *common law* y que consecuentemente no han requerido nunca de positivación expresa a través de los *statutes* fueron la inspiración de algunos de los ideólogos de textos tan significativos como la *Declaration de l'homme et du citoyenne* de 1789…». SANTAMARÍA, J. «Los textos ingleses». En *Historia de los derechos fundamentales.* Peces-Barba, G. *et alii.* Madrid: Dykinson, siglo XVIII, 2001, vol. II, tomo II, p. 22.

[152] SANTAMARÍA, J. «Los textos…», *cit.*, pp. 23-25.

[153] *Ibidem*, p. 29.

En el caso norteamericano, el creciente *espíritu autonómico*[154] de las colonias frente a la corona inglesa fue tierra fértil para una serie de documentos que reconocieron importantes *derechos humanos* a los habitantes de las mismas. Alentados por la impronta inglesa de los derechos, los colonos producirán inicialmente algunos textos tendientes a resolver cuestiones políticas y comerciales, pero que irán vislumbrando una comprensión de los derechos similar a la inglesa.[155] Así, la historia constitucional de las colonias antes de la Declaración de Independencia, va reconociendo algunos derechos[156] que se verán plasmados en importantes textos como la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que reconoció importantes derechos como al sufragio, a la libertad de prensa, al debido proceso, entre otros; por lo que su influencia en textos posteriores de la misma naturaleza es incuestionable. El quiebre en dicho proceso progresivo de reconocimiento, lo encontramos en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, que por su carácter involucró un tránsito «[…] desde el historicismo y la invocación de los derechos de los ingleses a la apelación a los derechos naturales de los individuos, inalienables y abstractos».[157]

---

[154] Utilizando la terminología de Peces-Barba. *Cfr*. Peces-Barba, G. «Los textos de las colonias de Norteamerica y las enmiendas a la Constitución». En *Historia de…* Peces-Barba, G. *et alii*, *cit*., p. 45.

[155] *Ibidem*, pp. 66-70.

[156] Aunque de manera limitada, toda vez que la vinculación con la corona inglesa traía aparejado el disfrute de los viejos derechos de los ingleses. *Cfr*. *Ibidem*, p. 73.

[157] *Ibidem*, p. 92. Como ha explicado Agudelo «En la declaración de independencia norteamericana no se alude a derechos fundados en la tradición. Se confronta una distinción en cuanto a ciertos derechos que fueron consignados en los documentos ingleses anteriores. Se advierten ciertas exigencias que se conciben como inalienables y universales, cuya titularidad no se restringe a unos sujetos dotados de determinados privilegios como sucedía con los textos británicos». Agudelo, M. *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas*. Bogotá: Temis, 2011, p. 24.

Por su parte, el caso francés representó una ruptura con el sistema constitucional instaurado en Francia durante el antiguo régimen.[158] La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuya aprobación concluyó el 26 de agosto de 1789 en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente,[159] revela una importancia trascendental en la narrativa de derechos humanos que hemos emprendido. Como ha señalado García Ramírez, el carácter racionalista y universalista de la Declaración no está presente en los textos inglés y norteamericanos, siendo que «… resume en muy pocas líneas casi todos los elementos esenciales de los sistemas políticos modernos…».[160] En ese sentido, cuando la Declaración pone énfasis en la titularidad de derechos por parte del hombre y del ciudadano[161] centra la atención sobre el hombre considerado como tal, expresando ideas de validez universal que preceden a la intención del gobernante.[162]

Luego, el siglo xix habrá de ver un desvanecimiento de la noción de derechos del hombre y su reemplazo por la noción de libertades civiles, tanto en el derecho internacional como en los ordenamientos constitucionales locales.[163] Sin perjuicio de lo cual, relevantes textos verán la luz en este siglo. Entre ellos, la Constitución Francesa de 1848

---

158 Peces-Barba, G. y R. García, Manrique. «Los textos de la Revolución Francesa». En *Historia de…* Peces-Barba, G. *et alii*, *cit*., p. 127. Ambos autores enfatizan que esta característica permite diferenciar los textos franceses de los ingleses, en sus palabras: «Los textos ingleses y sus teóricos se plantean desde la historia, y ésa es su gran diferencia con el texto de 1789, que se justifica desde la razón». *Ibidem*, p. 128.

159 Para un recuento detallado del *iter* histórico de aprobación de la Declaración consultar: *Ibidem*, pp. 189-211.

160 *Ibidem*, p. 225.

161 Esta dualidad hombre-ciudadano ha sido discutida en la doctrina; algunos autores han sostenido que se trata del mismo sujeto; otros, como el citado García Ramírez, han leído la dualidad desde el contractualismo que subyace a la Declaración, sosteniendo que la diferencia entre ambos conceptos sería únicamente de perspectiva. *Cfr. Ibidem*, pp. 253-254.

162 *Ibidem*, pp. 248-249.

163 *Cfr*. Hoffman, S. «Geneologies…», *cit*., p. 7.

originada en el marco de la revolución del mismo año.[164] Curiosamente, la importancia de ésta estriba en la discusión entablada en la Asamblea Constituyente y la lucha desde las calles en torno a los derechos sociales, que si bien no fueron reconocidos en el texto final, ello supuso en palabras de Pérez Luño, «[…] el comienzo de una nueva etapa en el proceso de positivación de los derechos fundamentales en la que todavía nos hallamos, y cuya meta se cifra en hacer coincidir los principios de la democracia política con las exigencias de la democracia económica».[165] Además, las numerosas Constituciones españolas de dicho siglo que, en mayor o menor medida, reconocían una serie de derechos civiles y políticos, entre otros textos similares.[166]

Finalmente, el siglo xx que ha de ser el marco histórico de las dos guerras mundiales traerá consigo el nacimiento del derecho internacional contemporáneo. En los ordenamientos jurídicos locales algunos textos abrieron paso expreso al reconocimiento de los derechos económicos y sociales. Es el caso de la Constitución Política mexicana de 1917, que en palabras de Pérez Luño, «…puede considerarse el primer intento de conciliar los derechos de libertad con la nueva concepción de los derechos sociales…»[167] y de la Constitución alemana de Weimar de 1919, considerada el paradigma de conciliación entre las libertades individuales y los derechos económicos y sociales. En la misma línea, la Iglesia afirmará en la encíclica *Rerum Novarum* la importancia del res-

---

164 Para un recuento histórico de los eventos de la revolución y que suscitaron la redacción de una nueva Constitución, revisar García, R. «La Constitución francesa de 1848». En *Historia de…* Peces-Barba, G. *et alii*, *cit.*, pp. 12-26.

165 Pérez Luño, A. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos Editorial, 2005, 9.ª edición, p. 123.

166 Para mayor detalle del contexto histórico y contenido de cada uno de aquellos textos, revisar López, J. y R. Ruíz. «Estudio y exposición de los textos del constitucionalismo liberal en España». En Peces-Barba, G. *et alii*, *Historia de…, cit.*, pp. 126-196.

167 Cfr. A. Pérez Luño, *Derechos Humanos…*, *cit.*, p. 124.

peto a los *derechos naturales del individuo,*[168] en el marco de la situación de los obreros; tema que había capitalizado el socialismo de la época. Al respecto, en respuesta a dicha situación, diversos grupos de la sociedad civil hicieron sentir su descontento, ej. *The Chartist Movement* que atrajo la militancia de miles de obreros en Gran Bretaña.[169]

No ajeno al desarrollo histórico sucintamente presentado, en el derecho internacional clásico se fueron dibujando algunos precedentes al nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos y de los cuales presentaremos ejemplos paradigmáticos.[170] Como se sabe, y de conformidad con la concepción propia de aquellos siglos, las normas de derecho internacional no estaban destinadas a regular la conducta de los individuos. En breve, el carácter interestatal del derecho internacional, *ergo* la falta de subjetividad internacional del individuo eran incuestionables.[171]

Curiosamente, uno de estos precedentes lo constituyen las normas y prácticas protectoras de extranjeros[172] que, como habíamos señalado en

---

168 León XIII, *Carta Encíclica Rerum Novarum sobre la situación de los obreros*, 5 de mayo de 1891, párr. 11.

169 *Cfr*. Gordon Lauren, P. *The evolution of international human rights. Visions seen.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011, 3.ª edición, p. 65.

170 Para un recuento detallado de estos precedentes, consultar: *Ibidem.*

171 *Cfr*. Fernández, C.R. «Desarrollos doctrinales y de la práctica internacional de protección de derechos humanos en el siglo xix». En Peces-Barba, G. *et alii, Historia de…, cit.*, p. 553.

172 Citando el trabajo de A. Ch. Kiss, Cançado Trindade expone al respecto: «[…] not only did the individual in classical international law make an appearance, through his State, but also the list of aliens' rights corresponded grosso modo to the rights contained in the first part of the 1948 Universal Declaration of Human Rights […]. These factors might, therefore, be said to reflect an historical evolution towards an *élargissement du contenu de* a condition *des étrangers*, replacing the rules protecting aliens with (new) rules protecting the individuals as such, thus entailing a certain transformation of the rights themselves guaranteed to aliens by international law». Cançado Trindade, A. *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law. Its rationale in the international protection of individual rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, pp. 20-21.

la sección anterior, fueron también la génesis del derecho internacional de las inversiones. Así, cabe afirmar con Mariño Menéndez que «…las normas del naciente "derecho internacional de extranjería" comprendían desde sus inicios un núcleo de normas protectoras de los derechos humanos fundamentales».[173] En similar sentido, ya habíamos reseñado *supra* la existencia de disposiciones —que podrían entenderse hoy— de derechos humanos en Tratados de Amistad y Comercio.[174]

Además, algunos autores han identificado en la consolidación de la prohibición internacional de la esclavitud, un claro antecedente.[175] Esta prohibición, que requirió de la fuerza del derecho internacional,[176] surgió progresivamente como una respuesta a la presión de grupos organizados desde la sociedad civil, como *The Society for the Abolition of Slave Trade,* fundada por los cuáqueros y cuyo trabajo conduciría a la abolición de la esclavitud en Inglaterra.[177] Otro derecho sobre el que se evidencia una notable incidencia es el de libertad de conciencia y de religión, en cuya

---

[173] *Cfr*. Mariño, F. «Primera parte: La "protección internacional" de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución Francesa». En *Historia de…* Peces-Barba, G. *et alii,* cit., p. 411. El mismo autor ha sostenido, haciendo referencia a un tema ya mencionado en la sección anterior, que la noción de estándar mínimo de tratamiento a personas extranjeras «…acabó influyendo en la consolidación del estándar mínimo universal de derechos humanos». *Cfr*. Mariño, F. «La protección internacional de los derechos fundamentales durante el siglo xix: Marco general, doctrinal y normativo». En *Historia de…* Peces-Barba, G. *et alii, cit*., p. 540.

[174] Sumamos a los ejemplos ofrecidos en la sección anterior el del Tratado de Amistad y Comercio entre los Países Bajos y los Estados Unidos de América, que recogía el derecho a la libertad de conciencia de los súbditos y habitantes de cada una de las partes contratantes. (La Haya, 8 de octubre de 1782).

[175] En particular, Martínez, J.S. *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.

[176] *Cfr*. Shelton, D. *An Introduction to the History of International Human Rights Law, Public Law and Legal Theory Working Paper n.° 346.* Washington D.C.: The George Washington University Law School, 2007, p. 6.

[177] *Cfr.* Hoffman, S. «Geneologies…», *cit*., p. 7.

tutela se avanzó en documentos como el Tratado de Berlín de 1878 y el Acta del Congo de 1885.[178]

Una mención aparte merecen los desarrollos tempranos del derecho de la guerra o *ius in bello.* La consolidación de los ideales de solidaridad de Henry Dunant en la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja, despertó un auténtico movimiento de derechos humanos.[179] Adicionalmente, recordemos los citados episodios del siglo xix que favorecieron el recurso constante al arbitraje internacional como medio pacífico de resolución de controversias; *e.g.*, el Asunto Alabama. Éstos se enmarcaron en una tendencia de humanización de los conflictos, claramente representada en las Conferencias de Paz de La Haya.[180]

Ahora bien, hacia los inicios del siglo xx ya pueden hallarse atisbos más claros del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos. Desde la sociedad civil, la creación de la *Ligue des droites de l'homme* con ocasión del asunto «Dreyfus» trabajará activamente en la promoción del reconocimiento universal de los derechos del hombre. De igual modo, la fundación de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, desembocará en la creación de la Organización Internacional del Trabajo.[181]

Sin embargo, será propiamente a partir de la segunda mitad del siglo xx que surgirán un conjunto de normas dedicadas a la protección internacional del individuo, convencionalmente agrupadas bajo la categoría

---

178 *Cfr*. Fernández, C.R. «Desarrollos…», *cit*., pp. 568 y 597.

179 *Cfr*. Gordon Lauren, P. *The evolution…, cit*., pp. 68-69.

180 Un análisis detallado de las conferencias, especialmente en relación a su influencia en la aparición del derecho internacional de los derechos humanos, puede verse en: Jiménez, C. y E. Crespo. «La organización de la paz y la limitación del uso de la fuerza en pleno apogeo del imperialismo: Las Conferencias de Paz de La Haya». En Peces-Barba, G. *et alii, Historia de…, cit*., pp. 647-690.

181 Para mayor detalle, consultar. Díez de Velasco, M. *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2008, 15.ª edición, p. 366.

genérica de «Derecho Internacional de los Derechos Humanos».[182] La nota característica de estas normas será la consideración de la dignidad humana y el respeto al individuo como valores autónomos de la sociedad internacional, cuya preocupación constante se resume en lograr el goce efectivo de los derechos humanos.[183] Este paso de los ordenamientos domésticos al orden internacional, ha supuesto que el individuo deje su rol ausente en el derecho internacional moderno para convertirse en sujeto del mismo,[184] en un marco normativo que Cançado Trindade ha denominado *el nuevo derecho internacional para la persona humana.*[185]

La Carta de Naciones Unidas, que viese la luz en el seno de la Conferencia de San Francisco de 1945, no establece ningún sistema de protección de derechos humanos. Sin embargo, sentó las bases legales y conceptuales para el desarrollo del actual derecho internacional de

---

[182] *Cfr*. Díez de Velasco, M. *Instituciones…, cit*., p. 649. Como han señalado Buergenthal y otros «Modern international human rights law is largely a post-World War II phenomenon. Its development can be attributed to the monstrous violations of human rights committed during the Nazi era and to the belief itself might have been prevented had an effective international system for the protection of human rights existed in the days of the League of Nations». Buergenthal, T. *et. alii. International Human Rights in a nutshell*. West, 2009, 4.ª edición, p. 29.

[183] *Cfr*. Re, Edward, D. (Judge). «Human Rights, International Law and Domestic Courts». *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 1996, vol. 4, n.º 1, p. 3.

[184] *Cfr*. Bidart, G.J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991, p. 416.

[185] Una exposición amplia de la postura sostenida por dicho autor puede hallarse en: Cançado Trindade, A. *A humanizaçao do direito internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 1-423. En la misma línea, los términos descritos por Cançado Trindade evidencian un cambio de paradigma en la personalidad jurídica internacional que algunos autores han denominado *la humanización del derecho internacional*; esto es «[…] la consideración del individuo y de su dignidad como valor autonónomo de la sociedad internacional que, por tanto, se convierte en un bien jurídico protegible en sí mismo por el derecho internacional […]». *Cfr*. Díez de Velasco, M. *Instituciones…, cit*., p. 649.

los derechos humanos.[186] Le siguió, por consiguiente,[187] la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual «supuso un hito considerable al ser el primer instrumento de carácter general —aunque formalmente no vinculante— que incorporaba un catálogo específico de derechos humanos, proclamado por una organización internacional con vocación universal».[188] Posteriormente, en el ámbito universal, dos tratados internacionales uno de derechos civiles y políticos y otro de derechos económicos, sociales y culturales, así como sus respectivos protocolos. Más aún, la ingente labor codificadora del derecho internacional de los derechos humanos ha permitido positivizar los principios recogidos originalmente en la declaración en numerosos instrumentos internacionales, redactados a inspiración de aquélla.[189]

En el ámbito americano, una labor de codificación similar ha acompañado en paralelo aquélla de alcance universal. Y más aún, ha precedido a esta última como se evidencia en los numerosos tratados sobre

---

[186] Como queda evidenciado en los artículos 1 (3) y 55 (c) de dicho documento, por ejemplo. *Cfr*. BUERGENTHAL, T. *et. alii. International…, cit*., pp. 32-34.

[187] El texto de la Carta impone a los Estados signatarios obligaciones particulares que le otorgaron a Naciones Unidas autoridad suficiente para llevar a cabo una tarea codificadora que inició con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Cfr*. BUERGENTHAL, T. «The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights Law». *Human Rights Quarterly*, 1997, vol. 19, n.° 4, p. 709.

[188] BLANC ALTEMIR, A. «Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal». En *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal.* Blanc Altemir, A. (coord.). Madrid: Tecnos, 2001, p. 13.

[189] VILLÁN DURÁN, C. «La Declaración Universal de Derechos Humanos en la Práctica de las Naciones Unidas». En *La protección*… Blanc Altemir, A. (coord.), *cit*., p. 54. Sobre el carácter vinculante de las disposiciones de la declaración a pesar de su origen no vinculante consultar: MERTON, T. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law.* Clarendon Paperback, 1991, pp. 92-95.

derechos de los extranjeros,[190] derechos de la mujer,[191] nacionalidad y asilo,[192] entre otros. Sin perjuicio de lo cual, el actual sistema de protección de los derechos humanos en la región tiene una doble base legal: por un lado, la Carta de la OEA;[193] y, por otro, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[194]

Para los objetivos trazados en el presente trabajo, es importante resaltar que dicha proliferación codificadora en el derecho internacional de los derechos humanos ha traído consigo una red de órganos encargados de la supervisión del cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales asumidas en los diversos tratados,[195] generando con ello

---

190 *Ej.,* el Tratado sobre Extradición de Delincuentes y sobre la Protección contra el Anarquismo de 1902, la Convención sobre condiciones de los Extranjeros de 1933, etc.

191 *Ej.,* la Convención Interamericana sobre el Reconocimiento de los Derechos Políticos de la Mujer, la Convención Interamericana sobre el Reconocimiento de los Derechos Civiles de la Mujer, ambas de 1948, etc.

192 *Ej.,* la Convención sobre Asilo de 1928, la Convención sobre Nacionalidad de 1933.

193 La Carta de la OEA fue aprobada en la IX Conferencia Internacional de los Estados Americanos llevada a cabo en Bogotá en 1948. Dicho instrumento contenía únicamente referencias imprecisas sobre derechos humanos que vinieron a complementarse con la adopación, en la misma conferencia, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano. Al igual que la Declaración Universal, ésta fue aprobada como una resolución cuya vinculatoriedad ha sido adquirida con los años. Es importante señalar, entonces, que para aquellos Estados que no han ratificado la Convención Americana, le son aplicables los mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos que recoge la Carta de la OEA y que, básicamente, iniciaron con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A estos Estados, además, les alcanzan los efectos de la Declaración Americana. *Cfr*. Buergenthal, T. *et alii. La protección de los derechos humanos en las Américas*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 34-40.

194 *Cfr*. *Ibidem,* p. 31.

195 Cabe apuntar que casi la totalidad de tratados en materia de derechos humanos adoptados en el seno de Naciones Unidas contempla un mecanismo opcional de informes estatales y un procedimiento de comunicación. *Cfr*. Buergenthal, T. *et. alii. International*…, *cit*., p. 48.

una serie de mecanismos centralizados tendientes a efectivizar la promoción y protección de los derechos humanos en el derecho internacional.

Así, por reseñar algunos ejemplos notables, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas tiene a su cargo la supervisión de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a través del mecanismo de presentación de informes, las denuncias entre los Estados y, bajo el protocolo opcional a dicho tratado, la administración del sistema de denuncias individuales.[196] Además, junto a los órganos de supervisión similares al Comité, existen otras instituciones que tienen su base legal en la Carta de Naciones Unidas como, por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.[197] A nivel regional, la Corte Europea de Derechos Humanos[198] y su par en América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[199] ejercen funciones

---

[196] Adicionalmente, el Comité adopta las denominadas «observaciones generales», instrumentos tendientes a interpretar el significado de las disposiciones recogidas en el Pacto. Como ha señalado Buergenthal: «The General Comment has evolved into a type of quasi-judicial in which the Committee spells out its interpretation of different provisions of the Covenant». *Ibidem*, p. 59.

[197] En buena cuenta, todos los órganos de Naciones Unidas abordan temas relativos a derechos humanos de acuerdo a su mandato específico. Ilustrativamente, la Asamblea General discute, modifica y adopta tratados y declaraciones en materia de derechos humanos. *Cfr*. *Ibidem*, p. 117.

[198] El sistema europeo de protección de los derechos humanos estaba, originalmente, conformado por una Comisión y una Corte. La Comisión realizaba funciones similares a las que hoy realiza su par americano, siendo que los casos eran traídos inicialmente a su conocimiento, quien establecía los hechos y decidía en admisibilidad. De ser admisible la petición, la Comisión alentaba una solución amistosa de la disputa en cuestión que de no ser lograda podía devenir en una decisión final por parte del Comité de Ministros o de la Corte Europea. El acceso al mecanismo de peticiones individuales era facultativo, así como la jurisdiccion de la Corte. Con la adopción del Protocolo n.° 11, esto último cambió y la Comisión fue abolida, estableciéndose así, una Corte de carácter permanente. Para un análisis más detallado, consultar: Jacobs F. y R.C.A White. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1996, 4.ª edición.

[199] Para el caso americano, el sistema de protección de derechos humanos lo componen propiamente: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte

jurisdiccionales bajo los diversos tratados en materia de derechos humanos sobre los que tienen competencia. Notablemente, al administrar un sistema de peticiones individuales que concede *ius standi* al individuo, ambos órganos lideran una prolífica jurisprudencia en materia de tutela internacional de los derechos humanos.[200]

Del breve recorrido histórico que hemos delineado se pueden extraer algunas conclusiones: a diferencia del derecho internacional de las inversiones, el proceso de cristalización del derecho internacional de los derechos humanos está acompañado de procesos de constitucionalización a nivel doméstico. Aun cuando ambas ramas del derecho internacional, comparten el impreciso origen que provee el derecho internacional de las personas extranjeras,[201] el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado *pari passu* la lucha del hombre

---

Interamericana de Derechos Humanos, siendo este último el órgano con competencia adjudicatoria o contenciosa, así como consultiva, a fines de interpretar la Convención Americana. Las peticiones son llevadas en primer lugar ante la Comisión quien, eventualmente, tendrá la discreción de llevar el caso a conocimiento de la Corte. A pesar de esta falta de *ius standi* del individuo ante la Corte, los peticionarios o presuntas víctimas tienen la facultad de participar completamente como parte procesal del proceso ante la Corte. *Cfr*. *Guide to International Human Rights Practice*. Hannum, H. (ed.). Devon: Transnational Publishers, 2004, 4th edition, pp. 135-139.

200 Menciónese, además, la labor de comunicación jurisprudencial que tiene lugar entre ambos tribunales en diversos temas. La misma ha quedado propiamente reseñada por el exjuez de la Corte Interamericana, Cançado Trindade. Consultar: Cançado Trindade, A. «Approximations and convergences in the case law of the European and Inter-American Courts of Human Rights». En Cohen-Jonathan G. y J.F. Flauss (eds.). *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européene des droits de l´homme.* Bruylant/Nemesis, 2005, pp. 101-138.

201 *Cfr*. Dupuy, P.M. «Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law». En Dupuy, P.M. *et alii. Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 2.

por el reconocimiento de derechos que antecedan a la voluntad de los Estados.[202]

Esta cuestión no es de relevancia únicamente histórica. A diferencia del derecho internacional de las inversiones, el derecho internacional de los derechos humanos ha generado mecanismos centralizados de tutela de las normas en la materia y un estado del arte mucho más consistente que aquél que proveen los diversos tribunales arbitrales en materia de inversiones. Finalmente, aun cuando el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos comparten la preocupación por el estatus jurídico del individuo en el derecho internacional, el recorrido histórico planteado nos demuestra que dicha tarea se ha emprendido siguiendo procesos normativos históricos claramente diferenciados y altamente especializados, donde pareciese no haber punto de encuentro.

[202] Una consecuencia importante de esto es que mientras las normas del derecho internacional de las inversiones se aplican en dependencia al criterio de nacionalidad, no así aquéllas del derecho internacional de los derechos humanos que prescinden de éste. *Cfr*. Kriebaum, U. «The nature of investment disciplines». En *The foundations of international investment law: Bringing theory into practice.* Douglas, Z. *et alii* (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 48.

Capítulo II
Derecho internacional de las inversiones y derechos humanos: La perspectiva del derecho internacional público

1. Introducción

La relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos debe ser analizada en el marco normativo general del derecho internacional público. Sólo así es posible aprehender adecuadamente e identificar una vía de armonización entre ambos que reduzca o, al menos, dé cuenta de los posibles riesgos de su interacción.

En este capítulo, identificaremos primero los factores que propician una relación entre ambos cuerpos normativos; para luego determinar y analizar los posibles riesgos derivados de dicha interacción. Finalmente, estos dos puntos nos permitirán justificar la relevancia de estudiar la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos.

2. Factores que propician la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos

2.1. La fragmentación normativa en el derecho internacional

La diversificación y especialización normativa es un fenómeno propio de todo ordenamiento jurídico y, por ende, es igualmente predicable del

derecho internacional. Ambos términos [«diversificación» y «especialización»], como ha señalado Matz-Luck, «[e]stán relacionados con la creación de instrumentos jurídicos y principios en diversos ámbitos del derecho y su virtualidad de atender áreas específicas y aparentemente aisladas».[203] Utilizando la terminología de Simma y Pullowski, el derecho internacional se asemeja a una densa red de normas detalladas y superpuestas en áreas tan diversas como la protección del medio ambiente, los derechos humanos y el comercio internacional.[204]

El fenómeno antes mencionado, aunque no es reciente,[205] se ha hecho progresivamente latente. Hafner ha identificado una serie de factores que han propiciado esto: (i) la creciente inter-dependencia global en diversas áreas como la economía, el medio ambiente, etc., que hace de la separación entre ramas del derecho internacional, un ejercicio meramente conceptual; (ii) la «regionalización» del derecho internacional, debido al creciente número de foros regionales comprometidos en el

---

[203] MATZ-LUCK, N. «Norm Interpretation across International Regimes: Competences and Legitimacy». En *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Young, M. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 205.

[204] SIMMA, B. y D. PULKWOSKI. «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law». *The European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, n.° 3, p. 484.

[205] En 1953 Jenks evidenció los problemas que derivaban de la proliferación legislativa en el derecho internacional. Para Jenks —en un razonamiento aun vigente— dichos problemas podían categorizarse de la siguiente manera: «The real difficulties arise when we come to consider conflicts between multipartite instruments which, although concluded between identical groups of parties, operate in different functional orbits and sometimes within the framework of different international organizations, conflicts between a multiparty instrument and another instrument (multiparty or bilateral) to which some but not all of the parties to the first instrument are parties (*inter se* instruments), and conflicts between multiparty instruments the parties to which consist of groups which contain some, and in some cases a large majority of common members but which do not coincide (a typical situation in connection with the revision of multiparty instruments)». JENKS, W.C. «The Conflict of Law-Making Treaties». *British Yearbook of International Law*, 1953, vol. 30, p. 404.

desarrollo del derecho internacional; (iii) la emancipación del individuo del Estado y (iv) la especialización de regulación internacional.[206]

Ahora bien, la diversificación y la especialización han sido, ocasionalmente, empleadas como sinónimas de fragmentación.[207] Notablemente, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas («CDI») en su informe «Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»,[208] utilizó ambos términos para referirse a una única realidad. En adelante, utilizaremos el término «fragmentación» en referencia a la diversificación y especialización normativa del derecho internacional.[209]

Para algunos, la fragmentación representa una erosión del derecho internacional general[210] que debe ser prevenida y evitada;[211] para otros,

---

206 *Cfr*. Hafner, G. «Pros and cons ensuing from Fragmentation of International Law». En *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, vol. 25, pp. 849-850. De similar manera, Dupuy, P.M. «The Danger of Fragmentation of the International Legal System and the International Court of Justice». En *NYU Journal of International Law and Politics,* 1999, n.° 31, p. 795.

207 *Cfr*. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. «Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional». Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional», n.° A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006 [en adelante, «Informe de fragmentación»].

208 *Ibidem*.

209 Siguiendo a: Crawford, J. *Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law*. Leiden: Brill, 2014, p. 215.

210 Aunque escapa al objeto de la presente investigación, es relevante señalar que el contenido y alcance del denominado derecho internacional general es un tema poco atendido en la literatura. Aun cuando se ha vuelto una referencia usual, la «generalidad» del derecho internacional general aparece comúnmente referida a las normas relacionadas con la responsabilidad internacional de los Estados y poco se ha dicho sobre su relación con las fuentes del derecho internacional.

211 Por ejemplo, *Cfr*. Benvenisti, E. y G. W. Downs, «The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law». En *Standford Law Review*, 595 (2007-2008). También notar el llamado de atención sobre el problema que han hecho algunos jueces de la Corte Internacional de Justicia,

es una representación de su natural evolución, que involucra un creciente (y sano) recurso a la solución pacífica de controversias que éste propicia.[212] De manera notable, Pauwelyn ha sostenido que: «[la] fragmentación no es necesariamente mala ni desaparecerá pronto […] lo que debe ser evitado, sin embargo, es que la fragmentación conduzca a islas auto-contenidas de derecho internacional, desligadas de otras áreas del derecho internacional».[213]

En similar sentido, la CDI ha reconocido que «[e]l tema tiene aspectos positivos y negativos, como lo prueba su reformulación del título del tema […]. El título parece indicar que, aunque hay "problemas", no son ni totalmente nuevos ni de tal naturaleza que no puedan tratarse mediante las técnicas que los juristas internacionales han utilizado para resolver los conflictos de normas que hayan surgido en el pasado».[214]

La fragmentación se manifiesta de múltiples maneras. Aunque la más usual es la que deriva de distintas «áreas» del derecho internacional (*ej.,* derechos humanos, derecho penal, derecho medioambiental, etc.),

---

por ejemplo: GUILLAUME, G. (Juez). *Address by HE Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the UN General Assembly*, 26 de octubre de 2000.

212 Por ejemplo, *Cfr*. KOSKENNIEMI, M. y P. LEINO. «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties». En *Leiden Journal of International Law*, 15 (2002). La CDI, en su estudio sobre la fragmentación, optó por una posición neutral sobre los aspectos positivos o negativos de ésta; modificando el título de su estudio de «Risks ensuing from the fragmentation of international law» a «Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law».

213 PAUWELYN, J. «Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Self-Contained Islands». En *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, p. 904. En similar sentido, el professor Abi-Saab ha señalado: «[t]he multiplication of specialized tribunals is, by itself, a healthy phenomenon. Its description by the term "proliferation", with its negative consequences, is misleading». ABI-SAAB, G. «Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks». *NYU Journal of International Law and Politics*, 1999, n.° 31, p. 925.

214 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fragmentación del derecho…, cit.*, párr. 14, p. 15.

también está aquélla marcada por líneas geográficas; es decir, normas de un mismo *régimen* del derecho internacional con características normativas propias dependiendo de la región del orbe a la que resulten aplicables. Los derechos humanos proveen un ejemplo paradigmático de esto, con sistemas regionales de protección diferenciables y autónomos.

Ahora bien, la fragmentación suele representarse a través de la existencia de los denominados «regímenes autocontenidos». Los alcances del término no son claros. Por un lado, el término *régimen* refleja un contenido socio-jurídico ambiguo. Aunque Crawford y Nevill han identificado un uso primigenio de éste en siglo XIX, con una connotación jurídica referida a un marco normativo que regulaba determinadas conductas, usualmente relativas a un área territorial (por ejemplo, el régimen creado para el uso de las aguas del Danubio),[215] éste se ha extrapolado a otro tipo de realidades.

En efecto, el término ya no designa únicamente conjuntos normativos, sino también instituciones jurídicas y mecanismos propios de reconocimiento y cumplimiento de dichas normas.[216] Esto parece haber respondido a una fuerte influencia del desarrollo teórico que de «régimen» hiciera la disciplina de las relaciones internacionales.

En una cita clásica de la materia, Krasner definió el término de la siguiente manera:

---

[215] Crawford, J. y P. Nevill. «Relations between International Court and Tribunals». En *Regime Interaction…* Young, M. (ed.), *cit*., p. 258.

[216] Heejin lo ha conceptualizado en los siguientes términos: «[t]o explain a specific international regulatory system developed along with the functional specialization: international regimes for the internation lal human rights protection, international protection of environment, and the WTO trading system». Heeijin, K. *Regime Accommodation in International Law. Human Rights in International Economic Law and Policy*. Leiden: Brill|Nijhoff, 2006, p. 15.

> [a] set of implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations.[217]

Por un lado, el calificativo «autocontenido», que no escapa al matiz sociológico del término en conjunto, parece involucrar una lectura fragmentadora del derecho internacional. El término es una traducción del inglés «*self-contained*» que refleja con mayor fidelidad su significado; «*self-contained*» es aquello completo en sí mismo, independiente. Conviene que nos detengamos brevemente a analizar cómo el término ha sido utilizado en el derecho internacional, pues su uso refleja cómo la fragmentación propicia la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones.

Por otro lado, y en su uso más común, el término ha sido utilizado para referirse a un conjunto de normas secundarias[218] que excluyen en

---

[217] KRASNER, D. «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables». En *International Regimes*. Krasner, D. (ed.). Nueva York: Cornell University Press, 1983, p. 3.

[218] Las «normas primarias» son «[l]as normas de derecho internacional que determinan que existe una violación a una obligación primaria» mientras las «normas secundarias» son «[l]as normas de derecho internacional que determinan si la violación de una obligación primaria es atribuible al Estado y sus consecuencias legales». *Cfr*. LÓPEZ-BASSOLS, H. *Derecho internacional público y jurisprudencia internacional.* México D.F.: Ed. Porrúa, 2014, p. 294. La diferencia entre «normas primarias» y «normas secundarias» es de naturaleza y finalidad técnica y fue consagrada en el marco de la elaboración del «Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», que únicamente abordó la codificación de las normas secundarias. Esta distinción no debe llevar a pensar que ambos «tipos» de normas existen con independencia unas de otras; la distinción únicamente respondió al ámbito restringido que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas quiso darle al tema. La diferencia estricta entre ambos «tipos» normativos se ha visto desdibujada, por ejemplo, en la regulación de las contramedidas y de las situaciones que excluyen la ilicitud como parte del proyecto de artículos antes mencionado, pues muestra que la distinción entre «normas primarias» y «normas secundarias» tampoco fue rigurosamente aplicada por la Comisión. *Cfr*. DAVID, E. «Primary and Secondary

su aplicación al derecho internacional general.[219] Éste es el uso que le diese la CIJ en el caso *Rehenes de Teherán*. Allí, la Corte atendió a la pregunta de si los presuntos actos de espionaje e intromisión en los asuntos internos de Irán, llevados a cabo por Estados Unidos de América podrían justificar el ataque a la embajada y consulados de este último país en aquél, así como la detención prolongada de sus agentes diplomáticos y consulares. La Corte señaló que no, toda vez que:

> Las reglas de derecho diplomático, en breve, constituyen un régimen autocontenido que, por un lado, establece las obligaciones de los Estados en relación con las facilidades, privilegios e inmunidades a ser otorgados a las misiones diplomáticas y, por otro lado, prevé los posibles abusos por parte de miembros de la misión y establece los medios a disposición del Estado para responder a dichos abusos.[220]

De una lectura del pasaje citado se desprende que la Corte parece haber sostenido que las normas secundarias recogidas en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares, fundamento jurídico de la demanda de los Estados Unidos de América en el caso, excluían la aplicación de las normas secundarias, específicamente de las contramedidas, del derecho internacional general.

Rules». En *The Law of International Responsibility*. *Oxford Scholarship*. Crawford, J. *et alii* (ed.), 2010, pp. 27-33. Correctamente entendidas, las «normas primarias» y las «normas secundarias» debiesen llevar a un empleo adecuado del principio de *lex specialis* en la adjudicación de disputas internacionales. *Cfr*. Gourgourinis, A. «General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System». En *The European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, n.° 4, pp. 1025-2016.

219 *Cfr*. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Fragmentación…, cit.*, p. 92. También: Simma, B. y D. Pulkwoski. «Of planets and the universe: Self-contained regimes in international law». En *The European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, n.° 3, p. 495.

220 [Traducción nuestra] *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran)*, 24 de mayo de 1980, párr. 86.

El término fue empleado de la misma manera, en relación a los derechos humanos, en la decisión del mismo tribunal en el caso *Nicaragua c/ Estados Unidos de América*. Allí la Corte, rechazando el argumento de Estados Unidos, que justificaba su intervención en Nicaragua sobre la base de la tutela a los derechos humanos en dicho país, sostuvo:

> [c]uando los derechos humanos son protegidos por convenciones internacionales, la protección toma la forma de dichos acuerdos para monitorear y asegurar el respeto a los derechos humanos, tal como está previsto en dichas convenciones.[221]

La CDI en la elaboración del «Proyecto de Artículos de Responsabilidad de los Estados por hechos internacional ilícitos». también se refirió a este tipo de «regímenes autocontenidos», rechazando la posibilidad de una autonomía tal que excluya en todo al derecho internacional general. Así, el entonces relator Riphagen, sostuvo:

> Ciertamente estas normas sustantivas, o todo conjunto más o menos estructurado y organizado de normas sustantivas, podían muy bien contener disposiciones encaminadas a reglamentar mejor las consecuencias de su violación. Pero, no excluían la validez ni la aplicación de las normas del derecho internacional general relativas a las consecuencias sustantivas o adjetivas de los hechos internacionalmente ilícitos y representaban simplemente excepciones de las normas generales, no siendo admisibles esas excepciones sino en la medida en que no fueran incompatibles con las normas generales.[222]

Por otro lado, el término se ha utilizado para referirse a un grado de especialización que ha ocasionado que determinadas áreas del derecho

---

[221] [Traducción nuestra] *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, 27 de junio de 1986, párr. 267.

[222] Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones*, 4 de mayo-24 de julio de 1992. Documento n.° A/47/10, párr. 251.

internacional existan con independencia de cualquier otra norma. En otras palabras, cualquier conjunto de normas entrelazadas, tanto primarias como secundarias, que regulan su propia creación, interpretación, aplicación, modificación o extinción.[223]

Éste es el sentido original que le diese al término la CPIJ (antecesora de la CIJ) en el conocido caso *Wimbledon.* Allí la Corte debía dilucidar si las restricciones impuestas por Alemania, al paso de la nave Wimbledon por el canal de Kiel, se justificaban en las disposiciones generales del Tratado de Versalles. La Corte concluyó en negativo, afirmando que las disposiciones específicas sobre dicho canal en el tratado mencionado, excluían las más generales sobre aguas internas. Así sostuvo:

> Las disposiciones relativas al Canal de Kiel en el Tratado de Versalles son, por lo tanto, auto-contenidas; si ellas fuesen complementadas e interpretadas con ayuda de aquéllas referidas a las aguas territoriales navegables de Alemania recogidas en las secciones de la Parte XII, ellas perderían su *raison d'*être.[224]

Como es de verse, la Corte entendió por *autocontenido* el carácter preferente de determinadas normas —sean primarias, secundarias o ambas— en relación con normas externas. Dicho entendimiento lo encontramos de nuevo en su Opinión Consultiva de *Exchange of Greek and Turkish Populations.* Allí la Corte señaló, en el mismo sentido, que las disposiciones recogidas en la Convención de Lausanne excluían la aplicación de cualquier norma externa, *in casu* la legislación nacional de ambos Estados. Así dispuso:

> No hay ninguna indicación de que los autores de la Convención, cuando adoptaron la palabra que ha originado la presente controversia, tuviesen en mente la legislación nacional en lo

---

[223] *Cfr*. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Fragmentación…*, *cit.*, p. 92.

[224] *Case of the S.S. Wimbledon (U.K. vs. Japan)*, 1923, párr. 32.

> absoluto. Todo parece indicar que, en relación con este punto, la Convención es auto-contenida y que la Comisión Mixta en orden a decidir qué constituye un habitante establecido, debe recurrir al sentido natural de las palabras como ya fue explicado.[225]

En buena cuenta, la autonomía a la que alude esta acepción del término *régimen autocontenido,* está referida a la exhaustividad con la cual se ha regulado una cuestión y que conllevaría a la inutilidad de recurrir a otras fuentes.[226] Este uso del término importa una mayor independencia del *régimen* que en el uso anterior, toda vez que da cuenta, no únicamente de independencia en relación al derecho internacional general, sino también en relación a cualquier otra norma externa que pudiese ser relevante.

Una tercera acepción, de creación académica, entiende por «regímenes autónomos» ramas del derecho internacional con alto contenido de especialización funcional en virtud a la cual se deben aplicar normas y técnicas especiales de administración distintas de las generales.[227] En este último sentido, no hablamos únicamente de la existencia de normas aplicables a un régimen, sino que deben sumarse a la ecuación la existencia de instituciones y procedimientos especializados. Este uso del término, a diferencia de los anteriores, posee un matiz más descriptivo que prescriptivo.

En efecto, numerosos autores utilizan los términos «régimen» y «regímenes autocontenidos» en una acepción lata (y notablemente socio-jurídica) como la última. Por ejemplo: Heeijin ha señalado: «[i]nternational regimes are best conceived as composed of complex

---

[225] *Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Article 2)*. (*Greek vs. Turkey*), *Advisory Opinion*, 1925, párr. 50.

[226] *Cfr*. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fragmentación del derecho internacional…*, *cit*., p. 76.

[227] *Cfr*. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fragmentación del derecho internacional…*, *cit*., pp. 76-79.

and interlinked patterns of rules, institutions, and decision-making processes…».[228]

Por su parte, Young ha sostenido que las tres acepciones de «régimen» y «régimen autocontenido» se erigen sobre cuatro presupuestos relacionados con los actores y las instituciones (en la elaboración de normas), las etapas de creación jurídica, la posibilidad de regímenes construidos sobre sistemas o prácticas emergentes; otorgando, en realidad, al término, un amplio contenido.[229] Autores como Carozza parecen haber asimilado esta última acepción, aunque no explícitamente, en los siguientes términos: «The reality of international law is essentially a multiplicity of *functionally sectoral regulatory arrangements*. Even within the sectors that law can lack normative and institutional systemic coherence – for instance, international environmental law can appear as a bricolage of different fragments».[230]

Cual sea la acepción del término que quiera adoptarse, el componente común a todas, es la relación entre las diversas normas del derecho internacional. Aunque el uso del término régimen busca dar cuenta de la diversidad normativa en el derecho internacional, bajo una presunción de falta de interdependencia entre las distintas normas, la realidad jurídica parece marchar por un camino distinto.

---

[228] Heeijin, K. *Regime Accommodation in International Law. Human rights in international economic law and policy*: Leiden: Brill|Nijhoff, 2006, p. 24. Ver también, Matz-Luck, N. «Norm Interpretation across International Regimes: Competences and Legitimacy». En *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Young, M. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 206.

[229] Young, M. *Introduction*. En *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Young, M. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 6-10.

[230] *Cfr*. Carozza, P. «The problematic applicability of subsidiarity to international law and institutions». En *The American Journal of Jurisprudence*, 2016, vol. 61, n.° 1, p. 58.

El ejemplo más notable, a los efectos de este trabajo, es el caso del derecho de propiedad, cuya protección está garantizada en la gran mayoría de tratados de derechos humanos[231] y, a la vez, de tratados de inversión[232] (*albeit* no como «derecho» de propiedad). Esta amplísima protección positiva ha justificado que, al menos, un autor afirme la existencia de un «derecho global a la propiedad»[233] en el derecho internacional. Esta proliferación normativa sobre lo que parecería ser un mismo objeto, trae aparejadas *dificultades* en la interpretación y aplicación de normas similares en distintos regímenes.

Por ejemplo, diversos tribunales arbitrales han exportado razonamientos del TEDH sobre vulneraciones al derecho de propiedad, a fin de resolver controversias expropiatorias derivadas de tratados de inversión. En el muy citado laudo del caso *Tecmed c/ México,* el tribunal arbitral, a fin de determinar si la denegatoria de renovación de una licencia administrativa constituía un acto expropiatorio de conformidad al TBI México-España, recurrió al juicio de proporcionalidad empleado por la Corte de Estrasburgo en su diversa jurisprudencia.[234] También, el tribunal arbitral del caso *Phillip Morris c/ Uruguay*, al determinar si las medidas de salud adoptadas por Uruguay, en relación al consumo de tabaco, habrían vulnerado el estándar de trato justo y equitativo, recu-

---

[231] La mayoría de tratados de derechos humanos contienen una disposición expresa de tutela del derecho a la propiedad. *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21; Protocolo n.° 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, art. 1; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 14; Carta Árabe de los Derechos Humanos, art. 31.

[232] *Cfr*. KARAMANIAN, S.L. «The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration». En *Lewis and Clark Law Review*, 2013, vol. 17, pp. 433-434.

[233] *Cfr*. J.G. SPRANKLING, *The International Law of Property*. Nueva York: Oxford University Press, 2014.

[234] *Cfr*. *Técnicas Medioambientales S.A. Tecmed c/ Estados Unidos Mexicanos*, Caso Ciadi n.° ARB(AF)/00/2, laudo, párr. 122. El juicio de proporcionalidad también ha sido utilizado en otros casos, por ejemplo: *Azurix Corp. y la República Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/01/12, laudo, párrs. 311-312. Nos referimos a este juicio en el capítulo tercero de esta obra.

rrió al estándar del margen de apreciación empleado por el TEDH en su diversa jurisprudencia.[235]

No obstante, cabría preguntarse si dicha exportación de criterios (aunque se presenta como una natural consecuencia de la proliferación normativa del derecho internacional y contradice la lectura fraccionaria detrás del término *régimen*) es realmente apropiada.[236] Por ejemplo: en la jurisprudencia del TEDH, la compensación es uno de los elementos a evaluar para determinar la proporcionalidad de la conducta estatal. Por su parte, en la gran mayoría de tratados de inversión la compensación es un requisito *sine qua non* de legalidad de los actos expropiatorios. ¿Puede prescindirse del texto expreso del tratado en aplicación de una línea jurisprudencial ajena al derecho internacional de las inversiones? Consideramos que no.

Lo que es más, el TEDH ha justificado el recurso al juicio de proporcionalidad en la estructura del artículo de tutela del derecho a la propiedad[237] que, a su vez, difiere de numerosos tratados de inversión (y es en el texto donde debe iniciar la interpretación de un tratado).

---

[235] *Phillip Morris Brand Sárl., Phillip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay*. Caso Ciadi n.° ARB/10/07, laudo, párr. 388.

[236] Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Fireman's Funds c/ México* apuntó sobre el test de proporcionalidad usado en *Tecmed* y exportado de la jurisprudencia del TEDH: «El Tribunal toma nota de que este factor fue tomado en consideración en *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos* […]. Dicho factor es utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos, *id*. en n.° 140, y puede cuestionarse su aplicación como fuente viable para discutir el artículo 1110 del Tlcan». *Fireman's Fund Insurance Company y los Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.° ARB (AF)/02/1, laudo, párr. 176 (j), pie de página 161. El uso del test también fue rechazado en: *Bernhard von Pezold and others vs. Republic of Zimbabwe*. *Icsid Case* n.° ARB/10/15, *award*, párr. 460 (aunque únicamente por las diferencias fácticas entre dicho caso y *Tecmed*).

[237] *Cfr*. Ruzi Fabri, H. «The approach taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for Regulatory Expropriations of the Property of Foreign Investors». *N.Y.U. Environmental Law Journal*, 2002, vol. 48, p. 163.

Estas dificultades no son únicamente teóricas, en su opinión disidente del caso *Phillip Morris c/ Uruguay*, el coárbitro G. Born criticó el recurso al margen de apreciación en la decisión por mayoría, toda vez que «El "margen de apreciación" consiste en una norma legal específica, desarrollada y aplicada en un contexto particular, que no puede ser transferida de forma apropiada al TBI […] existen normas legales bien establecidas que ya se aplican a las cuestiones de trato justo y equitativo las cuales sirven a los mismos efectos que los del "margen de apreciación", pero de forma más sutil y equilibrada».[238]

2.2. La proliferación de órganos jurisdiccionales en el derecho internacional

La otra cara de la fragmentación es la proliferación de órganos jurisdiccionales carentes de un marco sistemático. En palabras de Brown:

---

[238] *Phillip Morris Brand Sárl., Phillip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay*, Caso Ciadi n.° ARB/10/07, opinión concurrente y disidente señor Gary Born, párr. 139. Criticando la amplitud de diferencia del criterio en contraste con el análisis de razonabilidad exigido, a su criterio, por el TBI: «En mi opinión, estas fuentes ordenan que se aplique una diferencia sustancial para las decisiones regulatorias y legislativas de Uruguay, y prohíben todo cuestionamiento a dichas decisiones; sin embargo, requieren un nivel mínimo de racionalidad y proporcionalidad entre la medida del Estado y el propósito gubernamental legítimo». En su crítica, el coárbitro también enfatiza la diferencia entre el texto del TBI (estándar trato justo y equitativo) y del artículo 1 del Protocolo n.° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos en el que se basaba el TEDH para aplicar la denominada doctrina del margen de apreciación. *Cfr. Ibidem*, párrs. 183 y 184. El profesor Born no es el único en sostener que la protección bajo el TBI es más favorable al inversionista que la que deriva del Convenio Europeo, el tribunal arbitral del caso *Roussalis c/ Rumanía*, rechazando los reclamos del inversionista derivados del Convenio Europeo, sostuvo: «given the higher and more specific level of protection offered by the BIT to the investors compared to the more general protections offered to them by the human rights instruments referred above». *Spyridon Roussalis vs. Romania*. *Icsid Case* n.° ARB/06/1, *award*, párr. 312.

> [n]o hay vínculo formal entre las distintas cortes internacionales, y no hay una estructura jerárquica dentro de la cual éstas operen; lo que en buena cuenta significa que los tribunales internacionales operan esencialmente en aislamiento uno de otro, incrementando así las posibilidades de decisiones inconsistentes.[239]

A su vez, la proliferación de órganos jurisdiccionales tiene dos caras: (i) por un lado, hay una creciente oferta de órganos jurisdiccionales, que acompaña la especialización normativa a la que hicimos antes referencia; y (ii) por otro lado, hay una creciente demanda de órganos jurisdiccionales, resultado del mayor acceso directo a la justicia internacional (*ius standi*) del individuo en diversos regímenes.

Los efectos de esta proliferación pueden leerse tanto como una mayor justiciabilidad de diversas controversias[240] y una contribución a la predictibilidad[241] y a la evolución[242] del derecho internacional, como un problema a la legitimidad de éste.

---

[239] Brown, C. (Dr.). *A Common Law of International Adjudication*. Nueva York: Oxford University Press, 2007, p. 16. De manera similar, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, en su decisión más importante, *El Fiscal c/ Tadic* apuntó: «El derecho internacional, en la medida que carece de una estructura centralizada, no cuenta con un sistema judicial integrado que funcione en base a una repartición ordenada de competencia entre un número de tribunales, donde ciertos aspectos o componentes de jurisdicción puedan ser centralizados o atribuidos a uno de ellos y no a otros. En el derecho internacional, cada tribunal es un sistema autocontenido (a falta de disposición en contrario)». *Prosecutor vs. Dusko Tadic, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction,* párr. 11. [Traducciones nuestras].

[240] *Cfr*. Buergenthal, T. «Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it good or bad?». *Leiden Journal of International Law*, 2001, vol. 14, p. 272.

[241] *Cfr*. Kingsbury, B. «Foreword: Is the proliferation of international tribunals a problem?». *New York Journal of International Law and Politics*, 1999, vol. 31, p. 686.

[242] Charney, cuya postura rechaza una lectura negativa de la proliferación de órganos jurisdiccionales, ha sostenido en particular: «One strength of the multiplicity of international tribunals is that it permits a degree of experimentation and exploration, which can lead to improvements in international law. The lack of a strictly

La proliferación de órganos jurisdiccionales facilita, también, la interacción normativa en el derecho internacional. Por ejemplo, la saga de casos *Yukos* recoge un episodio que evidencia esto. Yukos, empresa constituida en Rusia, inició un proceso ante el TEDH por violación a diversos derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluido el derecho de propiedad.[243] Al año siguiente, los accionistas de *Yukos* (Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Ltd. y Veteran Petroleum Ltd.) iniciaron un procedimiento arbitral bajo el Reglamento de Arbitraje Uncitral[244] por la alegada vulneración a diversas disposiciones del Tratado de la Carta de la Energía, incluida la prohibición de expropiación[245] (como vimos en el acápite anterior, esta múltiple protección a la propiedad es característica del derecho internacional *in statu quo*).

Si bien se trata de dos órganos jurisdiccionales distintos y cuya jurisdicción es independiente la una de la otra, los fundamentos fácticos de ambas controversias, que sustentaban la reclamación derecho de propiedad/expropiación, eran similares[246] y, de cierto modo, las disposiciones

---

hierarchical system provides international tribunals with the opportunity to contribute collectively ideas that might be incorporated into general international law. It also facilitates the evaluation of those ideas by the international community as a whole. Ultimately, one would expect that the best ideas will be adopted widely, contributing to the body of international law». CHARNEY, J.I. «The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals». *New York Journal of International Law and Politics*, 1999, vol. 31, p. 700.

243 Recogido en el artículo 1° del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

244 Los laudos derivados de estos arbitrajes fueron luego anulados por la Corte del Distrito de La Haya.

245 Recogida en el artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía.

246 En efecto, ante el proceso en el TEDH, Rusia alegó que la petición de Yukos era inadmisible, toda vez que éste había iniciado procesos arbitrales con sede en La Haya sobre los mismos hechos. En efecto, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales dispone, en su artículo 35.2, que una demanda individual es inadmisible cuando «[…] sea esencialmente la

aunque no iguales sí son similares.[247] Ambos órganos jurisdiccionales emitieron su propia decisión del caso. El TEDH concluyó que se había vulnerado el derecho a la propiedad de Yukos y el tribunal arbitral concluyó que se había vulnerado el estándar expropiatorio. No obstante, la diferencia en la reparación otorgada en ambos casos, fue abismal.

2.3. El rol del individuo en el derecho internacional

Bajo el derecho internacional de las inversiones *in statu quo,* el inversionista extranjero está directamente protegido por diversas disposiciones recogidas en tratados de inversión. Estas disposiciones se repiten, aunque con diversos matices, en la amplia gama de estos tratados. Notablemente, el inversionista extranjero está facultado a acudir directamente a un tribunal arbitral supranacional para exigir una reparación por la vulneración a cualquiera de dichas protecciones.

Dos notas particulares de esta facultad llaman la atención: (i) el modelo actual de acceso a la justicia internacional de los inversionistas

misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos». El Tribunal analizando esta disposición, concedió que los hechos que sustentaban las pretensiones en ambos casos eran los mismos; sin embargo, las partes eran distintas (en un caso la rusa Yukos y en otros casos los inversionistas extranjeros que actuaban en calidad de accionistas de Yukos), lo que impedía afirmar que la solicitud arbitral era «esencialmente la misma» que la demanda individual en los términos del Convenio. *Cfr*. TEDH, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos vs. Russia*, *Application* n.º 14902/04, *judgment*, 20 de septiembre de 2011, párrs. 520-526. A una decisión similar llegó el tribunal arbitral. *Cfr. Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation. PCA Case* n.º AA 227, *Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*.

247 Analizando la diferencia entre ambas disposiciones en el marco de la controversia de Yukos: De Brabandere, E. «Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos-Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals». En *Icsid Review. Foreign Investment Law Journal*, 2015, vol. 30, nº 2, pp. 345-355.

extranjeros,[248] contrapuesto a la protección diplomática, implica que el inversionista actúa en derecho propio y reivindica a través del arbitraje sus propios derechos derivados del TBI y del derecho internacional;[249] y (ii) aunque el consentimiento estatal es aun un elemento esencial para la activación del mecanismo de solución de controversias de los TBI,[250] lo es cada vez menos.

Esto se enmarca en un cambio del *paradigma consensual* en la adjudicación de disputas en el derecho internacional (en el cual un consentimiento específico era requisito jurisdiccional) a un *paradigma obligatorio* (en el cual el consentimiento está implícito en la ratifi-

---

[248] *Cfr*. ORREGO-VICUÑA, F. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 30-31. El profesor ORREGO-VICUÑA, inclusive habla de «[…] a new trend in dispute settlement under international law, one where access of individuals and corporations to international claims and remedies is gradually being recognized as a right inherent in their possession of international personality».

[249] A pesar del debate en torno a la naturaleza de los derechos que invoca el inversionista en el arbitraje (*i.e.,* ¿se trata de derechos cuya titularidad es directamente atribuible al inversionista o de derechos cuya titularidad le corresponde al Estado?; y, ¿únicamente su ejercicio es concedido al inversionista?). La decisión de una Corte de Apelaciones inglesa en el caso *Occidental* representa una postura a favor de la primera opción, en los siguientes términos: «[…] the fundamental assumption underlying the investment treaty regime is clearly that the investor is bringing a cause of action based upon the vindication of its own rights rather than those of its national State. […]». *Cfr*. ENGLISH COURT OF APPEAL. *Occidental Exploration and Production Co. vs. Republic of Ecuador*, 2005. Un análisis detallado de este debate puede encontrarse en: BRAUN, T.R. *Globalization-driven Innovation: The investor as a partial subject in public international law —an inquiry into the nature and limits of investor rights—. Jean Monet Working Paper* n.° 4/13. Nueva York: New York University School of Law, 2013.

[250] La profesora Brigitte Stern, en su opinión disidente del caso *ABCI c/ Túnez*, sostuvo: «*Comme chacun le sait, le consentement est la clé de voûte de l'arbitrage Cirdi, comme d'ailleurs de tout arbitrage* […]. *S'il est important que le consentement de l'Etat souverain soit clair et certain, il doit nécessairement en aller de même du consentement de l'investisseur, qui doit lui aussi être clair et certain». ABCI Investments N.V. c/ République tunisienne. Affaire* Cirdi n.° ARB/04/12, *opinion dissidente du Professeur Brigitte Stern*, párr. 2.

cación del tratado relevante y el litigio puede ser iniciado unilateralmente).[251] En la práctica este cambio de paradigma se ha visto reflejado, por ejemplo, en la decisión de jurisdicción y admisibilidad del tribunal arbitral del caso *Abaclat c/ Argentina.* Allí, alrededor de 60,000 tenedores de bonos argentinos demandaron a la República Argentina por presuntos incumplimientos al TBI Argentina-Italia. Argentina objetó la jurisdicción del tribunal para conducir un arbitraje «colectivo» ante la falta de una disposición expresa en el Convenio Ciadi que regulase ese tipo de procesos. El tribunal arbitral concluyó que el silencio en el Convenio no representaba un impedimento a tramitar un arbitraje de esa naturaleza, siempre que los requisitos *ratione personae* se verifiquen en los demandantes.[252]

En consecuencia, el inversionista extranjero ocupa el rol protagónico en el derecho internacional de las inversiones. Por su parte, el Estado ocupa, más bien, un rol pasivo. El rol *iusgenerativo* del inversionista[253] es innegable[254] y mientras, en el pasado, la conducta

---

[251] *Cfr*. Romano, C. «The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent». *New York University Journal of International Law and Politics*, 2007, vol. 39, p. 794. También: Lauterpacht, E. *Aspects of the Administration of International Justice*. Grotius, 1991, p. 25.

[252] *Abaclat y Otros c/ La República Argentina*. Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad. Caso Ciadi n.° Arb/07/05.

[253] *Cfr*. Álvarez, J.E. «Are corporations subjects of international law?». *Santa Clara Journal of International Law*, 2009, vol. 1, p. 11.

[254] Más aún, en un escenario donde los tribunales arbitrales parecen haber adoptado el modelo de adjudicación predominantemente del *common law*, en el cual el juez actúa conforme a las aristas del caso, tal como son planteadas por las partes (dejando de lado principios como el *iura novit curia*). En efecto, Walde ha apuntado: «[…] with the predominance of the common law model, the tribunal (with variations) is primarily a passive vehicle for the parties' submission of facts and legal theories. A tribunal cannot simply veer off and initiate extensive fact-finding on its own; its powers (and the perception of its powers) to order the parties (and even more so compel the parties) to produce evidence is limited». *Cfr*. Walde, T. «The specific nature of investment arbitration». En Kahn, P. y T. Walde (eds.). *New aspects of international investment law.* Leiden: Bill|Nijhoff, 2007, p. 53.

positiva del Estado era necesaria para activar la justicia internacional, ahora el inversionista cuenta con su propia llave maestra.[255] Adicionalmente, la existencia de cláusulas jurisdiccionales en los tratados de inversión que pueden, potencialmente, extender la jurisdicción de los tribunales arbitrales a diversos aspectos de una misma controversia, coloca al inversionista en una posición privilegiada en el derecho internacional[256] al tener un foro donde discutir todos los aspectos jurídicamente relevantes de una disputa.[257]

Este rol central del inversionista se complementa con una creciente participación de la sociedad civil en los arbitrajes de inversiones. Como

---

[255] Adoptando la metáfora de Salles en SALLES, E. *Forum shopping in international adjudication*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 23.

[256] El Estado, en cambio, se encuentra de cierto modo, en una posición asimétrica. Mientras el inversionista puede exigirle el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, el Estado no posee —la mayoría de veces— esta posibilidad *albeit* la naciente justiciabilidad de las obligaciones de inversionistas en el arbitraje de las inversiones, reflejada en justa medida en la decisión del tribunal arbitral en el caso *Urbaser c/ Argentina* y que será objeto de análisis en el capítulo siguiente. También, un número creciente de TBI que involucran partes africanas, recogen expresamente obligaciones a cargo de los inversionistas cuyo cumplimiento puede ser exigido a través del arbitraje.
Por ejemplo, el artículo 9 del *Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investment among Member States of the Organization of the Islamic Conference* (OIC), dispone: «The investor shall be bound by the laws and regulations in force in the host State and shall refrain from all acts that may disturb public order or morals or that may be prejudicial to the public interest. He is also to refrain from exercising restrictive practices and from trying to achieve gains through unlawful means». También: artículo 9 del *Protocol of Finance and Development del South African Development Community*; el Capítulo 4 del borrador del *Pan-African Investment Code* y el Capítulo 3 de la *Supplementary Act del Trade and Investment Framework Agreement between The Government of the United States of America and The Economic Community of West African States* (los dos últimos con una regulación detallada de obligaciones de titularidad de los inversionistas de diversa naturaleza).

[257] *Cfr*. VAN AKEN, A. «Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law». En *Finnish Yearbook of International Law*, 2006, vol. XVII, p. 94.

describimos en el capítulo precedente, la evolución de éste hacia una mayor transparencia y una cabida a intereses diversos a los de las partes a través de los *amici curiae*, evidencia una innegable centralidad del individuo (no únicamente del individuo como inversionista, sino del individuo como individuo) en el derecho internacional de las inversiones.[258]

Como quiera que esta *humanización* del derecho internacional de las inversiones involucra a un rol central del individuo en los arbitrajes inversionista-Estado, la invocación estratégica a normas de derechos humanos (sea por el inversionista, por el Estado en defensa de los intereses públicos o por la propia sociedad civil) en la discusión sobre el fondo de una controversia que puede ser caracterizada típicamente como de inversiones o el uso del arbitraje de inversiones como un foro para resolver una controversia típicamente de derechos humanos, son escenarios posibles y jurídicamente viables.

2.4. Los alcances imprecisos del derecho a regular del Estado

En un texto clásico, el profesor García-Amador apuntaba:

> El derecho a «expropiar», inclusive en su sentido lato, está reconocido en el derecho internacional, independientemente de los

[258] Amado, Shaw y Doe han propuesto una estructura de acceso a la justicia internacional en materia de inversiones que reconoce *ius standi* directo no solamente a los inversionistas sino también a terceros en su calidad de individuos. En palabras de los autores: «[…] these actors might reasonably elect, in the exercise of their autonomy, to submit their claims to adjudication in an international arbitral forum. This choice heralds a demand for more than *amicu curiae* submissions, more than an opening of the hearing room doors, and more than the publication of awards, for a leap beyond mere transparency to offer an avenue for the vindication of rights of investment stakeholders from investors and their home States to host States and their nationals». Amado, J., J. Shaw y M. Doe. *Arbitrating the Conduct of International Investors*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 3.

> derechos patrimoniales involucrados o de la nacionalidad de las personas a quiénes les pertenecen estos últimos.[259]

En efecto, es pacífico afirmar que —bajo el derecho internacional— los Estados tienen el derecho a expropiar[260] la propiedad de inversionistas extranjeros;[261] esto es una manifestación de la soberanía de los Estados.[262]

No obstante, el derecho a expropiar no es ilimitado y, en cambio, su ejercicio está sujeto a cuatro condiciones: (i) que la expropiación sea efectuada en el interés público; (ii) que la expropiación no sea discriminatoria; (iii) que la expropiación observe los principios del debido proceso; y (iv) que una compensación sea pagada al inversionista contra

---

259 [Traducción nuestra] GARCÍA-AMADOR, F.V. «Fourth report on State Responsibility by Mr. F.V. García-Amador, Special Rapporteur». *Document* n.° A/CN.4/119. En *Yearbook of the International Law Commission*, 1959, vol. II, párr. 41.

260 Nos referimos a éste como «derecho a regular». Aunque el alcance material de este término se extienda más allá de los reclamos en materia de expropiación, ilustra mejor la doctrina de poderes de policía a la que haremos aquí referencia.

261 DOLZER, R. y C. SCHREUER. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 2nd edition, p. 98; MCLACHLAN *et alii*. *International investment arbitration. Substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 1st ed., p. 267. No es objeto de este trabajo ofrecer una taxonomía detallada de actos expropiatorios. En principio, cabe señalar que la expropiación puede ser tanto directa (si hay una privación formal del título de propiedad del inversionista a través de un acto positivo del Estado o de un tercero actuando en representación de éste) o indirecta (si, a través de un acto positivo o negativo del Estado, se afecta sustancialmente la inversión extranjera a pesar de que no hay una privación del título sobre ésta). En adelante, nos referiremos a ambos tipos como «expropiación», en la medida de que la cuestión que aquí discutimos (*i.e.*, el límite entre una medida expropiatoria y un acto regulatorio) es igualmente aplicable a ambas.

262 Muchas veces expresada como soberanía sobre los recursos naturales. *Cfr*. BROWNLIE, I. «Legal status of natural resources in international law (some aspects)». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 162, pp. 253-272.

el acto expropiatorio.[263] El cumplimiento de estas condiciones permite hablar de una expropiación legítima.[264]

La racionalidad de estas condiciones es múltiple. Por un lado, el derecho a la propiedad importa un respeto a su libre ejercicio, tal como está reconocido en diversos instrumentos en materia de derechos humanos. Inclusive antes de la existencia de estos instrumentos, el derecho internacional reconocía como un principio el respeto a los derechos adquiridos.[265] De igual modo, el principio de prohibición de enriquecimiento ilícito —que también ha merecido reconocimiento como derecho internacional consuetudinario—[266] justifica una limitación al dere-

---

[263] *Cfr*. Fortier, L.Y. y S. L. Drymer. «Indirect expropiation in the law of international investment: I know it when I see it, or *caveat investor*». En *Icsid Review*, pp. 295-296; Newcombe, A. y L. Paradell. *Law and practice of Investment Treaties: Standards of treatment*. La Haya: Wölters Kluwer, 2009, p. 321; Lowe, V. «Changing dimensions of international investment law». En *Chinese Academy of International Law*. *Working paper* n.° 4/2007, 2007, p. 53.

[264] *Contrario sensu,* la inobservancia de estas condiciones involucra una expropiación arbitraria. En palabras del profesor García-Amador: «This second category [*i.e*., arbitrary expropiation] covers measures of expropriation which are not in conformity with the international conditions and limitations to which the exercise of the right of expropriation is subject and which, consequently, involve an "abuse of right"». García-Amador, F.V. «Fourth report on…», *cit*., párr. 51.

[265] En palabras de la CPIJ: «[…] the principle of respect for vested rights […] forms part of generally accepted international law». Corte Permanente Internacional de Justicia. *Certain German interests in Polish Upper Silesia*, Series A, n.° 7, p. 42. También: Lalive, P. «The doctrine of the acquired rights». En *SouthWestern Legal Foundation*, *Selected Reading on the Protection of Foreign Investment*, 1964.

[266] El profesor García-Amador: «[…] the doctrine of "unjust enrichment" (*enrichissement sans cause*) has been used as a criterion for determining the quantum of reparation for damage caused by acts or omissions contrary to international law […]. And it is precisely because it is a cause of action; *i.e*., a source of *quasi*-contractual obligations between States and aliens, obligations (sic) the non-fulfilment of which may render the State responsible at international law, that the doctrine of "unjust enrichment" is related, and indeed very closely related, to the principle of respect for acquired rights». García-Amador, F.V. «Fourth report on …, *cit*., párr. 13. También, el profesor Jiménez de Aréchaga: «This principle signifies that it is not the elements of the loss suffered by the expropriated in-

cho a expropiar. En todo evento, las condiciones antes mencionadas (y, sobre todo, la exigencia de compensación) se sostienen en una consideración de justicia distributiva: impedir que la comunidad se beneficie indebidamente a expensas de un individuo o, dicho de otro modo, que las cargas públicas sean asumidas exclusivamente por un individuo y no por toda la comunidad.[267]

En ese sentido, el derecho internacional brinda una protección contra la conducta arbitraria del Estado, sentando un estándar mínimo que éste debe respetar si, de algún modo, afecta o priva a un extranjero/inversionista de su propiedad. El derecho internacional no provee un

---

dividual owner, but rather the enrichment, the beneficial gain which has been obtained by the nationalizing State, which must be taken into account. Any measure which results in a transfer of wealth in favor of the nationalizing State or one of its agencies gives rise to a duty to compensate». Jiménez de Aréchaga, E. «State responsibility for the nationalization of foreign owned property». En *New York University Journal of International Law and Politics*, 1978, vol. 11, n.° 2, p. 182. No obstante, el énfasis en la apropiación de la propiedad a través del acto regulatorio no suele utilizarse como un elemento relevante para determinar la configuración de un acto expropiatorio. Ello, sin perjuicio de que algunas decisiones arbitrales parecieran poner de relieve la apropiación como un elemento determinante. Por ejemplo, en el caso *Olguín c/ Paraguay,* el tribunal arbitral, sostuvo: «Para que se produzca una expropiación se requiere de actos que puedan considerarse razonablemente idóneos para producir el efecto de una privación del bien que pertenece al afectado, de modo tal que quien realiza tales actos adquiera, directa o indirectamente, el dominio o al menos los frutos de los bienes expropiados». *Señor Eudoro Armando Olguín c/ República de Paraguay*, Caso Ciadi n.° ARB/98/5, laudo, párr. 84. La relevancia de la apropiación en el caso es, a nuestro entendimiento, relativa. El tribunal arbitral no la utilizó como un criterio autónomo para determinar el carácter del acto denunciado, sino como una evidencia del propósito del acto.

267 Ésta fue la racionalidad esgrimida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en su conocida decisión del caso *Penn Central Transportation* y que ha sido utilizada en el marco de la discusión sobre la doctrina de los poderes de policía en el derecho internacional. *Cfr. Penn Central Transportation Co. vs. New York City*, 438 US 104, 1978, párr.123.

concepto universal de qué debe entenderse por propiedad (lo que, únicamente, se determina con referencia al derecho doméstico).[268]

Ahora bien, el análisis de cualquier controversia expropiatoria se divide en, al menos, cuatro etapas: (i) el derecho presuntamente afectado califica como propiedad a efectos del reclamo expropiatorio y, de ser así, cuál es su alcance; (ii) dado que existe un derecho de propiedad presuntamente afectado, deberá determinarse si se ha configurado un acto expropiatorio; (iii) habiéndose configurado un acto expropiatorio, deberá determinarse si éste fue un acto legal; y (iv) en todo caso, habiéndose configurado un acto expropiatorio (legal o ilegal), cuál es el estándar de compensación exigible en el caso. La segunda y tercera etapas son las que resultan relevantes de análisis a efectos de esta sección.

Una primera observación, en relación a estas etapas, es la dificultad que enfrenta el juzgador ante la ausencia de una definición de «expropiación» en la gran mayoría de tratados de inversiones. Por ejemplo, el Tlcan únicamente dispone: «Ninguna de las partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación) […]»[269] y el Tratado de la Carta de la Energía, de manera similar:

> Las inversiones de los inversores de una parte contratante en el territorio de otra parte contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación.[270]

---

[268] *Cfr*. Massouridis, P.A. «The effects of confiscation, expropriation and requisition by a foreign authority». En *Revue Hellenique De Droit International*, 1950, vol. 62, n.° 3, párr. 3, p. 64.

[269] Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan), artículo 1110.

[270] Tratado de la Carta de la Energía, artículo 13.

Esto genera que la caracterización de un acto como expropiatorio sea típicamente casuística,[271] o en palabras del tribunal arbitral del caso *Generation Ukraine c/ Ucrania*: «The product of discernment, and not the printout of a computer programme»,[272] en atención tanto a las particularidades fácticas de cada caso como al texto del tratado de inversión que sirve como causa de acción en la controversia.

Aunque, como señalamos, la mayoría de tratados de inversión no ofrecen una definición de «expropiación»; algunos sí incluyen expresamente una serie de criterios para determinar cuándo estamos frente a una. Por ejemplo, el reciente borrador del Modelo de TBI de los Países Bajos incluye una regulación detallada en ese sentido:

> […]
> 2. Una expropiación directa ocurre cuando una inversión es nacionalizada o de otro modo directamente apropiada a través de una transferencia formal del título o una apropiación directa.
> 3. Una expropiación indirecta ocurre si una medida o una serie de medidas de una parte tienen un efecto equivalente a la expropiación directa, en la medida que éstas privan sustancialmente al inversionista de los atributos fundamentales de la propiedad en su inversión, incluidos el derecho a usar, disfrutar y disponer de su inversión, sin necesidad de la transferencia formal del título o la apropiación directa.
> 4. La determinación de si una medida o serie de medidas adoptadas por una parte, en circunstancias específicas, constituye una expropiación indirecta, requiere de un análisis caso a caso, basado en hechos, que considere, entre otros factores:
>   a) El impacto económico de la medida o serie de medidas, a pesar de que el solo hecho de que la medida o serie de medidas de una parte tiene un efecto adverso en el valor económico de una inversión no determina que una expropiación indirecta ha ocurrido;

---

[271] *Cfr. Bear Creek Mining Corporation c/ República del Perú*. Caso Ciadi n.° ARB/14/21, laudo, párr. 372.

[272] *Generation Ukraine Inc. vs. Ukraine. Icsid Case* n.° ARB/00/9, *award*, párr. 20.29.

b) La duración de una medida o serie de medidas por una parte; y
c) El carácter de la medida o serie de medidas, notablemente, su objeto y contexto.[273]

Sin perjuicio de regulaciones detalladas, aunque no exhaustivas (el modelo de tratado de inversión citado, hace referencia a «entre otros factores»), la jurisprudencia arbitral ha desarrollado una serie de criterios que suelen analizarse cumulativamente para determinar cuándo estamos frente a un acto expropiatorio: el impacto económico de la medida,[274] la duración temporal de la interferencia con la inversión,[275]

---

[273] [Traducción nuestra]. *Netherlands Draft model BIT, article 12*. También el modelo de TBI de los Estados Unidos de América recoge una disposición similar a la contenida en el párrafo cuatro del modelo citado.

[274] Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Valores Mundiales* sostuvo: «El tribunal considera que, en el contexto de una expropiación indirecta, la privación de aquellos derechos fundamentales debe ser de tal magnitud que lleve al tribunal a concluir que mantener el título de la inversión no representa beneficio alguno al inversor». *Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. c/ República Bolivariana de Venezuela*. Caso Ciadi n.° ARB/13/11, laudo, párr. 390. También, el tribunal arbitral del caso *Busta,* sostuvo: «The Tribunal further notes that, for an expropriation to occur, in the form of direct or creeping expropriation, there must be a permanent and irreversible deprivation». I.P. Busta and *J.P. Busta vs. The Czech Republic*, *SCC Rules Arbitration Case* n.° V2015/014 (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*), *award*, párr. 389. Entre otros: *P.L. Holdings S.a.r.l. vs. Republic of Poland*, SCC Rules, *Arbitration Case* n.° V 2014/163, párrs. 320-321; *Flemingo DutyFree Shop Private Limited vs. The Republic of Poland*, *Uncitral Arbitration, award*, párr. 592; *Windstream Energy LLC vs. Government of Canada*, *Uncitral Arbitration, award,* párr. 285; *Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. vs. Plurinational State of Bolivia*, *Icsid Case* n.° ARB/06/2, *award*, párr. 238; *Pope & Talbot Inc. vs. the Government of Canada*, Uncitral, *interim award*, párr. 102.

[275] Por ejemplo: *Azurix Corp. c/ la República Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/01/12, laudo, párr. 313. No obstante, como bien ha apuntado Reinisch: «[…] the boundary of when an interference becomes such an expropriation remains unclear since in one case 18 months were held not be sufficient whereas in another case one year sufficed. Each decision will depend upon the specific circumstances of the case and the evaluation by those called upon to make it». Reinisch, A. *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 161.

las legítimas expectativas del inversionista,[276] la conducta del inversionista.[277] Aunque estos criterios cuentan con notable aceptación, existe controversia en relación a cuál atribuírsele mayor valor interpretativo.

Una segunda observación, en torno a las etapas comentadas, es la pertinencia y alcances de la denominada doctrina de poderes de policía (que cuenta con *status* de derecho internacional consuetudinario).[278] De conformidad a la doctrina de poderes de policía, una conducta estatal no discriminatoria que interfiere con la propiedad del inversionista, siempre que sea practicada, de conformidad al interés público no es expropiatoria y, consecuentemente, no obliga al Estado a reparar al inversionista por el daño ocasionado.[279] La doctrina es problemática por su falta de claridad conceptual y metodológica.

---

[276] Por ejemplo, *Sempra Energy International vs. the Republic of Argentina*, *Icsid Case* n.° ARB/02/16, *award*, párr. 288 (*albeit* sosteniendo que las legítimas expectativas no hacían menos exigente test de expropiación); *Methanex Corporation vs. United States of America*, Uncitral, *final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits*, part IV, Chapter D, párr. 7 (*albeit,* sosteniendo que, para ser relevantes en el análisis expropiatorio, las legítimas expectativas del inversionista tendrían que derivar de una manifestación del Estado que haya dado lugar a éstas).

[277] Por ejemplo: *Generation Ukraine…*, *cit.*, párr. 20.30.

[278] El tribunal arbitral del caso *Saluka* sostuvo: «[…] the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are "commonly accepted as within the police powers of States" forms part of customary law today». *Saluka Investment B.V. c/ Czech Republic*, *Uncitral Arbitration, partial award*, párr 262. También *cfr.*: VIÑUALES, J.E. «Customary Law in Investment Arbitration». En *The Italian Journal of International Law*, 2014, vol. 23, pp. 23-48; HERTZ, J.H. «Expropriation of Foreign Property». En *The American Journal of International Law*, 1991, vol. 243, pp. 251-252; PELLET, A. «Police Powers or the State's Right to Regulate». En *Building International Investment Law: The First 50 Years of Icsid*. Kinnear M. (ed.). La Haya: Kluwer Law International, 2015, pp. 450-454 y GARCÍA-AMADOR, F.V. «Fourth report on…», *cit.*, párr. 43.

[279] *Cfr*. TITI, A. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Londres: Nomos, 2014, p. 33.

El derecho internacional *in statu quo* no ofrece un criterio uniforme para determinar cuándo estamos frente a un acto expropiatorio y cuándo frente a un acto regulatorio (no compensable).[280] Algunos tribunales han enfatizado que el impacto económico del acto expropiatorio sobre la inversión es determinante para establecer cuándo estamos frente a un acto regulatorio.[281] En nuestra opinión, esto es erróneo. El impacto económico sirve para diferenciar entre un acto expropiatorio (para el derecho internacional) y un acto que interfiere con la propiedad del inversionista extranjero, pero cuya entidad es irrelevante para el derecho internacional.[282]

Un acto podría no ser expropiatorio, a pesar de haber sido adoptado de manera arbitraria y en vulneración a los principios del debido proceso. En ese escenario, el acto puede dar lugar a una vulneración a otro estándar del tratado de inversión (como el trato justo y equitativo) o del derecho internacional consuetudinario (como la denegación de justicia), mas no constituirá una expropiación. De modo tal que, el énfasis en el impacto económico es erróneo porque si el impacto no es tal que dé lugar a una expropiación, no necesariamente será porque el acto es regulatorio.

---

[280] *Cfr*. Fortier, L.Y. y S.L. Drymer. «Indirect Expropiation…», *cit*., p. 299.

[281] En el caso *SD Myers*, el tribunal arbitral parece que encontró en el impacto económico, una diferencia entre un acto expropiatorio y un acto regulatorio: «Expropriations tend to involve the deprivation of ownership rights; regulations a lesser interference». *S.D. Myers Inc. vs. Government of Canada,* Uncitral, *partial award*, párr. 282. Aunque luego el mismo tribunal hizo énfasis en la intención del Estado y las circunstancias del acto cuestionado para determinar su carácter, esta primera diferencia nos parece errónea. En principio, existen actos regulatorios que pueden involucrar un grado importante de interferencia económica con la inversión. En el mismo sentido: *Técnicas Medioambientales S.A. Tecmed c/ Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.° ARB(AF)/00/2, laudo, párr. 115.

[282] *Cfr*. Newcombe, A. y L. Paradell. *Law and…, cit*., p. 337. De hecho, *Newcombe y Paradell*, en referencia a la jurisprudencia arbitral, han señalado: «In the majority of cases, host state regulatory activity has been found not to be expropriatory for the simple reason that it does not result in a substantial deprivation of the investment – the factual predicate for a claim of expropriation simple does not exist».

Otros tribunales, han enfatizado el carácter o propósito del acto para determinar si se trata de un acto regulatorio. A nuestro entender, esto también *podría* ser errado. En primer lugar, para numerosos tratados de inversión (en armonía con el derecho internacional consuetudinario),[283] el carácter o propósito es una condición de legalidad de la expropiación y no una condición de existencia.[284] Por eso, nos parece acertado el muy citado *dictum* del tribunal arbitral del caso *Santa Elena c/ Costa* cuando, rechazando la invocación a la doctrina de los poderes de policía, sostuvo:

> Si bien una expropiación por razones medioambientales puede ser clasificada como una expropiación por interés público, y por ende ser legal, el hecho de que la inversión haya sido expropiada por dicha razón, no afecta la naturaleza o la entidad de la compensación a ser pagada. Esto es, el propósito de protección del medio ambiente en virtud al cual fue expropiada la inversión, no altera el carácter jurídico de la expropiación que exige una compensación justa.[285]

---

[283] *Cfr*. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND INVESTMENT (UNCTAD). *International Investment Agreements: Key Issues*, 2004, vol. I, p. 239; *Cfr*. REINISCH, A. *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 187.

[284] Si fuese una condición en ambos, no sería relevante poner allí el énfasis para determinar si el acto es expropiatorio o regulatorio. Por eso, la exjueza de la CIJ, R. Higgins se preguntaba: «Is this distinction intellectually viable? Is not the State in both cases (that is, either by a taking for a public purpose, or by regulating) purporting to act in the common good? And in each case has the owner of the property not suffered loss? Under international law standards, a regulation that amounted (by virtue of its scope and effect) to a taking, would need to be "for a public purpose" (in the sense of in the general, rather than for a private interest). And just compensation would be due». HIGGINS, R. «The taking of property by the State: Recent development in international law». En *Collected Courses of The Hague Academy*, 1982, vol. 176, p. 331.

[285] *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. the Republic of Costa Rica*. *Icsid Case* n.° ARB/96/1, *final award*, párr. 71. Ver también: párr. 72. También: *Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos.* Caso Ciadi n.° ARB (AF)/97/11, laudo, párr. 111.

En segundo lugar, numerosos tratados de inversión (y el derecho internacional consuetudinario)[286] se refieren al interés público y a la compensación como condiciones de legalidad de la expropiación, sin discriminar entre una y otra, y haciendo de ambas igualmente exigibles. Luego, carecería de toda lógica que el propósito del acto sea tan exigible como el requisito de compensación; pero, a la vez, sea suficiente para excluirlo.[287] A nuestro criterio, esto genera una aporía insalvable para quienes defienden esta postura.

Un intento de evitar este *conundrum* está delineado en la recientemente pública decisión del caso *South American Silver c/ Bolivia*, allí el tribunal arbitral diferenció implícitamente entre «el propósito público» como requisito de legalidad de la expropiación y el «carácter de la medida», como elemento de los poderes de policía. Consideramos que esta diferencia es artificiosa, si el tribunal arbitral consideró que las medidas adoptadas cumplían con el carácter de tutela del interés público (llegando, inclusive, a afirmar que éstas respondían a tutela de ciertos derechos humanos; es decir, caracterizando la medida estatal), no se comprende por qué ello no era suficiente para justificar el uso de los poderes de policía.[288]

En tercer lugar, si el énfasis está en el propósito del acto, esto haría de la regulación de expropiación casi inútil, toda vez que la evaluación de los tribunales arbitrales sobre qué es un propósito legítimo del Estado, siempre ha sido deferencial[289] y el derecho internacional no ofrece

---

[286] Por ejemplo en el caso *Sabla*, se sostuvo: «It is axiomatic that acts of a government in depriving an alien of his property without compensation impose international responsibility». *Marguerite de Joly de Sabla (United States of America) vs. Panama*, *award*, 29 de junio de 1933, Unriaa, vol. IV, p. 366.

[287] *Cfr*. Reinisch, A. *Standards…, cit*., p. 167. El tribunal arbitral en el caso *Azurix* advirtió esta incoherencia. *Cfr*. *Azurix…*, *cit*., párr. 311.

[288] *South American Silver Limited (Series) y el Estado Plurinacional de Bolivia*, CPA n.° 2013-15, laudo, párrs. 622-630.

[289] *Cfr*. Mostafa, B. «The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law». En *Australian International Law Journal*, 2008, vol. 15, p.

una taxonomía de qué deba entenderse por interés público.[290] En la medida de que los actos del Estado pueden casi siempre formularse como de interés público, la doctrina de poderes de policía tendría la virtualidad de no excluir actos expropiatorios de su cobertura.[291] En cuarto lugar, el análisis de un tribunal arbitral sobre qué es un propósito legítimo del Estado importa un nivel peligroso de subjetividad.[292]

275; CHRISTIE, G.C. «What constitutes a taking of property under international law?». En *British Yearbook of International Law*, 1962, vol. 38, p. 338. Por ejemplo: *Les Laboratoires Servier S.A.S., Biofarma S.A.S. y Arts et Technique du Progres S.A.S. vs. Republic of Poland*, Uncitral, *award*, párr. 582. Aunque esto no significa que el propósito del Estado sea autojustificativo, en palabras ilustrativas del profesor García-Amador: «In principle at least, the question is of interest to international law and it is, therefore, within the province of international law to determine the motives or purposes that may justify the State's action or, in any event, to prescribe those which cannot justify it». GARCÍA-AMADOR, F.V. «Fourth report on…», *cit*., párr. 26.

290 *Cfr*. HERTZ, J.H. «Expropriation …, *cit*., p. 253; RAFAT, A. «Applicability of the public-purpose principle to cases arising under international law from the expropriation of alien private property». En *University of Detroit Law Journal,* 1966, vol. 43, p. 401.

291 *Cfr*. RADI, Y. «*Philip Morris vs. Uruguay*: Regulatory measures in international investment law: To be or not to be compensated? En *Icsid Review – Foreign Investment Law*, 2018. En palabras de Dolzer: «In line with the "sole effect doctrine", those in favor of a balancing and weighing process must concede that, at a certain point in the spectrum of impact on the property, the doctrine must be allowed to receive priority so that the protection of property does not amount to a concern for an empty shell». DOLZER, R. «Indirect expropriations: New developments? En *New York University Environmental Law Journal*, 2002, vol. 64, p. 92. Como lo expresó el tribunal arbitral del caso *ADC c/ Hungría:* «[…] a treaty requirement for "*public interest*" requires some genuine interest of the public. If mere reference to "*public interest*" can magically put such interest into existence and, therefore, satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met». *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited vs. Republic of Hungary. Icsid Case* n.° ARB/03/16, *award*, párr. 432.

292 El riesgo ya fue identificado en el marco de la jurisprudencia americana sobre *regulatory takings* (que ha inspirado, notablemente, el avance de la doctrina de poderes de policía). En su opinión disidente del caso *Dolan vs. City of Tigard*, el exjuez de la Corte Suprema, J.P. Stevens, sostuvo: «The so-called "regulatory takings" doctrine […] has an obvious kinship with the line of substantive due process

Sin embargo, en aquellos tratados de inversión que recogen expresamente el interés público como requisito de legalidad y no contienen una excepción expresa de poderes de policía, el tribunal podría recurrir al derecho internacional consuetudinario *qua* ley aplicable; y, por ende, exportar la doctrina de poderes de policía en el razonamiento (con lo que se vería confrontado con la dicotomía antes expuesta).

Dos posturas podrían adoptarse al respecto: la primera, siempre que el tratado exige compensación como cuestión de legalidad de la expropiación; no podría utilizarse la doctrina de poderes de policía para excluir la compensación de un acto reconocido como expropiatorio. Entonces, el tratado habría excluido la aplicación de la doctrina (al privarla de todo efecto práctico). La segunda, la doctrina de poderes de policía operaría como una excepción a la regulación de expropiación, afectando así el carácter de una medida expropiatoria (que será determinado, como ya señalamos, en función al impacto económico de la medida), siempre que se verifique que el Estado actuó en ejercicio de sus poderes de policía. Esta segunda postura nos parece más razonable, pues otorga eficacia jurídica a la doctrina de poderes de policía.

Ahora bien, la postura antes adoptada debe aplicarse en su justa medida. La doctrina de poderes de policía opera con carácter excepcional. De hecho, la doctrina ha sido tradicionalmente restringida a determinados supuestos excepcionales. Si uno revisa las fuentes usualmente utilizadas para sustentar su *status* de derecho internacional consuetudinario, encontrará que su aplicación ha estado ligada a supuestos específicos: mantenimiento del orden público, protección de la salud y el medio ambiente y medidas tributarias.[293]

---

cases that Lochner exemplified. Besides having similar ancestry, both doctrines are potentially openended sources of judicial power to invalidate State economic regulations that Members of this Court view as unwise or unfair». *Dolan vs. City of Tigard*, 512 U.S. 374, 1994, pp. 406-407.

293 *Cfr*. Newcombe, A. y L. Paradell. *Law and…, cit*., p. 378.

De dicha revisión tampoco puede concluirse que la doctrina constituya un escudo amplio que blinde cualquier acto regulatorio que se adopte en tutela del interés público.[294] Esto crearía, en palabras del tribunal arbitral del caso *Pope & Talbot*: «*a gaping loophole in international protections against expropriation*».[295] Por ejemplo, dos instrumentos muy usados como referencia del carácter consuetudinario de la doctrina, sólo reflejan tensión entre la eficacia de la doctrina y la eficacia de los requisitos de legalidad de la expropiación. El *Third Restatement* recoge como requisitos de legalidad del acto expropiatorio el interés público y la compensación.[296]

Sin embargo, cuando define los poderes de policía pone el énfasis en el carácter de la medida. A la vez, la definición que ofrece de poderes de policía es circular porque pretende caracterizar el acto de poderes de policía, en referencia al concepto que pretende definir. Así, señala: «A state is not responsible for loss of property or other economic injury that is due to *bona fide* general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states».[297]

Las mismas dificultades conceptuales se repiten en el Borrador de la Convención sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por daños ocasionados a extranjeros —preparado por los profesores Baxter y Sohn—. Allí, el interés público y la compensación también figuran como requisitos de legalidad del acto expropiatorio;[298] y, a la vez, pone

---

294 En palabras del tribunal arbitral del caso *Saluka*: «[…] *the so-called "police power exception" is not absolute*». *Saluka Investments B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*, Uncitral, *partial award*, párr. 258.

295 *Pope & Talbot Inc.…*, *cit*., párr. 99.

296 AMERICAN LAW INSTITUTE (ed.). *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, 1986, párr. 712.

297 *Ibidem*, párr. 712, comentario g.

298 *Cfr*. SOHN, L.B. y R. B. BAXTER. «Responsibility of the States for injuries to the economic interests of aliens». En *American Journal of International Law*, 1961, vol. 55, p. 555 (*Explanatory Note to the Harvard Draft Convention*).

el énfasis en el carácter de la medida para definir qué debe entenderse cubierto por la doctrina de poderes de policía. Así, señalan:

> Una afectación no compensada a la propiedad del extranjero o una privación del uso o disfrute de su propiedad que resulte de la aplicación de normas tributarias; de un cambio en el valor de moneda nacional; de una acción competente de las autoridades del Estado en mantenimiento del orden público, la salud o la moral; o del ejercicio de los derechos de guerra; o es de otro modo incidental a la regular aplicación de las normas del Estado no debe considerarse ilegal.[299]

De modo tal que la doctrina sólo puede entenderse aplicable de modo excepcional y sujeta a determinados requisitos, que suelen identificarse como: que no sea discriminatoria, que haya sido adoptada de buena fe[300] y que exista proporcionalidad entre el impacto económico y el propósito de la medida[301] (este último requisito se desprende de la buena fe). Estos requisitos son expresión del estándar de trato mínimo de extranjeros y, como tales, son aplicables a cualquier conducta estatal. De modo que, el interés público excepcionalmente cubierto por la doctrina no será suficiente para que ésta sea aplicable. Por ejemplo, en el caso *Quiborax c/ Bolivia*, el tribunal arbitral sostuvo que, si bien la conducta estatal pudo ser adoptada en tutela del interés público, ésta no se ajustó al derecho doméstico en su adopción, razón por la cual no podía estar cubierta por la doctrina de poderes de policía.[302]

---

299 [Traducción nuestra]. *Ibidem*.

300 Ello justifica que no todo acto regulatorio *per se* esté excluido de la exigencia de compensación. Por ejemplo: se ha reconocido que, aunque las medidas tributarias suelen ser actos regulatorios, una medida confiscatoria (por ende, arbitraria y contraria a la buena fe) no estaría excluida de la exigencia de compensación. *Cfr. Encana Corporation c/ República de Ecuador*. Uncitral, laudo arbitral, párr. 177.

301 Por ejemplo: *WNC Factoring Ltd. vs. Czech Republic*. Uncitral, *PCA Case* n.° 2014-34, *award*, párrs. 394-395; *P.L. Holdings…*, *cit.*, párrs. 355-391.

302 «The tribunal defers to Bolivia's sovereignity to determine what is in the national and public interest. It accepts that Bolivia may have a legitimate interest in protecting the Gran Salar de Uyuni Fiscal Reserve. That being said the Tribunal has

El razonamiento expuesto si bien otorga, a nuestro criterio, claridad metodológica, no elimina las dificultades conceptuales de la doctrina. Aun aplicada excepcionalmente, no hay una respuesta unívoca en torno a qué medidas de tutela del interés público están cobijadas por ésta.[303] Ello tiene una consecuencia importante, de cara a este trabajo: la incertidumbre en torno a la doctrina la hace susceptible a una interpretación «expansiva», creando un espacio considerable de defensa de los Estados en torno a la justificación de sus actos bajo el escudo del interés público, donde los inversionistas no tienen certeza de las consecuencias en sus inversiones derivadas de normas de derechos humanos no contempladas expresamente en los tratados de inversión o en los contratos de inversión.[304]

La práctica legislativa de los Estados refuerza este confuso escenario, en el que la doctrina de los poderes de policía convive con la regulación de la expropiación sujeta *inter alia* al requisito de interés público. Más aún, la tendencia parece ser la de otorgar un espacio mucho más amplio al Estado, ensanchando los supuestos de aplicación de los poderes de policía.[305] Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Argentina y

---

already determined that the revocation was not carried out in accordance with Bolivian law […]. Hence, even if the expropriation was in the national or public interest, it was not carried out in accordance with the law […]». *Quiborax S.A. and Non Metallic…, cit.*, párr. 245.

303 Y, por ello, algún comentarista ha propuesto la necesidad de una taxonomía de propósitos legítimos del Estado cubiertos por la doctrina. *Cfr*. WEINER, A.S. «Indirect expropriations: The need for a taxonomy of "legitimate" regulatory purposes». En *International Law Forum*, vol. 5, p. 173.

304 *Cfr*. KRIEBAUM, U. «Privatizing human rights. The interface between international investment protection and human rights». En REINISCH, A. y U. KRIEBAUM (eds.). *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, 2007, p. 183.

305 Una expresión de esta tendencia se refleja en: FAYA RODRÍGUEZ, A. «¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo, en RODRÍGUEZ S. y H. WOSS (coords.), *Foro de Arbitraje en Materia de Inversión: Tendencias y Novedades.* UNAM, 2013, p. 233. «En la actualidad, la noción *debe ser entendida en un sentido más amplio*:

Chile excluye los actos regulatorios que sean «diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente»[306] y otros numerosos tratados incluyen «excepciones generales», que incluyen actos necesarios para la «protección humana, animal, vegetal o la salud»[307] incluidas medidas de carácter medioambiental. Notable es el caso del «Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur», que excluye la tutela contra la expropiación indirecta.

Así las cosas, en el corazón del actual derecho internacional de las inversiones, yace una antinomia. Por un lado, el innegable rol del inversionista y la amplia protección que le asiste en virtud a una diversa

---

la dimensión regulatoria completa de los Estados. En el mundo moderno los Estados intervienen en las economías mucho más allá de tareas fundamentales de custodia, protección y seguridad, por ejemplo, mediante el despliegue de esquemas de intervención (principalmente, mediante la regulación) para proteger la integridad de los mercados, el ambiente, la salud y la seguridad y en general, promover bienestar y desarrollo». También, en su reporte «*Private rights, public problems*» el IISD y el WWF sostienen que cualquier regulación medioambiental que valga la pena ser adoptada, tendrá un impacto en las inversiones y no debiese serle exigible el requisito de compensación. *Cfr*. International Institute for Sustainable Development y Worldwide Fund. *Private rights, public problems. A guide to Nafta's controversial chapter on investor rights,* 2001, p. 32. Recuperado de: http://www.iisd.org/pdf/trade_citizensguide.pdf. En la misma línea, el «Acuerdo Internacional Modelo de IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible», preparado por el citado IISD recoge un reconocimiento amplio de los poderes de policía en sus artículos 8 (i) y 25.

306 *Tratado de Libre Comercio entre Argentina y Chile*, art. 8.8.2(d); *Agreement on Investment Among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations*, Annex 2.4.; *Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America* (Cafta), *Annex* 10-C.

307 *United States-Singapore Free Trade Agreement*, art. 18.4; *Free Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile*, art. 23.1.; *Agreement between Japan and the State of Israel for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment*, art. 15; *Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates*, art. 11.

red de instrumentos (notablemente, TBI); y, por otro lado, los *poderes de policía* del Estado y su creciente reconocimiento positivo. Se trata de una antinomia, toda vez que la aplicación de los *poderes de policía* constituye, como ya mostramos, una derogación excepcional y de difícil determinación a la protección sustantiva del inversionista. La vigencia y el creciente reconocimiento de los poderes de policía facilitan la invocación a categorías ajenas al DII para justificar el ejercicio legítimo del derecho a regular del Estado.[308]

2.5. Las obligaciones positivas del Estado en el derecho internacional de los derechos humanos

La tutela efectiva de los derechos humanos, que sigue de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, depende del deber de éstos de no interferir ilegítimamente en su goce y de intervenir directamente en lograr que éste sea efectivo y universal.[309] En ese sentido, los tratados en la materia consagran, en mayor o menor medida, las obligaciones de los Estados de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos.[310] En breve, los Estados han asumido obligaciones tanto de carácter

---

[308] Por ejemplo, Mann ha señalado: «The nearest equivalent in international investment law to the duty to protect in human rights law is found in the notion of the state's right to regulate. As there are no positive obligations on states or investors in existing IIAs to take human rights related actions, the right to regulate becomes the closest related concept in this field». MANN, H. *International investment agreements, business and human rights: Key issues and opportunities*. International Institute for Sustainable Development, 2008, p. 17.

[309] SILBERMAN ABELLA, Rosalie (hon.). «International law and human rights: The power and the pity. En *McGuill Law Journal*. Quebec, 2010, p. 878.

[310] El artículo 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos consagra estas obligaciones en los siguientes términos: «Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna». Por su parte, el Convenio Europeo consagra, en su artículo 1: «Las altas partes contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades de definidos en el Titulo I del presente Convenio». Del uso del término «reconocen» se ha desprendido las obligaciones negativas y

negativo como de carácter positivo.[311] Sobre esto debemos realizar dos anotaciones.

En primer lugar, la gran mayoría de inversiones extranjeras recaen sobre sectores no exentos de la regulación estatal y que, de algún modo, interactúan con un interés público. En consecuencia, éstas conviven con una latente posibilidad de que los derechos humanos de terceros se vean afectados de algún modo. Toda vez que el derecho internacional de los derechos humanos no extiende sus efectos a las actuaciones *inter privatos*, cuya regulación más bien corresponde al derecho doméstico,

---

positivas de los Estados. *Cfr*. Fernández, P. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1996, pp. 59-62.

311 Lo que es más claro en relación al deber de garantía que asumen los Estados y que Gros Espiell ha entendido como «[…] el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica». Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 65-66. En la misma línea, la Corte Interamericana entendió desde su primera decisión en *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* que la obligación se extiende a «organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos». Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.
En nota aparte, estas obligaciones de carácter general aplican, de igual modo, a todos los derechos sin distinción alguna. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en enfatizar que las obligaciones de respeto y garantía no son autónomas, sino que deben ser interpretadas en relación con cada derecho consagrado en la Convención al caso concreto y en relación a los titulares específicos. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.° 99, párr. 145.

los Estados tienen un deber de garantizar la vigencia de los derechos humanos frente a los hechos de particulares.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido: «[…] the positive obligations on states parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities […]».[312] Por ende, invocando obligaciones en materia de derechos humanos, los Estados pueden (o, como quiera plantearse, deben) interferir con la inversión extranjera, a fin de asegurar una real eficacia de los derechos humanos.

Esto no es de menor importancia, pues si bien un inversionista extranjero no puede ser responsable internacionalmente por la vulneración de derechos humanos,[313] si así puede serlo un Estado, quien en

---

[312] HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General Comment n.° 31*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1326 May 2004, párr. 8. Claro está que dicha obligación de garantía a cargo de los Estados no es ilimitada. Como ha apuntado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «[…] el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo». CORTE IDH. *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, n.° 140, párr. 123. En el mismo sentido, consultar las consideraciones particulares de la Corte en el caso *Familia Barrios vs. Venezuela*. *Cfr*. CORTE IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C, n.° 237, párr. 124.

[313] Es necesario someter esta afirmación a la salvedad de que hay un creciente intento en el derecho internacional de los derechos humanos por atribuirle obligaciones a determinados individuos, principalmente empresas transnacionales, que, a su vez, suelen ser los inversionistas más usuales en controversias de inversión. No hay un mecanismo procesal efectivo que concrete esta posibilidad, pero un número importante de *soft law* y jurisprudencia parecen evolucionar hacia esa dirección. *Cfr*. RATNER, S. R. «Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility».

ejercicio de sus facultades soberanas no cumpla con la obligación de garantizar los derechos humanos frente a posibles vulneraciones cometidas por aquéllos.[314] Todo esto, enmarcado en un escenario de amplia legitimidad de los derechos humanos en el contexto actual,[315] una innegable potencialidad de éstos de subvertir los ordenamientos domésticos[316] y un razonamiento sostenido de órganos en materia de derechos humanos que excluye cualquier espacio de diálogo con obligaciones en materias de derecho internacional de las inversiones.[317]

Yale Law Journal, 2011, vol. 111, n.° 3. También: United Nations Human Rights Council, *Implementation of General Assembly Resolution n.° 60/251 of 15 March 2006 entitled «Business and human rights: Mapping international standards of responsibility and accountability for corporate acts» - Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/4/035, párr. 20.

314 Por ejemplo, en *López Ostra c/ España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos encontró responsabilidad internacional del Estado ante la falta de prevención por parte de las autoridades estatales en relación a la contaminación generada por una planta de tratamiento de aguas residuales que afectó el derecho a la privacidad y a la vida familiar de los peticionarios. *Cfr*. TEDH, *López Ostra vs. Spain. Reports of Judgments and Decisions 1998-I,* 1998, n.° 64, par. 58.

315 Lo que se evidencia en los mecanismos institucionalizados a los que hicimos referencia en el capítulo anterior, la proliferación normativa en diversas áreas relativas a los derechos humanos, el rol creciente de la sociedad civil en el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de los Estados al respecto y en el creciente número de temas en el derecho internacional que comienzan a ser leídos en clave de derechos humanos; *e.g.,* comercio, inversiones, etc. *Cfr*. Andreas Føllesdal *et alii. The legitimacy of international human rights regimes legal, political and philosophical perspectives.* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 2.

316 Cassese, A. *International law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, 2.ª edición, p. 349.

317 En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana ha excluido en, al menos un caso, cualquier posibilidad de invocar las obligaciones derivadas de tratados de inversión para justificar los actos presuntamente vulneratorios de normas en materia de derechos humanos. *Cfr*. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), párr. 140. El rechazo también ha encontrado eco en los conocidos *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas*, en los que el representante especial del secretario general para la cuestión de los de-

En segundo lugar, la obligación de dar efectividad a los derechos humanos (especialmente, a los denominados derechos económicos, sociales y culturales) impone en los Estados la obligación de adoptar «las medidas necesarias, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para facilitar y promover el disfrute de los derechos […] y, en algunos casos, proporcionar directamente los bienes y los servicios esenciales para ese disfrute. El cumplimiento de esas obligaciones puede […] requerir la cooperación y el apoyo de las empresas para aplicar los derechos reconocidos en el Pacto y acatar otras normas y principios de derechos humanos».[318]

Lo notable en relación a las obligaciones descritas es su imprecisión. No se trata de normas que impongan obligaciones concretas sino, más bien, obligaciones amplias que dejan un considerable margen de acción a los Estados para su cumplimiento. En consecuencia, no imponen necesariamente obligaciones que riñan con la protección de los tratados de inversión *in abstracto,* por lo que no necesariamente una acción adoptada en tutela de los derechos humanos justificará una vulneración al tratado de inversión. Por ejemplo, en el caso *S.D. Myers c/ Canadá,* el tribunal arbitral analizó la defensa del Estado basada en el cumplimiento de obligaciones internacionales derivadas de un tratado de protección del medio ambiente (*i.e.*, el Convenio de Basiela) y concluyó que cuando una parte tiene más de una alternativa razonable y efectiva para cumplir con el tratado invocado, debe escoger la que es menos inconsistente con el tratado de inversión (*i.e.*, el Tlcan).[319]

---

rechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas hizo un llamado a los Estados a «mantener marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos…», cuando suscriban acuerdos relativos a inversiones o similares.

318 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. *Observación general sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, n.° E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 23.

319 *S.D. Myers Inc. and Government of Canada*, Nafta, *partial award*, párr. 215.

En buena cuenta, la adopción de estas medidas conlleva ejercicios de justicia distributiva que pueden reñir con estándares de tratados de inversión. En cualquier escenario, los Estados se ven obligados a defender cualquier decisión que adopten (sea la adopción de medidas de este tipo en tribunales de inversiones o la no adopción de éstas en órganos supranacionales de derechos humanos).

Un caso permite ilustrar la complejidad derivada de las obligaciones antes descritas: en el año 2011, Brasil había iniciado el proceso de construcción de una usina hidroeléctrica que traería electricidad y desarrollo a una zona relegada del país. No obstante, la Comisión Interamericana atendiendo un pedido de medida cautelar, solicitó al Estado la paralización de las obras de construcción, hasta que los derechos de las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingu se vieran debidamente tutelados.[320] Si el proyecto se hubiese iniciado mediando inversión extranjera (efectuada considerablemente para el desarrollo de éste), su paralización podría involucrar la vulneración de algún TBI. De otro lado, la no paralización podría involucrar vulneración a normas en materia de derechos humanos (tutela de pueblos indígenas). Como es fácil de advertir, el Estado podría verse atrapado en un callejón sin salida.

3. Dificultades derivadas de la interacción entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos

De manera general, de la fragmentación del derecho internacional derivan dos dificultades: (i) sustantivas; y (ii) estructurales (o «institucionales» usando la terminología propuesta por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas).[321]

---

[320] CIDH. *Medida cautelar n.° 382/10 - Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil.*

[321] Sin perjuicio de ello, en cierta literatura, el término fragmentación ha sido destinado para referirse a la fragmentación sustantiva; esto es, la aplicación que de

A su vez, éstas pueden expresarse como: (i) procesos paralelos y (ii) conflictos normativos. Entender ambos tipos de dificultades permite comprender la relevancia del objeto estudiado y, a la vez, proponer adecuadamente una vía de interacción normativa entre derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos.

3.1. Procesos paralelos

En un escenario de multiplicidad de órganos jurisdiccionales actuando en el marco de una estructura horizontal de adjudicación, carente de jerarquía y cuya jurisdicción deriva de instrumentos sustancial y funcionalmente distintos; la existencia de procesos paralelos y la práctica del *forum shopping,* son fenómenos inevitables.[322]

La realidad de los procesos paralelos suele analizarse en referencia a los conflictos de jurisdicción. No obstante, en el caso de las disputas de derecho internacional público, el análisis de la interrelación entre diversos procesos desde la perspectiva de los conflictos de jurisdicción es árido, pues únicamente habrá conflictos de jurisdicción donde dos o más tribunales internacionales asumen jurisdicción sobre una misma controversia.[323]

---

iguales normas jurídicas realizan diversos órganos jurisdiccionales, mientras «proliferación» se ha destinado al fenómeno de la fragmentación institucional; esto es, la expansión de órganos jurisdiccionales y su competencia muchas veces concurrente. *Cfr*. CRAWFORD, J. *Chance, order, change: The Course of International Law. General Course on Public International Law*. Leiden: Brill, 2014, p. 215.

322 *Cfr*. SHANY, Y. *The competing jurisdiction of international court and tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 79-80 y FERRARI, F. «Forum shopping: la necesidad de una definición amplia y neutra». En *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2014, vol. 7, n.° 2, pp. 335-368.

323 *Cfr*. LOWE, V. «Overlapping jurisdiction in international tribunals». En *Australian Yearbook of International Law*, 1999 vol. 11. En particular, de la clasificación que propone el profesor Lowe de conflictos de jurisdicción, la pertinente es: «*Specific jurisdiction (field A) – specific jurisdiction (field B)*» (jurisdicción específica *vs*. jurisdicción específica): dos tribunales con jurisdicción sobre disputas de distinta

La identidad de controversias en los distintos procesos suele identificarse bajo los requisitos exigentes de la doctrina de *lis pendens*. Como ha apuntado el profesor McLachlan: «La concepción reducida de la doctrina está cercanamente relacionada con el test del efecto *res iudicata* de las sentencias. Ésta requiere estricta identidad de partes, materia de la controversia y causa de pedir».[324] Esta estricta triple identidad es poco probable de configurarse en disputas paralelas de derecho internacional público. Después de todo, cada tribunal asume jurisdicción *específica* sobre la base de un instrumento particular. Las similitudes en el derecho aplicable (*ej.,* el antes mencionado caso del régimen de protección múltiple del derecho a la propiedad del inversionista), no bastan para configurar un supuesto de *lis pendens*.

Ello no altera la realidad: existen controversias que, por sus alcances naturales, pueden ser caracterizadas de modo tal que su examen sea objeto de más de un proceso en distintos foros. En el derecho internacional de las inversiones, la tendencia hacia cláusulas jurisdiccionales amplias (un fenómeno que analizaremos a mayor detalle en el capítulo siguiente), legitima controversias de este tipo.[325]

---

naturaleza resuelven dos controversias que comparten el mismo fundamento fáctico.

[324] [Traducción nuestra]. *Cfr*. Mclachlan, C. «*Lis pendens* in international litigation». En *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 2008, vol. 336, p. 226. También: Corte Internacional de Justicia. *Factory at Chorzow*. *Interpretation of Judgments n.º 7 and 8, dissenting opinion of judge Anzilotti*, pp. 23-24.

[325] La posibilidad de procesos paralelos no solamente se manifiesta transversalmente a los distintos *regímenes* del derecho internacional; sino también se manifiesta intra-régimen. De hecho, la estructura no centralizada del derecho internacional de las inversiones supone que diversos aspectos de una disputa —todos caracterizados como «de inversión»— puedan ser resueltos en distintos foros. Por ejemplo: si hay un contrato que vincule al inversionista con el Estado, probablemente, éste tenga su propia cláusula jurisdiccional que remita a las cortes del Estado sin que esto excluya la posibilidad de que el inversionista recurra a la protección sustantiva del TBI. Inclusive, dos tribunales arbitrales constituidos bajo dos TBI distintos podrían adjudicar una misma controversia. Fue éste el caso de las decisiones divergentes sobre los mismos hechos en los casos *CME c/ República Checa* y *Ronald*

Así las cosas, la doctrina de *lis pendens* no agota el universo de procesos paralelos del derecho internacional público, ni da respuesta suficiente a las dificultades derivadas de estos.[326] Lo deseable, sino pertinente, sería analizar los procesos paralelos desde una lógica más funcional que dé cuenta de: (i) las características de los derechos o intereses cuya tutela es objeto de procesos paralelos,[327] (ii) las consecuencias de la proliferación normativa sobre la caracterización de diversas controversias y (iii) los alcances de la función jurisdiccional en el derecho internacional. No obstante, el espacio para este análisis en la práctica jurisdiccional es reducido. De hecho, el derecho internacional público *in statu quo* sólo provee mecanismos de alcance limitado.

El primer lugar al que un tribunal arbitral de inversión debe acudir en búsqueda de herramientas para hacer frente a procesos paralelos, es tanto el instrumento que le confiere jurisdicción, como las reglas arbitrales que rigen el proceso. Encontramos allí, al menos, tres herramientas.

(i) Algunos TBI facultan expresamente a los tribunales arbitrales a consolidar procesos paralelos. Por ejemplo, el artículo 1126

Lauder c/ República Checa (únicamente traídos sobre la base de distintos tratados de inversiones). El tribunal en Lauder rechazó expresamente la invocación al principio de *lis pendens,* al no verificarse los requisitos de la triple identidad. *Cfr. Ronald S. Lauder and The Czech Republic.* Uncitral, *final award*, párrs. 157-175.

326 *Cfr*. PAUWELYN, J. y L.E. SALLES. «Forum shopping before international tribunals: (Real) concerns, (Im)possible solutions». En *Cornell International Law Journal*, 2009, vol. 42, n.° 1, pp. 87-92.

327 Como ha señalado el profesor Reinisch: «Es mucho más apropiado mirar a las reglas específicas y examinar qué tan idénticas o distintas son sustancialmente. Si se trata de la misma regla reflejada en diferentes instrumentos legales no debería haber duda sobre la identidad de la "causa"». REINISCH, A. «The use and limits of *res iudicata* and *lis pendens* as procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes». En *The law and practice of international courts and tribunals*, 2004, vol. 3, pp. 64-65.

del Tlcan[328] dispone: «Cuando un tribunal establecido conforme a este artículo determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje de acuerdo con el artículo 1120 plantean cuestiones en común de hecho o de derecho, el tribunal, en interés de una resolución justa y eficiente, y habiendo escuchado a las partes contendientes, podrá ordenar que: (a) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva todas o parte de las reclamaciones, de manera conjunta».

El tribunal arbitral del caso *Canfor,* atendiendo una solicitud de los Estados Unidos de América (parte demandada) en el arbitraje, decidió, aplicando la disposición antes citada, consolidar ese arbitraje con otros dos procesos donde también se discutían medidas que afectaban inversiones extranjeras de madera.[329] No obstante, los alcances de la disposición son limitados, toda vez que se circunscriben a tribunales constituidos bajo el mismo TBI y siempre que existan entre los procesos *cuestiones en común de hecho o de derecho;* requisito que no ha sido aplicado de manera uniforme.[330]

La posibilidad de consolidar procesos paralelos podría también derivar de los reglamentos arbitrales, con la limitación usual

---

[328] También: *Free-Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of The People's Republic of China*, Chapter 9, art. 9:21; *Agreement between Canada and The Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investment*, art. 32; entre otros.

[329] *Canfor Corporation vs. United States, Tember et al vs. United States y Terminal Forest Products Ltd. vs. United States*, Uncitral, order of the consolidation tribunal.

[330] Aunque el tribunal en *Canfor* adoptó una lectura fiel al texto de la disposición (por ende, consolidando los tres procesos arbitrales), el tribunal arbitral en *Corn Products* rechazó la consolidación de tres procesos arbitrales, a pesar de reconocer que existían cuestiones comunes de hecho y derecho; razonamiento que fue calificado por el tribunal de *Canfor* como «*without any further inquiry*». *Cfr. Corn Products International Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos y Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients America Inc. c/ Estados Unidos Mexicano*s. Caso Ciadi n.° ARB(AF)/04/5, orden del tribunal de acumulación, párrs. 5 y 11.

de que se trate de procesos sustanciados bajo las mismas reglas arbitrales. Las Reglas de Arbitraje del Ciadi no contienen ninguna disposición sobre el particular,[331] lo que reduce el ámbito de aplicación de la consolidación a los supuestos de común acuerdo de las partes, excluyendo cualquier facultad del centro de arbitraje o del tribunal arbitral al respecto.[332] No obstante, con la reciente reforma en marcha de las Reglas de Arbitraje, podría incluirse alguna regulación expresa en ese sentido.

No está de más mencionar que los centros de arbitraje pueden facilitar una consolidación *de facto* de procesos paralelos, procurando que sea un mismo tribunal arbitral quien adjudique ambas controversias paralelas. Sin embargo, como es evidente, esta opción siempre será facultativa para las partes y dependerá últimamente de su voluntad. Por ejemplo, en el antes mencionado caso *Lauder-CME*, el Estado rechazó la propuesta de acordar una consolidación de facto y optó expresamente por tener dos tribunales arbitrales distintos.[333]

(ii) Algunos TBI incluyen cláusulas de *fork-in-the-road*. Se trata de disposiciones que conceden potestad al inversionista de elegir el foro donde discutirá su controversia derivada del TBI. Por ejemplo, el TBI Argentina-Qatar concede al inversionista la facultad de decidir si resolver su controversia ante un tribunal arbitral constituido bajo el Convenio Ciadi, un tribunal arbitral *ad-hoc* constituido bajo la administración de la Corte Permanente de Arbitraje o las cortes domésticas del Estado receptor de la inversión y luego dispone: «Si el inversionista ha someti-

---

[331] *Champion Trading Company, Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba vs. Arab Republic of Egypt. Icsid Case* n.° ARB/02/9, *decision on jurisdiction*, p. 19.

[332] KAUFMANN-KOHLER, G. *et alii*. «Consolidation of proceedings in investment arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently?». En *Icsid Review*, 2006, vol. 21, n.° 1, p. 91.

[333] *Cfr. Ronald S. Lauder and Czech Republic*, Uncitral, *award*, párr. 173.

do la controversia a alguno de los mecanismos de solución de controversia antes mencionados, no tendrá derecho a recurrir a otros mecanismos».[334]

La racionalidad detrás de estas cláusulas es, justamente, evitar los procesos paralelos. En palabras del tribunal arbitral del caso *M.C.I. c/ Ecuador:* «[…] la regla de "la bifurcación de caminos" se diferencia del principio de la *lis pendens* en razón de que esa regla se refiere a una opción, expresada como un derecho a elegir entre sistemas jurisdiccionales distintos y con carácter irrevocable. Una vez que se optó, no existe posibilidad alguna de recurrir a la otra vía alternativa».[335] No obstante ello, se trata también de disposiciones limitadas, pues para ser invocadas exitosamente, exigen identidad de partes y de controversia (en el sentido restrictivo del principio *lis pendens*).[336] Más aún, su alcance material suele estar limitado a procesos domésticos paralelos al arbitraje de inversión y no a procesos *supra* nacionales de otra naturaleza, como las controversias en materia de derechos humanos.

Por ejemplo, en el caso *Veteran Petroleum c/ Rusia* (un caso de la saga *Yukos*) el Estado alegó que el inversionista había iniciado *inter alia* procesos ante el TEDH en los que discutía las

---

334 También: Tratado de la Carta de la Energía, artículo 26 (3) (b) (i).

335 *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc c/ República del Ecuador*. Caso Ciadi n.° ARB/03/6, laudo, párr. 181.

336 *Cfr*. Crivellaro, A. «Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes». En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, vol. 4, p. 395. También, el tribunal arbitral del caso *Victor Pey Casado* sostuvo: «El ejercicio de la opción irrevocable requiere que se reúnan tres condiciones. Las demandas presentadas respectivamente ante las jurisdicciones nacionales y ante el tribunal de arbitraje deben poseer identidad de objeto y de fundamento, y ser presentadas por las mismas partes». Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende y República de Chile. Caso Ciadi n.° ARB/98/2, laudo, párr. 483. También: *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) vs. The Republic of Albania*. *Icsid Case* n.° ARB/07/21, *award*.

principales alegaciones usadas en el arbitraje; y, por ende, en aplicación de la cláusula de *fork-in-the-road,* el tribunal debía declinar jurisdicción. El tribunal arbitral rechazó que el test de triple identidad (*lis pendens*) se configurase en relación a los procesos ante la Corte de Estrasburgo, a pesar de que el Estado había argumentado que el mencionado test no debía *interpretarse restrictivamente*.[337]

(iii) Algunos TBI incluyen una cláusula de renuncia a foros alternos en los que se podría ventilar la controversia (también denominadas cláusulas de *no u-turn*). Por ejemplo, el artículo 1121 del Tlcan dispone como condición previa al sometimiento de una reclamación al arbitraje, que el inversionista renuncie «a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria […]».

La recepción de disposiciones de esta naturaleza por parte de tribunales arbitrales, aunque coincide en otorgarle efectos jurídicos, no es clara en relación a los detalles de la renuncia a foros alternos. Por ejemplo, en el caso *Vanessa Ventures c/ Venezuela*, el tribunal arbitral fue ampliamente deferente con una decisión de la Corte Suprema de Venezuela que declaró válida la renuncia a foros alternos del inversionista, en particular del proceso judicial ante las cortes domésticas.[338] Por su parte, el tribunal arbitral del caso *Renco Group c/ Perú*, confrontado con una objeción del Estado sobre la validez formal de la renuncia efectuada por el inversionista cuatro años atrás junto a su petición arbitral (pues, el inversionista se había reservado el derecho de recurrir a otros foros),

---

[337] *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) and the Russian Federation.* Uncitral, *Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*, párrs. 598-611.

[338] *Vanessa Ventures Ltd. vs. The Bolivarian Republic of Venezuela. Icsid Case* n.° ARB(AF)/04/6, *decision on jurisdiction*.

sostuvo que: «[…] la presentación de una renuncia que cumple con los requisitos formales (y la obligación sustancial de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional) es una condición previa al "consentimiento" del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del Tribunal»; [339] y, en consecuencia, rechazó su jurisdicción para resolver sobre la controversia. Lo notable, a efectos de este trabajo, es que el enfoque en este tipo de cláusulas no está en la *identidad* de los procesos, sino en la naturaleza de las medidas cuestionadas.[340] Por ende, éstas pueden alcanzar a procesos de derechos humanos, los cuales quedarían excluidos por el propio inversionista a través de la declaración de renuncia.

Ante la ausencia de las disposiciones específicas comentadas, el tribunal arbitral se vería obligado a recurrir a los principios generales del derecho.[341] Como es lógico, la opción natural sería el principio de *lis pendens* antes comentado. No obstante, su propio carácter de principio de derecho internacional, es cuestionable.[342] Aun si el tribunal arbitral puede argumentar exitosamente que como principio es aplicable; su alcance es insuficiente para atender procesos paralelos en materia de derechos humanos.

Por su parte, la doctrina de *res iudicata* enfrenta similares inconvenientes (después de todo, el principio de *lis pendens* no es más que el corolario de la doctrina de *res iudicata*) y, aunque su carácter de principio de derecho internacional es más pacífico,[343] su exigencia de

---

339 *The Renco Group Inc. c/ la República de Perú*, Uncitral, laudo parcial sobre jurisdicción, párr. 142. En el mismo sentido: *Waste Managment Inc. y Estados Unidos Mexicanos* (I). Caso Ciadi n.° ARB(AF)/98/2, laudo arbitral.

340 *Cfr*. Crivellaro, A. «Consolidation of arbitral…», *cit*., p. 398.

341 *Cfr*. Mclachlan, C. «*Lis pendens*…, *cit*., p. 411.

342 *Cfr*. Oellers-Frahn, K. «Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – problems and possible solutions». En *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, vol. 5, p. 77.

343 *Cfr*. Hanotiau, B. «L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales». En *L'arbitrage complexe. Special Supplement Bull. CIArb. ICC*, 2003, vol. 45, p. 45.

identidad deja fuera a controversias paralelas de distinta naturaleza, como es el caso de los arbitrajes de inversión y los procesos en materia de derechos humanos.

Por ejemplo, en el caso *Amto c/ Ucrania,* el tribunal arbitral rechazó la solicitud de inadmisibilidad del Estado sustentada en la existencia de un proceso ante el TEDH iniciado por una entidad relacionada con el inversionista sobre la misma controversia. El tribunal sostuvo que, aun cuando en ambos procesos se discutían los mismos hechos, no se cumplían los requisitos de identidad del *lis pendens.*[344]

Adicionalmente, un tribunal arbitral podría recurrir al principio de proscripción de abuso de derecho,[345] a fin de rechazar la admisibilidad de un reclamo traído a diversos foros. En ese sentido, es notable la reciente decisión en el caso *Oroscom TMT c/ Algeria*, allí diversas entidades de un mismo grupo de empresas controladas por un mismo accionista, iniciaron diversos procesos paralelos (dos de ellos bajo tratados de inversión) en relación a las mismas medidas estatales. El tribunal arbitral declaró inadmisible el reclamo, toda vez que:

> In particular, an investor who controls several entities in a vertical chain of companies may commit an abuse if it seeks to impugn the same host state measures and claims for the same harm at various levels of the chain in reliance on several investment treaties concluded by the host state.[346]

---

[344] *Limited Liability Company Amto and Ukraine. SCC Case* n.° 080/2005, *award*, párr. 71.

[345] *Cfr. Mobil Corporations Venezuela Holdings, B.V.; Mobil Cerro Negro Holdings Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Inc., Mobil Cerro Negro Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Inc. and Bolivarian Republic of Venezuela. Icsid Case* n.° ARB/07/27, *decision on jurisdiction*, párr. 175

[346] *Orascom TMT Investments S.a.r.l. vs. People's Democratic Republic of Algeria. Icsid Case* n.° ARB/12/35, *award*, párr. 542.

En última instancia, los tribunales arbitrales podrían enfrentar procesos paralelos recurriendo a sus poderes inherentes. Éstos no derivan de una disposición convencional o positiva expresa; siendo «inherentes», existen para asistir al tribunal arbitral en el ejercicio apropiado de su función jurisdiccional (sea: (i) para asegurar la administración adecuada de justicia; (ii) para controlar el proceso y la conducción apropiada de éste; (iii) para salvaguardar y asegurar el cumplimiento de las funciones judiciales del tribunal).[347]

En un pasaje muy citado, la Corte Internacional de Justicia se refirió a los poderes inherentes de la siguiente manera:

> […] debe ser enfatizado que la Corte posee una jurisdicción inherente que le permite adoptar acciones tales que sean requeridas o puedan ser requeridas, de un lado para asegurar que el ejercicio de su jurisdicción sobre el fondo de una controversia […] no sea frustrado, y de otro lado, ofrecer una resolución ordenada de todos los puntos en controversia […] Dicha jurisdicción inherente, en base a la cual la Corte está facultada para adoptar cuantas decisiones sean necesarias para los propósitos señalados, deriva de la existencia de la Corte como un órgano judicial establecido por consentimiento de los Estados, y le es reconocido a fin de que las funciones judiciales básicas sean salvaguardadas.[348]

El recurso a los poderes inherentes no es desconocido a los tribunales arbitrales de inversión. Por el contrario, su invocación ha servido para adoptar decisiones de diversas características. Por ejemplo, en su opinión disidente del caso *Conoco Phillips c/ Venezuela*, el profesor Abi-Saab sostuvo que —a pesar del silencio en el Convenio

---

[347] Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber. *Decision on Appeal of Pre-Trial Judge's Order Regarding Jurisdiction and Standing*. November 10, 2010, párr. 48.

[348] Corte Internacional de Justicia. *Nuclear Test Case (Australia vs. France)*, Judgment of 20 December 1974, p. 253. [Traducción libre].

Ciadi— los árbitros tienen un poder inherente de reconsideración de decisiones distintas al laudo cuyo fundamento yace en la función jurisdiccional de:

> [t]o ensure and safeguard the efficiency, credibility and integrity of the adjudicative function and the adjudicative character of the organ, whose first and foremost task is to seek the truth and to dispense justice according to law on that basis.[349]

Otras invocaciones a los poderes inherentes han sustentado decisiones sobre costos, conducta de los abogados de las partes, abuso de derecho, etc.[350]

Notablemente, la decisión sobre procesos paralelos en el caso *SPP c/ Egipto* podría interpretarse desde la perspectiva de los poderes inherentes. En *SPP c/ Egipto*, el tribunal arbitral suspendió el trámite del arbitraje ante la existencia de un arbitraje paralelo bajo las reglas de la CCI, que guardaba conexión con la controversia.

El tribunal señaló:

> When the jurisdictions of two unrelated and independent tribunals extend to the same dispute, there is no rule of international law which prevents either tribunal from exercising its jurisdiction. However, in the interest of international judicial order, either of the tribunals may, in its discretion and as a matter of

---

349 *ConocoPhillips Petrozuata, ConocoPhillips Hamaca BV and ConocoPhillips Gulf of Paria BV vs. the Republic of Venezuela. Icsid Case* n.° ARB/07/30, *decision on respondent request for reconsideration, dissenting opinion of George Abi-Saab*, párr. 56. También: ALARCÓN, N. «Reconsideration Under the Icsid Convention: Redrawing the Labyrinth». En *Young Arbitration Review*, 2016, 23.ª ed.

350 *Cfr*. PAPARINSKIS, M. «Inherent powers of Icsid Tribunals: Broad and rightly so». En *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Laird, I. y T. Weiler (eds.). Nueva York: Juris Publishing, 2012.

> comity, decide to stay the exercise of its jurisdiction pending a decision by the other tribunal.[351]

Como es de notar, aunque el tribunal no hizo expresa referencia a sus poderes inherentes, la justificación de su decisión corresponde apropiadamente a los alcances de éstos.

De manera similar en el caso *Itera International c/ Georgia* el inversionista solicitó la incorporación de demandas incidentales al amparo del artículo 46 del Convenio Ciadi. Estas demandas, a su vez, eran objeto de discusión en un arbitraje paralelo bajo las reglas de la *International Commercial Arbitration Court of the Russian Chamber of Commerce*. El Estado solicitó que se deniegue dicha incorporación *inter alia,* en razón a evitar decisiones divergentes y preservar la eficiencia en la administración de justicia[352] (un argumento similar al de *SPP*).

Finalmente, el tribunal rechazó dichas demandas incidentales en orden a otras razones (*i.e.*, las demandas no cumplían con el requisito de conexidad del artículo 46), pero absolvió el argumento antes descrito validándolo:

> It is not denied that efficiency may in some circumstances be a result of a claim being accepted as ancillary. However, it is at least doubtful whether acceptance of the Sistema claims as ancillary would promote efficiency, as it would involve a new examination of matters that have already been discussed for a long time before another arbitral tribunal.[353]

También en la conocida decisión en el caso *Achmea,* la Comisión Europea, como parte no interviniente, sugirió la suspensión del arbitraje

---

[351] *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. [SPP] vs. Arab Republic of Egypt.* Icsid, *first decision on jurisdiction.*

[352] *Itera International Energy LLC. and Itera Group NV vs. Georgia. Icsid Case* n.° ARB/08/7, *decision on admissibility*, párr. 81.

[353] *Ibidem*, párr. 100.

hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitiese su decisión final sobre la compatibilidad de las cláusulas de arbitraje de inversión en tratados de inversión celebrados entre Estados de la Unión Europea.

El tribunal se rehusó a suspender el proceso, aunque sin rechazar la importancia del análisis planteado por la Comisión (que utilizó un argumento similar al de *SPP*).

Así, el tribunal arbitral sostuvo:

> The Tribunal has considered whether it would be appropriate to suspend these arbitration proceedings until the EU Commission and/or the ECJ have come to a decision on the EU law aspects of the infringement case. While the Tribunal wishes to organize its proceedings with full regard for considerations of mutual respect and comity as regards other courts and institutions, it does not consider that the questions in issue in the infringement case are so far coextensive with the claims in the present case that it is appropriate to suspend its proceedings now. Should it become evident at a later stage that the relationship between the two sets of proceedings is so close as to be a cause of procedural unfairness or serious inefficiency, the Tribunal will reconsider the question of suspension.[354]

Sin perjuicio de ello, es cuestionable que la argumentación de *SPP* (replicada y validada por tribunales arbitrales) aplicaría de igual modo a una controversia paralela en materia de derechos humanos. Después de todo, como apuntamos en secciones precedentes, aunque pueda tratarse de controversias traídas sobre disposiciones similares, las diferencias pueden ser esenciales. De modo tal, que rechazar la admisibilidad de un reclamo o la jurisdicción sobre éste, configuraría un supuesto de denegación de justicia al inversionista extranjero.

---

[354] *Eureko B.V. and the Slovak Republic.* Uncitral, *award on jurisdiction, admissibility and suspension*, párr. 292.

Por ejemplo, en *Qasar Valores c/ Rusia* (un caso de la saga *Yukos*), el inversionista alegó que una decisión del TEDH sobre la misma controversia resuelta a favor del inversionista debía ser tomada en cuenta por el tribunal arbitral al resolver la controversia arbitral. El tribunal rechazó el argumento sobre la base de las diferencias notables entre la protección a la propiedad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el TBI, rechazando, incluso, la exportación de criterios propios del TEDH (*i.e.*, margen de apreciación).

Así, sostuvo:

> [...] human rights conventions establish minimum standards to which all individuals are entitled irrespective of any act of volition on their part, whereas investment-protection treaties contain undertakings which are explicitly designed to induce foreigners to make investments in reliance upon them. It, therefore, makes sense that the reliability of an instrument of the latter kind should not be diluted by precisely the same notions of «margins of appreciation» that apply to the former.[355]

De igual modo, en *Spyridon c/ Rumanía,* el tribunal arbitral rechazó la invocación del inversionista al Convenio Europeo de Derechos Humanos como causa de pedir, dado que

> […] the higher and more specific level of protection offered by the BIT to the investors compared to the more general protections offered to them by the human rights instruments [...].[356]

Como hemos puesto en evidencia, el hecho de que existan procesos paralelos, representa un riesgo latente en el derecho internacional. Con particular énfasis, la interacción entre procesos en materia de derechos humanos y arbitrajes de inversión, se enfrenta con los alcances limitados

---

[355] *Quasar de Valors Sicav S.A., Orgor de Valores Sicav S.A., GBI 9000 Sicav S.A. y ALOS 34 S.L. and The Russian Federation*, *SCC Arbitration*, *award*, párrs. 20-25.

[356] *Spyridon Roussalis vs. Romania*. *Icsid Case* n.° ARB/06/1, *award*, párr. 312.

de las escasas herramientas procesales con las que cuentan los tribunales arbitrales para hacer frente a procesos paralelos de distinta naturaleza. Esto explica, de algún modo, que la existencia de procesos paralelos en materia de derechos humanos no haya influenciado de manera relevante en la resolución de arbitrajes de inversión.

3.2. Conflictos normativos

Los conflictos normativos son corolario de la fragmentación normativa antes analizada. Las dificultades para hacerles frente derivan de la falta de una jerarquía formal de normas en el derecho internacional, toda vez que las normas derivan de la misma fuente (*i.e.*, el consentimiento estatal); y, por ende, son igualmente vinculantes. En consecuencia, un conflicto normativo no puede resolverse atendiendo a la fuente de la cual deriva la norma (como suele ocurrir en los ordenamientos domésticos).[357]

Siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional, diremos que los conflictos normativos pueden ser de tres tipos: (i) los conflictos entre la ley general y una interpretación particular y poco ortodoxa de la normativa general; (ii) los conflictos entre la ley general y una norma particular que pretende ser una excepción a la ley general, y (iii) los conflictos entre dos tipos de normas especiales.[358] Nos referiremos a la categoría (iii), siendo la relevante de cara a la interacción entre el DIDH y el DII.

De este tipo de conflictos se desprenden, al menos, dos preguntas: (i) ¿cuándo dos normas especiales están en conflicto? y (ii) ¿cómo reconciliar normas en conflicto o evitar resultados divergentes prove-

---

[357] *Cfr* PAUWELYN, J. *Conflicts of norms in public international law: How WTO Rules relate to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 95.

[358] COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fragmentación…*, *cit.*, p. 32. También: PAUWELYN, J. «Fragmentation of international law». En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2006, párrs. 20-23.

nientes de una interpretación distinta de una misma norma contenida en distintos *regímenes*?[359]

Pauwelyn ha definido el conflicto normativo en los siguientes términos: «[…] dos normas están, por lo tanto, en una relación de conflicto si una constituye, ha conducido o puede conducir a una vulneración de la otra».[360] De manera similar, para Borgen:

> […] los conflictos normativos pueden ser conceptualizados ampliamente como cuando un Estado es parte de dos o más regímenes convencionales y la existencia o la aplicación de uno de los tratados frustra el propósito del otro.[361]

En una formulación clásica, Jenks sostuvo:

> Un conflicto en el estricto sentido de incompatibilidad directa surge únicamente cuando una parte de dos tratados no puede cumplir simultáneamente con sus obligaciones bajo ambos tratados.[362]

---

[359] *Cfr*. Broude, T. «Fragmentation(s) of international law: On normative integration as authority allocation». En *The shifting allocation of authority in international law.* Broude, T. e Y. Shany. Londres: Hart Publishing, 2008, pp. 101-102.

[360] [Traducción nuestra] Pauwelyn, J. *Conflicts of norms*…, *cit.*, pp. 175-176.

[361] [Traducción nuestra] Borgen, C.J. «Resolving treaty conflicts». En *The George Washington University International Law Review*, vol. 37, p. 305. Sin perjuicio de la existencia de los denominados *conflictos normativos inherentes*. Éstos son aquellos casos en los cuales la sola existencia de una norma conduce a la vulneración de la otra. El énfasis no está puesto en la aplicación de la norma como génesis del conflicto, sino en su propia existencia. No consideramos que éste sea el caso paradigmático ni usual de la relación normativa que estudiamos aquí, por lo que no nos referiremos a este tipo de conflictos normativos (más allá de la alusión al caso de las normas *ius cogens* que haremos en el capítulo siguiente). *Cfr*. Pauwelyn, J. *Conflicts of norms*…, *cit.*, pp. 275-276.

[362] [Traducción nuestra] Jenks, W.C. «The conflict of…, *cit.*, p. 426. Pauwelyn ha criticado esta definición por restringir la categoria de conflicto a las obligaciones, dejando fuera otro tipo de escenarios.

Tres requisitos pueden extraerse de estas definiciones: (i) las normas en conflicto deben regular la misma materia (requisito *rationae materia*); (ii) al menos una de las partes debe estar obligada por ambas normas (requisito *rationae persona*); y (iii) ambas normas deben ser igualmente aplicables temporalmente (requisito *rationae temporis*).[363]

Bajo estas consideraciones conviene analizar si, efectivamente, puede configurarse un conflicto normativo entre normas de derecho internacional de las inversiones y de derecho internacional de los derechos humanos y, de ser así, en qué términos. En algunos determinados supuestos fácticos, el Estado es titular de dos obligaciones, ambas vigentes, y el cumplimiento de una podría representar el incumplimiento de la otra. Los requisitos (ii) y (iii), antes mencionados, no representan mayor dificultad, mas no así el requisito (iii). En efecto, no es claro que estemos frente a normas (obligaciones) que recaen sobre una misma materia.

En el marco de las reglas de la CVDT sobre tratados sucesivos concernientes a una misma materia, aplicable para atender conflictos normativos, se ha dicho que el requisito de identidad en la materia deberia interpretarse restrictivamente,[364] dejando fuera supuestos de tratados con materias superpuestas, pero no idénticas.

Éste es el caso de tratados en materia de derechos humanos y tratados de inversión. Aun cuando podrían formularse diversas protecciones recogidas en el tratado de inversión, en lenguaje de derechos humanos, eso no significa que estemos frente a disposiciones sobre una misma materia. Por su parte, la CDI en su *Informe de Fragmentación* optó por una lectura amplia del requisito *ratione materia*, afirmando inclusive que:

---

[363] *Cfr*. Pauwelyn, J. *Conflicts of norms…*, *cit*., p. 165 (aunque refiriéndose a conflictos normativos en relaciones entre Estados).

[364] *Cfr*. Aust, A. *Modern Law Treaty and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 184.

> No existen normas sobre la manera de calificar el régimen de un tratado preciso y la mayoría de los regímenes se podrían incluir en varias de esas especialidades. Los tratados de derechos humanos, por ejemplo, se utilizan a menudo para promover objetivos relacionados con el medio ambiente y los regímenes comerciales, presuponen la protección de los derechos humanos (en particular, el derecho a la propiedad) y se fundan en ella.[365]

Consideramos que la aproximación de la CDI es más apropiada en el estado actual del derecho internacional. Circunscribir el conflicto a supuestos de normas *intra*-régimen, es ignorar la proliferación normativa que hemos descrito. Esto no significa, como veremos, que la calificación de conflicto conlleve necesariamente a extrapolar reglas cuyo diseño parece más apropiado para conflictos *intra*-régimen (*e.g.*, *lex posterior*, *lex specialis*), mas sí permite colocar el enfoque en la necesidad de armonizar normas de distintos *regímenes*.

Pues bien, la resolución de conflictos normativos es uno de los temas más áridos del derecho internacional, en tanto las diversas maneras de atender un conflicto normativo, no ofrecen necesariamente una solución. En líneas generales, un tribunal arbitral confrontado con un conflicto normativo distingue la voluntad estatal para determinar a qué norma atribuirle primacía. Las maneras de determinar dicha voluntad son diversas.

En primer lugar, el tribunal arbitral puede remitirse al tratado de inversión correspondiente; allí los Estados pueden incluir mecanismos expresos para resolver el conflicto, sea en referencia a normas preexistentes al TBI, a normas futuras o a conflictos *intra*-TBI.[366]

---

[365] *Cfr*. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Fragmentación…, cit.*, p. 147.

[366] *Cfr*. Pauwelyn, J. *Conflicts of norms*…, *cit.*, pp. 175-176; Borgen, C.J. «Resolving Treaty…», p. 583.

No obstante, estas herramientas convencionales —como analizaremos a mayor detalle en el capítulo siguiente— son notablemente escasas y no suelen abordar expresamente los posibles conflictos entre normas del TBI y normas de derechos humanos.

En segundo lugar, el conflicto puede resolverse atendiendo a la jerarquía normativa de las normas involucradas; pero, como ya señalamos, esta salida es casi inviable en el derecho internacional. Los supuestos de aplicación, en todo caso, son notablemente limitados: sea el caso de normas de *ius cogens* en materia de derechos humanos o de obligaciones en materia de derechos humanos contenidas en la Carta de Naciones Unidas.

Una reformulación de esta opción es leer los conflictos normativos como conflictos de valores; pero, ante la ausencia de una jerarquía normativa, esto es, un ejercicio intelectual inútil, pues el derecho internacional no ofrece una respuesta.

Con acierto, Klabbers señala:

> Where values clash, typically the political positions harden, resulting in the practical impossibility of finding a way out. As a result, the law, too, cannot decide in the abstract what to do: all that is left is to hope to find a *modus vivendi*, to find some way to accommodate incommensurable values.[367]

En tercer lugar, el conflicto puede resolverse recurriendo a las *reglas sobre tratados sucesivos concernientes a la misma materia*, recogidas en la CVDT.

---

[367] Klabbers, J. *Treaty Conflict and the European Union.* Cambridge University Press, 2009, p. 18.

En particular, la *lex posterior derogat priori* (recogida en los artículos 30(3) y 30(4)[368] de la CVDT), otorga prevalencia a la norma más reciente sobre la más antigua, en el entendido de que constituye la voluntad más vigente de los Estados.

Sin embargo, la aplicación de la regla de *lex posterior* está sujeta a dos condiciones que dificultan su aplicación al conflicto entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. Por un lado, debe haber identidad de materia entre ambas normas en conflicto. Esto, como ya señalamos, es problemático en el caso estudiado.

Por otro lado, los tratados que contienen ambas normas[369] deben ser sucesivos en el tiempo. La verificación de este requisito puede ser sencilla, pero su aplicación nos resulta problemática. La racionalidad detrás del requisito, y detrás de la regla de *lex posterior*, es otorgar primacía, de conformidad a la voluntad de los Estados.

---

[368] «Artículo 30.- Aplicación de los tratados sucesivos concernientes a la misma materia:
[…]
3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.
4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:
   a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3.
   b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes».

[369] Nótese que hablamos aquí de «tratados» porque el énfasis de la regla, como está recogida en la CVDT, es la de regular la relación entre tratados sin distinción de las obligaciones allí contenidas.

Como en los ordenamientos domésticos, si una norma es promulgada con posterioridad a otra con la que entra en conflicto, debe asumirse que la voluntad del legislador está en otorgar prioridad a la norma más reciente sobre la más antigua. En cambio, en el derecho internacional; y, sobre todo, en el caso de los conflictos normativos que analizamos, el legislador no es común a ambas normas. Por un lado, tenemos un tratado multilateral en materia de derechos humanos y por otro, tenemos un tratado bilateral en materia de promoción de la inversión extranjera. Los instrumentos, entonces, son producto de un «legislador» distinto[370] y la racionalidad de la norma se torna inoperante.

Esto también puede representarse apuntado a la diferencia en el contexto normativo de ambos tratados. Una aplicación de la *lex posterior* ignora que uno y otro tratado fueron negociados y concluidos en contextos normativos distintos. La elección de un Estado por una protección amplia en un tratado, no significa, necesariamente, la opción por una protección reducida en otro tratado. Si la *lex posterior* se sustenta en la voluntad del «legislador», no queda claro que pueda operar, efectivamente, en estos escenarios.

En cuarto lugar, el conflicto puede resolverse a través de la regla de *lex specialis derogat legi generali*. No obstante, ésta enfrenta similares dificultades a las de la aplicación de la *lex posterior,* toda vez que requiere identidad de materia entre ambas normas.

De igual modo, la racionalidad de la regla es la de otorgar efectividad a la voluntad del «legislador»; así, se presume que la *lex specialis* refleja con mayor precisión la voluntad de éste sobre un asunto específico. Sin embargo, al no estar frente al mismo legislador, no puede concluirse que la voluntad de ambos legisladores haya sido la de otorgar primacía a una norma sobre otra.

---

370 *Cfr*. PAUWELYN, J. *Conflicts of norms*…, *cit*., p. 369.

Lo que es más, en el caso bajo análisis, la atribución del carácter de «especial» a una de las normas y de «general» a la otra, es una tarea infructuosa (tanto la norma de DII como la de DIDH son «específicas»). La regla sólo reviste lógica para atender conflictos entre la ley general y una norma particular.[371]

En buena cuenta, el riesgo de derivar escenarios de conflicto normativo de la interacción entre el DII y el DIDH, coloca al juzgador ante la dificultad de encontrar una salida legítima. Ello explica que los escenarios de conflicto normativo entre ambos tipos de normas hayan sido inexistentes.

Por ejemplo, en el caso *SAUR* el Estado argentino argumentó que las acciones adoptadas en relación a una concesión de agua y desagüe otorgada al inversionista, se justificaban en la obligación de garantizar el acceso al derecho humano al agua de la población; y, por ende, una medida que tenga tal fin, no puede considerarse injusta o expropiatoria, y «sí, más bien, un ejercicio necesario del poder de policía y regulación».[372]

El tribunal arbitral reconoció la relevancia del derecho humano invocada como ley aplicable a la controversia, para luego adoptar una postura que negaba cualquier escenario de conflicto.

Así señaló:

> […] estas prerrogativas son compatibles con los derechos de los inversores a recibir la protección ofrecida por el APRI. El derecho fundamental al agua y el derecho del inversor a la protección ofrecida por el APRI, operan sobre planos diferentes: la empresa concesionaria de un servicio público de primera necesidad se halla en una situación de dependencia frente a la administración pública, que dispone de poderes especiales para garantizar el dis-

[371] Borgen, C.J. «Resolving Treaty…», *cit.*, p. 589.

[372] *SAUR International S.A. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad, párr. 328.

> frute por la soberanía del derecho fundamental al agua; pero el ejercicio de esos poderes no es omnímodo, sino que debe ser conjugado con el respeto a los derechos y garantías otorgados al inversor extranjero en virtud del APRI […]. Contrapesar estos dos principios será la tarea que el Tribunal deberá abordar al analizar las pretensiones substantivas […].[373]

4. ¿Es necesario un estudio sobre la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos?

Subyacente al análisis que hemos realizado hasta el momento, se encuentra una cuestión en la que no hemos reparado detenidamente: ¿por qué debemos preocuparnos por la interacción entre el DII y el DIDH? Después de todo, como hemos visto, el DII y el DIDH operan de manera independiente, diferenciada y particular; las normas de cada una gravitan en su propio marco normativo y los órganos jurisdiccionales, atendiendo posibles conflictos entre éstas, actúan con atención a su propia y específica jurisdicción. Ensayamos aquí dos respuestas a esta pregunta.

4.1. Consistencia normativa

Entendemos por consistencia normativa aquella propiedad por la cual, en un ordenamiento jurídico, no es posible encontrar «dos directrices de acción [de obligatorio cumplimiento] incompatibles y que no son susceptibles de cumplirse al mismo tiempo, sea porque ellas imponen dos obligaciones en direcciones opuestas o porque una de ellas prohíbe lo que la otra permite; y, por tanto, no hay forma de cumplir una de ellas sin incumplir la otra».[374] Tal consistencia normativa puede predicarse, tanto a nivel legislativo como adjudicativo.

---

[373] *Ibidem*, párrs. 331-332.

[374] [Traducción nuestra]. Peralman, C. *Logique juridique: nouvelle rhétorique*. París: Dalloz, p. 39; en *The Legal System Between Order and Disorder*. Van de Kerchove, M. y F. Ost. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 51.

La consistencia que nos preocupa es adjudicativa, dado el rol de los árbitros en el derecho internacional de las inversiones.[375] Esto implica que los árbitros frente a casos iguales deben contar sólo con una directiva de acción correcta, ya que de esa forma se entiende que un ordenamiento jurídico guarda unidad y racionalidad.[376]

La consistencia normativa permite predictibilidad para el ordenamiento de las conductas, promociona la percepción de que el derecho es estable, impide la frustración de las expectativas privadas y preserva la separación de poderes al fortalecer la obediencia al derecho producido por los jueces/árbitros.[377]

El tribunal arbitral del caso *Generation Ukraine*, en referencia a la obscura pregunta de cuándo se configura una expropiación indirecta, sostuvo:

> La predictibilidad es uno de los objetivos más importantes de cualquier sistema jurídico. Sería útil tener absoluta claridad con antelación de si determinados eventos encajan en la definición de expropiación «indirecta».[378]

---

375 En palabras de Schill: «To understand arbitration as a system thus means understanding the importance and power of arbitrators. They are the center that can forge international arbitration into a system or dissolve it in infinite fragmentation. Similar to courts in the domestic context, arbitrators as a group are the key institution for the emergence, persistence, transformation, and hence existence, of international arbitration as a system». Schill, S.W. «International arbitrators as system-builders». *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 2012, vol. 106, p. 295.

376 *Cfr*. Dworkin, R. *Una cuestión de principios*. Traducción de Victoria Boschiroli. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, pp. 159-190.

377 *Cfr*. Peters, C.J. «Foolish consistency: On equality, integrity, and justice in *stare decisis*». *The Yale Journal*, 1996, vol. 105, n.° 8, p. 2039.

378 *Generation Ukraine…*, *cit.*, párr. 20.29.

Un pedido similar de predictibilidad lo encontramos en el caso *Saluka*. Allí, el tribunal arbitral también en referencia a la expropiación directa, sostuvo:

> El derecho internacional tiene aún que identificar de manera comprensiva y definitiva, precisamente, qué regulaciones son consideradas «permisibles» y «comúnmente aceptadas» como pertenecientes a los poderes de policía o poderes regulatorios de los Estados […]. En otras palabras, tiene aún que dibujar una línea clara y fácilmente discernible entre regulaciones no compensables en un lado y medidas que afectan o depravan al inversionista de su inversión […].[379]

Asimismo, la consistencia normativa está estrechamente relacionada con la denominada justicia formal. Es decir, «dos casos que son iguales (en los aspectos relevantes) deben ser tratados de la misma manera».[380] El tratarlos de forma diferente sería inconsistente e implica que las personas que forman parte de esta inconsistencia no sean tratadas de igual forma por parte de la judicatura. Y si la judicatura no trata a las personas de igual manera en casos iguales, no está reconociendo la igualdad que existe con respecto a las personas, promoviendo, de esta forma, la desigualdad de trato.

La justicia formal, la predictibilidad, la estabilidad jurídica, la protección de expectativas de los justiciables, son algunos de los valores que la consistencia normativa protege, convirtiéndose ésta también en un valor.[381] Claro está que la consistencia se realiza en diversos grados y no

---

[379] *Saluka Investment…, cit.,* párr. 263.

[380] LAMOND, «Precedent and analogy in legal reasoning». En *The Standord Encyclopedia of Philosophy.* Zalta, E.N. (ed.), *Spring*, 2016, Section 3.1 («Consistency»).

[381] *Cfr*. SCHREUER, C. «Coherence and Consistency in International Investment Law». En *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*. Echandi, R. y P. Sauvé (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, p. 391. Para Kaufmann-Kohler, la necesidad de consistencia se justifica también en el estadio de desarrollo temprano del DII: «[…] *investment law is in its early stages of development and thus requires consistency*». KAUFMANN-KOHLER, G. «Is consistency

cualquier grado de inconsistencia es un riesgo *per se*. La inconsistencia es un riesgo, en tanto genera un perjuicio a las partes en disputa; y, en consecuencia, al derecho internacional.[382]

Los tribunales arbitrales no parecen permanecer ajenos a estas consideraciones. Además de los citados llamados por mayor consistencia de los tribunales arbitrales de *Generation Ukraine* y *Saluka*, es común que los tribunales analicen o incluyan en su razonamiento decisiones de otros tribunales arbitrales, sea prestándoles deferencia o discrepando razonadamente.[383]

De manera notable, el tribunal arbitral del caso *Saipem* sostuvo:

> El tribunal considera que no está vinculado por decisiones previas. A la vez, es de la opinión que debe prestar debida consideración a decisiones previas de otros tribunales internacionales. Considera que, sujeto a razones en contra, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie consistente de casos. También considera que, sujeto a las particularidades del tratado y las circunstancias de este caso, tiene el deber de contribuir al desarrollo armonioso del derecho de las inversiones y así satisfacer las legítimas expectativas de la comunidad de Estados e inversionistas tendientes a la certeza en el ordenamiento jurídico.[384]

---

a myth?». En Gaillard, E. y Y. Banifatemi (eds.). *Precedent in International Arbitration*. Nueva York: Juris Publishing, 2008, pp. 145 y 147.

382 *Cfr*. Pauwelyn, J. y L.E. Salles. «Forum shopping before…», *cit*., p. 83.

383 Riego Sureda ha identifcado cuatro categorías de uso de laudos arbitrales por parte de tribunales arbitrales sin configurarse la doctrina de precendentes. *Cfr*. Rigo, A. «Precedent in Investment Treaty Arbitration». En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Binder, C. *et alii* (eds.). Oxford: Oxford Scholarship, 2009, pp. 833-839.

384 *Saipem S.p.A. vs. The People's Republic of Bangladesh*. *Icsid Case* n.° ARB/05/7, *decision on jurisdiction*, párr. 67. También: *Cfr*. Paulsson, J. «International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law». En *ICCA Congress Series*. La Haya: Wölters Kluwer, 2007, n.° 13.

No obstante, este anhelo de consistencia normativa se enfrenta a la estructura del derecho internacional. En éste, los órganos jurisdiccionales desarrollan una lógica interpretativa que encaja o responde únicamente a sus propios objetivos.

En palabras del Tribunal Internacional de Derecho del Mar:

> [l]a aplicación de las reglas de derecho internacional en interpretación de tratados a disposiciones idénticas o similares de distintos tratados pueden no arrojar los mismos resultados, teniendo en consideración *inter alia*, los diferentes contextos, objetos, propósitos, práctica subsecuente de las partes y trabajos preparatorios.[385] Luego, la labor hermenéutica que llevan adelante está fuertemente influenciada por sus propias características estructurales (quiénes la integran, cómo se conforman, etc.); en una estructura horizontal[386] y sin considerar, necesariamente, su entorno normativo.[387]

Ahora bien, los medios para alcanzar consistencia en un entorno normativo como el del derecho internacional pueden ir, desde la implementación de una regla estricta de *stare decisis,* hasta el establecimiento de una segunda instancia de revisión de decisiones judiciales o arbitrales. No es objeto de nuestro trabajo ahondar en las bondades de cada

---

[385] INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. *Mox Plant Case (Ir. vs. U.K.)*, *Order on Provisional Measures*, 3 de diciembre de 2011, párr. 51. [Traducción del autor].

[386] Algunos autores abogan por una cierta estructura jerárquica en la que la Corte Internacional de Justicia tenga primacía (aunque no necesariamente formal) sobre el resto de órganos jurisdiccionales. *Cfr*. CHARNEY, J.I. «The Impact on the International…», *cit*., p. 707; ABI-SAAB, G. «Fragmentation or unification…», *cit*., pp. 929-930.

[387] Así, cada órgano jurisdiccional deriva la extensión de su jurisdicción y su legitimidad de su propia fuente y no de una fuente común a todos los órganos jurisdiccionales lo que refuerza una dinámica auto-referencial de cada órgano jurisdiccional. *Cfr*. OELLERS-FRAHN, K. «Multiplication of International Courts and Tribunals and conflicting jurisdiction – Problems and possible solutions». En *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, vol. 5, p. 76.

alternativa; sostenemos que proponer una vía de interacción entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos, también contribuye a los fines de consistencia. Primero, reduce los escenarios de interpretaciones divergentes sobre normas similares (*ej.,* derecho a la propiedad y regulación expropiatoria). Segundo, reduce los escenarios de conflictos entre obligaciones de los Estados. Tercero, reduce las interpretaciones aisladas de normas cuando en la práctica interactúan inevitablemente unas con otras.

4.2. Legitimidad del derecho internacional

El análisis de la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación en el razonamiento de los tribunales arbitrales permite salvaguardar la legitimidad del derecho internacional, pues contribuye: (i) a reforzar el rol fundante del «bien común» en la comunidad internacional; y (ii) a concretar la exigencia de justicia que permea toda actividad jurisdiccional.

En relación a (i), la evolución del derecho internacional (sobre todo, la más reciente) da cuenta de la necesidad de cooperación entre Estados como un imperativo. La propia fragmentación refleja perfectamente dicha cooperación creciente de los Estados en diversas áreas.

A su vez, esta cooperación está orientada a la realización efectiva del «bien común»[388] de sus ciudadanos. En consecuencia, la legitimidad de la actuación jurisdiccional de los árbitros no se medirá exclusi-

[388] Acogemos la definición de bien común de Finnis: «[u]n conjunto de condiciones que permiten a los integrantes de una comunidad alcanzar por sí mismos unos objetivos razonables, o bien realizar razonablemente por y para sí mismos aquel valor o valores para cuya consecución es racional, la colaboración positiva o negativa, en una comunidad». Finnis, J. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 155. [Traducción del autor].

vamente en virtud a sus elementos estructurales,[389] sino en la medida de que su actuación engarce en la realización del bien común.

Como ha señalado George:

> Tales autoridades [internacionales] estarían justificadas, como lo es la autoridad política, en general, por su capacidad para generar e implementar eficazmente soluciones justas y razonables para los «problemas de coordinación» de la comunidad.[390]

Ahora bien, la idea de bien común para la comunidad internacional está estrechamente ligada al concepto de derechos humanos y de allí la necesidad de considerar su relevancia práctica en todo tipo de disputas. Su creciente rol en el derecho internacional —como pauta evolutiva o como parámetro para medir la corrección de toda decisión— se evidencia en lo que Cançado Trindade ha denominado «la humanización del derecho internacional»,[391] refiriéndose al rol central del individuo y a su dignidad como valor autónomo y objeto de tutela en —los distintos *regímenes* del— derecho internacional.[392]

---

389 *Cfr*. RATNER, Steven R. «Regulatory takings in institutional context: Beyond the fear of fragmented international law». En *American Journal of International Law*, 2008, vol. 102, pp. 475-528.

390 GEORGE, R.P. *Entre el derecho y la moral*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2010, p. 84.

391 *Cfr*. CANÇADO TRINDADE, A. *A humanizaçao do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 1-423. También: *Cfr*. CANÇADO TRINDADE, A. *International Law for Humankind*. Leiden: Martin Nijhoff Publishers, 2010. Aunque no podemos coincidir en la fuente de vinculatoriedad *erga omnes* que el juez Cançado Trindade atribuye a los derechos humanos. Para éste, dicha vinculatoriedad emanaría de una «conciencia internacional»; distanciándose así de una lectura positivista dura, pero sin abandonar por completo sus cimientos. Otros autores también se han aproximado a la idea desde similar perspectiva (constructivista), por ejemplo: TEITEL, R. *Humanity's Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

392 Ciertamente, el derecho internacional de las inversiones no es la excepción. La creciente demanda de transparencia y participación de la sociedad civil en arbitrajes de inversiones (a través de la facultad de presentar *amicus curiae*, por ejemplo), bien puede entenderse dentro del fenómeno más amplio de la humanización del derecho internacional.

Una formulación distinta formalmente, aunque conceptualmente similar, es la de Simma, quien se ha referido a «intereses comunitarios» como «[u]n consenso de conformidad al cual el respeto por ciertos valores fundamentales, no debe ser de libre disposición de los Estados individualmente o entre ellos, pero debe ser reconocido y protegido por el derecho internacional como un asunto de interés de todos los Estados».[393] Dentro de los que ha incluido expresamente la tutela a los derechos humanos. De modo que, si bien el derecho internacional *in statu quo*, dista de tener una estructura constitucional, no cabe duda de que la creciente centralidad de los derechos humanos, permea todos los regímenes y obliga a un funcionamiento de sus instituciones que no ignore su tutela de cara a su propia legitimidad.[394] Dicho de otro modo, una propuesta que armonice las normas de derecho internacional de las inversiones con las normas de derecho internacional de los derechos humanos, permite una lectura unitaria que atienda a los auténticos fines del derecho internacional.

En relación a (ii), únicamente una propuesta que armonice las normas de derecho internacional de las inversiones con las normas de derecho internacional de los derechos humanos permite una concreción efectiva de la auténtica labor de los árbitros en los arbitrajes de inversión. Esta labor está impregnada de una exigencia ineludible de justicia.[395] En ese escenario, la labor del árbitro es tanto determinar el contenido

---

[393] Simma, B. «From bilateralism to Community Interest in International Law». En *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1994, n.° 250, p. 217.

[394] *Cfr*. Cassese, A. «A plea for a Global Community grounded in a core of human rights». En *Realizing Utopia: The future of international law*. Cassese, A. (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 136-143.

[395] Al respecto, Teitel y Howse han apuntado sobre el rol de los árbitros y jueces en el derecho internacional: «[t]he judges understand themselves less as playing the role of fostering compromise-building and conflict-avoidance or de-escalation in international politics, and more as rendering justice between the parties and building a genuine jurisprudence». Teitel, R. y R. Howse. «Cross-Judging: Tribunalization in a fragmented but interconnected Global Order». En *New York Journal of International Law and Politics*, 2009, vol. 41, p. 960.

de las obligaciones al caso concreto, como preservar que la solución a la controversia se enmarque en la tutela al bien común que legitima el ejercicio de su función jurisdiccional.[396] Más aún, cuando la percepción pública apunta a que el arbitraje de inversión tutela exclusivamente los intereses de inversionistas extranjeros en detrimento del bien común.[397]

---

[396] Esto también ha sido expresado como la función de «gobernanza» de los jueces y árbitros internacionales. Álvarez la ha explicado en los siguientes términos: «The governance function anticipates that judges and arbitrators, at the national and international level, must generally (or at least sometimes) consider the impact of their rulings on States, persons, or entities not directly represented in the case before them». *Cfr*. ÁLVAREZ, J.E. «What are international judges for? The main functions of international adjudication». En *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Romano, C.P.R. *et alii* (eds.). Oxford: Oxford Scholarship, 2013, p. 171. Esto implica preservar los valores constitutivos del orden internacional (bien común) más allá de la disputa que los jueces o árbitros deben resolver.

En el caso de los tribunales arbitrales de inversiones, esta manifestación de su función, cobra particular relevancia por el impacto de sus decisiones en el marco regulatorio de los distintos Estados (*regulatory chill*) y por la limitada participación de los diversos actores potencialmente afectados con la decisión en los procedimientos arbitrales. A pesar de ello, es cierto que, como ha apuntado la profesora Jansen Calamita, los Estados, al adoptar estándares directamente relacionados con la capacidad de aquéllos para regular libremente en la esfera pública, no han llegado a un consenso en relación a los valores públicos (*public values*) necesarios para dotar a éstos de contenido certero ni han delegado facultades interpretativas a estructuras de tipo constitucional-administrativas, esto es, cortes, que pudiesen desarrollar cierto nivel de coherencia en el *sistema*. *Cfr*. JANSEN CALAMITA, N. «International human rights and the interpretation of international investment treaties: Constitutional considerations». En *Investment law within international law. Integrationist perspectives*. Baetens, F. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 167.

[397] Por ejemplo, el «Public statement on the international investment regime», firmado por diversos académicos, es enfático en su crítica al arbitraje de inversión: «Investment treaty arbitration as currently constituted is not a fair, independent, and balanced method for the resolution of investment disputes and, therefore, should not be relied on for this purpose». Recuperado de: https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/. De igual modo, en un documento del Transnational Institute se concluyó, aunque sin soporte empírico, que: «Arbitrators tend to defend private investor rights above public interest, revealing an inherent pro-corporate bias». *Cfr*. *Corporate Europe*

En otras palabras, la justicia natural exige que las decisiones que se adopten tengan adecuadamente en cuenta los derechos e intereses de todas las partes afectadas[398] (esto es aún más claro en el caso de las inversiones y los derechos humanos, donde el impacto de aquéllas en los últimos es innegable, desde el tratamiento del inversionista a los trabajadores locales, hasta el impacto de las inversiones en la comunidad local).[399] Es evidente que ello no puede lograrse desde una lectura aislacionista de los distintos «regímenes». Al caso concreto, se hace más evidente que las normas de derechos humanos juegan un rol central en disputas expropiatorias, en las que la lógica regulatoria detrás del conjunto normativo, importa una incidencia directa en derechos de los individuos de una comunidad doméstica determinada.[400]

En resumidas cuentas, la interacción entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos es una cuestión inevitable de cara a la preservación de la legitimidad del derecho internacional. Por ello, debemos rechazar la idea que los conci-

---

Observatory y *Transnational Institute*, *profiting from injustice. How larw firms, arbitrators and financers are fuelling an investment arbitration boom*, 2012, p. 6.

398 George, R. P. *Entre el* …, *cit*., p. 88. También expresando este imperativo en términos de «legitimidad»: Matz-Luck, N. «Norm interpretation across international regimes: Competences and legitimacy». En *Regime interaction in international law: Facing fragmentation*. Young, M. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 207; Al Faruque, A. «Mapping the relationship between investment protection and human rights». En *The Journal of World Investment & Trade,* 2010, vol. 11, p. 547.

399 *Cfr*. Karamanian, S.L. «Human rights dimensions of investment law». En *Hierarchy in international law: The place of human rights*. De Wet, E. y J. Vidmar. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 239-240 y Landau, T. «Rethinking the substantive standards of protection under investment treaties (response to the report). En *Flaws and presumptions rethinking arbitration law and practice in new arbitral seat. The Mauritius International Arbitration Conference*, 2010, pp. 367-368.

400 *Cfr*. Taillant, J.D. y J. Bonnitcha. «International investment law and human rights». En *Sustainable Development in World Investment Law.* Cordonier Segger, M., M.W. Gehring y A. Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2011, p. 78.

be como compartimentos estancos que responden exclusivamente a la voluntad de sus creadores y a la convergencia de distintos poderes. Las exigencias normativas del derecho internacional imponen que los distintos «regímenes» compartan un sustrato validado por el bien común y las exigencias de justicia en las decisiones a toda controversia.

Capítulo III
El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión

1. Introducción

En el Capítulo II presentamos las condiciones para la interacción entre los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones: la fragmentación normativa, la proliferación de órganos jurisdiccionales, el rol del individuo en el derecho internacional, los alcances imprecisos del derecho a regular del Estado y las obligaciones positivas del Estado en el derecho internacional de los derechos humanos. También apuntamos los riesgos o dificultades aparejadas a la interacción entre ambos. Como argumentamos allí, en adición a las dificultades procesales y sustantivas, la interacción importaba cuestionamientos de justicia, consistencia normativa e integridad del sistema.

Bajo ese análisis, lo relativo a este capítulo es proponer y analizar un marco de razonamiento jurídico para las partes y los tribunales arbitrales que se vean confrontados con cuestiones de derechos humanos en arbitrajes de inversión. La propuesta subyacente a este capítulo es evitar una lectura aislada y conflictivista de las normas de derecho internacional (en particular, normas de derechos humanos y tratados de inversión) a través de la interpretación de los tratados de inversión en relación a su entorno normativo.

Para esos fines, procederemos primero a analizar las características particulares de la jurisdicción de los tribunales arbitrales de inversión, como presupuesto necesario del estudio que emprenderemos. Luego, identificaremos, a partir de la referencia a la «jurisprudencia» arbitral en materia de inversiones, escenarios de interacción entre las normas del de-

recho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de las inversiones. Posteriormente, analizaremos las metodologías de aplicación directa e indirecta de normas de derechos humanos en arbitrajes de inversión. Finalmente, aplicaremos estas consideraciones al estándar de trato justo y equitativo y a la cláusula de expropiación de los tratados de inversión, disposiciones paradigmáticas de estos tratados.

2. CUESTIÓN PRELIMINAR: LA JURISDICCIÓN LIMITADA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

Las posibilidades y la extensión dentro de la cual los tribunales arbitrales pueden integrar normas de derechos humanos a su labor adjudicativa está limitada por su jurisdicción.

Conviene detenernos brevemente en el análisis del término jurisdicción. En el derecho internacional, pueden identificarse dos sentidos en el uso de éste *albeit* las distintas connotaciones que derivan de cada uso: (i) la facultad de un tribunal de «decir el derecho» (*ius dicere*), esto es, adjudicar disputas de derecho internacional; y (ii) la facultad de un tribunal para adjudicar una disputa en concreto (ambas también referidas como *competence*[401] o competencia).[402]

---

[401] En la práctica arbitral, el término competencia suele ser utilizado como sinónimo de jurisdicción. Por ejemplo, *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. c/ República Bolivariana de Venezuela*. Caso Ciadi n.° ARB/00/5, decisión sobre competencia; *Enron and Poderosa Assets L.P. vs. The Argentine Republic. Icsid Case* n.° ARB/01/3, *decision on jurisdiction*, párr. 33.
En la doctrina nacional, el profesor García-Corrochano, haciendo la distinción propia de los sistemas de *civil law* entre jurisdicción y competencia, argumenta que dicha distinción (antes inmaterial en el derecho internacional público) es hoy relevante ante la pluralidad de tribunales internacionales. *Cfr*. GARCÍA-CORROCHANO, L. *Competence and jurisdiction in public international law: International Courts in the Americas.* En Boschiero, N. *et alii*. *International Courts and the development of international law. Essays in honour to Tullio Treves*. La Haya: T.M.C. Asser Press.

[402] *Cfr*. *Corfu Channel Case (Preliminary objections). Dissenting opinion by Dr. Igor Daxner*, *ICJ Reports 1948*, p. 27. En la doctrina, Y. Shany parece acoger esta

Amerasinghe, analizando la práctica internacional, ha identificado cinco áreas sobre las que los tribunales suelen pronunciarse al momento de analizar cuestiones relativas a su jurisdicción: (i) si el tribunal tiene autoridad para pronunciarse sobre su competencia para adjudicar la controversia (*i.e.*, competencia de la competencia); (ii) si el tribunal ha sido adecuadamente constituido; (iii) si existen deficiencias fundamentales, sean expresas o inherentes, que a la luz del instrumento constitutivo, previenen al tribunal de adjudicar la disputa en todo o en parte; (iv) aun si no existiesen deficiencias fundamentales, si existen impedimentos adicionales que prevengan al tribunal de adjudicar la controversia (admisibilidad);[403] y (v) si el tribunal tiene autoridad para pronunciarse

doble calificación del término al diferenciar entre jurisdicción fundacional (*foundational jurisdiction*) para expresar la facultad otorgada a los tribunales por parte de los Estados contenida en su documento fundacional y jurisdicción específica (*specific jurisdiction*) para expresar aquella autorización específica otorgada a los jueces o árbitros sobre un caso en particular. *Cfr*. Shany, Y. «Jurisdiction and admissibility». En *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Romano, C.P.R. *et alii* (*eds*.). Oxford: Oxford Scholarship, 2013, p. 782.

403 Sin embargo, las cuestiones de «admisibilidad» —aun cuando empíricamente hayan sido utilizadas dentro de un análisis de «jurisdicción» en cierta jurisprudencia internacional— no son propiamente cuestiones que hagan parte del contenido material del término. Por ejemplo, el tribunal arbitral en *SGS c/ Filipinas*, un caso que analizaremos más adelante, a pesar de declararse competente para conocer la controversia, determinó que el reclamo (que derivaba de un contrato de inversión celebrado entre el inversionista y el Estado) era inadmisible, pues el contrato incluía una cláusula jurisdiccional que remitía a las partes a los tribunales judiciales filipinos. Con acierto, el tribunal sostuvo: «Until the question of the scope or extent of the Respondent's obligation to pay is clarified —whether by agreement between the parties or by proceedings in the Philippine courts as provided for in article 12 of the CISS Agreement— a decision by this Tribunal on SGS's claim to payment would be premature». *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines*, *Icsid Case* n.° ARB/02/6, *decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*. También: Paulsson, J. «Jurisdiction and admissibility». En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honor of Robert Biner*. París: ICC Publishing, 2005.

sobre cuestiones relacionadas al ejercicio jurisdiccional sobre el caso (*ej.*, medidas provisionales).[404]

Ahora bien, la jurisdicción bajo el derecho internacional tiene una base consensual (sea directa o indirecta, sea que se perfeccione conjuntamente o en diferido). A su vez, el principio según el cual no hay jurisdicción sin consentimiento, es una manifestación del principio de igualdad soberana de los Estados, quienes son los únicos facultados a limitar su propia soberanía.[405]

En el marco de los arbitrajes de inversión, el consentimiento juega un rol igualmente importante, pues delimita la actividad jurisdiccional de los árbitros. Los directores ejecutivos del Banco Mundial, en su informe acerca del Convenio Ciadi, señalaron inequívocamente que:

> El consentimiento de las partes es la base de la jurisdicción del Centro [en realidad, de los tribunales arbitrales constituidos al amparo del Convenio]. El consentimiento debe constar por escrito y una vez otorgado no puede ser retirado unilateralmente.[406]

Los alcances del consentimiento pueden derivar de más de un instrumento. Ya habíamos explicado en el primer capítulo de este trabajo, las múltiples maneras con las que cuenta un Estado para manifestar su consentimiento a un arbitraje de inversión. Señalamos allí que el pre-

---

404 AMERASINGHE, C.F. *Jurisdiction of international tribunals*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, p. 65.

405 Se trata de un principio ampliamente reconocido en la doctrina y en la jurisprudencia internacional. *Cfr.* SCOTT, J.B. *Reports to The Hague Conference of 1899 and 1907*, 1917, p. 55. También: *Ambatielos Case (Greece vs. United Kingdom)*, *Merits*, 19 de mayo de 1953, CIJ, p. 19.

406 INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 18 de marzo de 1965, 1993, párr. 23. También: BROCHES, A. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States. Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Leiden: Brill|Nijhoff, 1972, p. 340.

sente trabajo se enfoca únicamente en aquellas disputas derivadas de un TBI, en las cuales —para el caso de arbitrajes sustanciados bajo los auspicios del Ciadi— deberán verificarse los requisitos jurisdiccionales (éstos son la expresión más fiel de la extensión del consentimiento de las partes), tanto del tratado como del Convenio Ciadi.

Ahora, estos requisitos jurisdiccionales —contenidos en cláusulas de jurisdicción— deben ser interpretados aplicando los cánones de interpretación recogidos en la CVDT,[407] sea como norma vinculante para los Estados parte (del Convenio Ciadi y/o del tratado de inversiones respectivo), sea como expresión del derecho internacional consuetudinario.[408] La interpretación de estos requisitos es un asunto trascendente, pues de ello depende directamente determinar si una controversia concreta puede ser resuelta por un tribunal arbitral de inversión y, de ser así, dentro de qué límites. La consecuencia de transgredir la jurisdicción otorgada por las partes es grave, siendo que el laudo puede ser objeto de anulación mediante el mecanismo de anulación previsto en el Convenio Ciadi[409] (o, en una corte doméstica, si el arbitraje es sustanciado de conformidad a las Reglas del Mecanismo Complementario del Ciadi).

---

407 Cuestión pacífica en la jurisprudencia arbitral. Por ejemplo, *Señor Tza Yap Shum c/ la República del Perú*. Caso Ciadi n.° ARB/07/6, decisión sobre jurisdicción y competencia, párrs. 37-39. También los tribunales domésticos han acogido la misma premisa. Por ejemplo, en un notable y reciente caso, una corte inglesa interpretando la cláusula jurisdiccional de un TBI (vía recurso de anulación) sostuvo enfáticamente que los tratados son instrumentos de derecho internacional y, como tales, deben ser interpretados a la luz de los principios recogidos en la CVDT. *Cfr*. High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales, *GPF GP S.á.r.l. vs. Republic of Poland*, 2/3/2018, párrs. 9, 46 y 47.

408 *Cfr*. *Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria*, *decision on jurisdiction. Icsid Case* n.° ARB/03/24, párr. 117 y *Methanex Corporation vs. United States of America, final award on jurisdiction and merits*, *Part II*, párr. 15.

409 El artículo 52 del Convenio Ciadi concede a las partes la posibilidad de solicitar la anulación del laudo si *inter alia* el tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades, tal sería el caso de un tribunal que transgreda la jurisdicción consentida por las partes.

Así, la labor de los tribunales es la de desentrañar la voluntad de los Estados parte a partir del texto de dichas cláusulas, a la luz del objeto y fin del instrumento que las contiene, de su contexto relevante y bajo el tamiz de la buena fe.[410] Por ende, las cláusulas jurisdiccionales no deben ser leídas de manera «restrictiva»[411] o «amplia». Con acierto, el tribunal arbitral en el caso *Mondev c/ Estados Unidos de América*, sostuvo: «no hay un principio de interpretación extensiva o restrictiva de las disposiciones jurisdiccionales en tratados […] la pregunta es qué significan las disposiciones relevantes, interpretadas de acuerdo a las reglas aplicables de interpretación de tratados».[412]

En el caso del Convenio Ciadi, los requisitos jurisdiccionales están recogidos en el artículo 25 de su texto y limitan la jurisdicción de los tri-

---

410 Sobre la buena fe como elemento que debe guiar toda la labor interpretativa, ver, por ejemplo: *Canfor Corporation vs. United States, Tembec et al vs. United States and Terminal Forest Products Ltd vs. United States*. Uncitral (Nafta), *preliminary question*, párr. 182.

411 En un trabajo seminal, el profesor Lauterpacht concluyó —al analizar la jurisprudencia de la CPIJ y de la CIJ (e, inclusive, analizando el caso de la interpretación de cláusulas jurisdiccionales)— que: «The principle of restrictive interpretation of contractual obligations is not of a general principle of jurisprudence […]. In the matter of treaties, it has received no substantial support either from international tribunals, in general, or from the International Court, in particular. It has been discouraged as a matter of both practice and principle. Such occasional endorsement as it has received has been purely nominal. For its application has been made dependent upon the double condition of doubt and the complete absence of any other means of interpretation. The same applies to treaty obligations conferring jurisdiction upon international tribunals». LAUTERPACHT, H. «Restrictive interpretation and the principle of effectiveness in the interpretation of treaties». *British Journal of International Law*, 1949, vol. 48, p. 84.

412 [Traducción nuestra] *Mondev International Ltd. vs. United States of America*. *Icsid Case* n.° ARB(AF)/99/2, párr. 43. También el tribunal arbitral de *ICS c/ Argentina* sostuvo: «Any general rule of restrictive treaty interpretation is plainly in conflict with the VCLT and customary international law». *ICS Inspection and Control Services Limited vs. Argentina*. Uncitral, *PCA Case* n.º 2010-9, *jurisdiction*, párr. 282. En el mismo sentido: *Grand River Enteprises Six Nations Ltd. et al c/ United States of America*. Uncitral, *award*, párr. 69.

bunales arbitrales en razón de la materia (*ratione materiae*) y en razón de las partes (*ratione personae*).[413] Por ende, el consentimiento de las partes bajo el Convenio Ciadi se limita a determinado tipo de controversias.[414]

En consecuencia, la capacidad de un tribunal arbitral de acoger consideraciones en materia de derechos humanos está limitada por su jurisdicción *ratione materiae.* El artículo 25 del Convenio Ciadi dispone: «La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión […]». Es esta última limitante («disputas que surjan directamente de una inversión») la que resulta relevante analizar a los fines de este trabajo.

El Convenio no define, deliberadamente, el término «inversión».[415] Esto ha llevado a que, tanto en la doctrina como en la *jurisprudencia* arbitral se discuta si el Convenio impone una frontera objetiva con relación a la definición de «inversión»[416] o si, por el contrario, los Estados tienen discreción para dotar de contenido al término en el instrumento donde conste su consentimiento (que, a efectos de este trabajo, serán

---

413 *Cfr*. Amerasinghe, C.F. *Jurisdiction of international tribunals*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, p. 628.

414 *Cfr*. Broches, A. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States*, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Leiden: Bill|Nijhoff, 1972, p. 352; De Branbadere, E. «Human rights considerations in international investment arbitration». En *The interpretation and application of the European Convention of Human Rights: Legal and practical information*. Fitzmaurice, M. y P. Merkouris (eds.). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 4.

415 International Bank for Reconstruction and Development. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 18 de marzo de 1965, 1993, párr. 27. Para una breve reseña de dicha omisión deliberada, González de Cossío, F. *Arbitraje de Inversión*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2009, pp. 87-89.

416 Postura representada, por ejemplo, en *Salini Construtori S.P.A. and Italstrade S.P.A. vs. Kingdom of Morocco. Icsid Case* n.° ARB/00/4, *decision on jurisdiction*, 23 de julio de 2001, párr. 56.

tratados de inversión).[417] La aproximación que goza de mayor aceptación, consiste en que el Convenio impone un límite objetivo que; sin embargo, permite interpretar el término con cierto grado de deferencia a lo que los Estados hayan acordado en el tratado de inversión respectivo.[418]

Ahora bien, el Convenio no exige únicamente que la controversia jurídica sea relativa a inversiones, sino que ésta surja «directamente» de una inversión. El uso del adverbio «directamente» califica la controversia excluyendo de ésta aquellas controversias incidentales.[419] Esto guarda perfecta armonía con el objeto y fin del Convenio Ciadi, orientado a la tutela de las inversiones extranjeras.[420] De modo que, una controversia en materia de derechos humanos relacionada «indirectamente» con una vulneración a la inversión extranjera no calificaría *ratione materiae*, a efectos de la aplicación del Convenio.

En relación a los tratados de inversión, el requisito *ratione materiae* aparece también estrechamente ligado a la existencia de una «inversión». Mientras algunos tratados incluyen cláusulas de jurisdicción

---

417 *Cfr*. LEW, J.D.M. *Icsid Arbitration: Special features and recent developments*. En *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. Horn, N. (ed.). La Haya: Kluwer Arbitration International, 2004, p. 269. Postura representada, por ejemplo, en *Malaysan Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia*. *Icsid Case* n.° ARB/05/10, *decision on the application for annulment*, 16 de abril de 2009.

418 MCLACHLAN, C. *et alii* (Q.C.). *International Investment Arbitration. Substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 164. Postura representada, por ejemplo, en *Abalclat y otros vs. la República Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/07/5, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 4 de agosto de 2011, párr. 347.

419 La RAE define «directo(a)» como: «adj. que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios».

420 El preámbulo del Convenio Ciadi señala: «Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado».

restringidas únicamente a violaciones al contenido del tratado,[421] otros contienen cláusulas que no limitan la jurisdicción *ratione materiae* estrictamente a las disputas relacionadas a las disposiciones del tratado. Por ejemplo, el TBI Perú-Portugal hace referencia a «Las controversias que surjan entre un inversionista de una parte contratante y la otra parte contratante referentes a las inversiones realizadas de conformidad con el presente acuerdo […]».[422]

En dos casos rectores, en la interpretación de cláusulas como la citada, los tribunales arbitrales llegaron a interpretaciones divergentes. El tribunal arbitral en *SGS c/ Pakistán,* interpretando una disposición del TBI Suiza-Pakistán que hacía referencia a «[d]isputas referentes a inversiones […]»,[423] sostuvo que:

---

[421] Por ejemplo, el artículo jurisdiccional del Tlcan se refiere únicamente a «una reclamación en el sentido de que otra parte ha violado una obligación establecida en […]» ciertas disposiciones del tratado. *Tratado de Comercio de América del Norte*, Capítulo XI: Inversión, artículo 1116. De igual modo, el TBI Perú-España hace referencia: «Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente acuerdo […]». Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, artículo 9.

En el caso *Iberdrola c/ Guatemala*, el tribunal arbitral, interpretando una cláusula de este tipo, señaló: «[e]l Tratado contrasta con otros tratados bilaterales de inversión suscritos por Guatemala y por España, que extienden la jurisdicción arbitral a "cualquier controversia", "toda controversia", "las controversias", "las diferencias" o "toda clase de controversias o de diferencias" en lo referente a la amplitud de la protección. El lenguaje del Tratado es restringido […] lo que significa que la República de Guatemala no dio un consentimiento amplio para someter a arbitraje cualquier tipo de controversias o diferencias relacionadas con inversiones efectuadas en su territorio, sino solamente aquéllas relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas del propio tratado». *Iberdrola Energía S.A. c/ República de Guatemala.* Caso Ciadi n.° ARB/09/5, laudo, párr. 306.

[422] *Acuerdo entre la República del Perú y la República Portuguesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, artículo 7.

[423] [Traducción nuestra]. Texto original en inglés: «[d]isputes with respect to investments […]» y en francés (idiomas oficiales del tratado): «[d]iffférends relatifs à des

> [d]icha frase, sin embargo, aunque descriptiva de la materia fáctica de la disputa, no guarda relación con la base legal de las reclamaciones, o la causa de acción invocada en las reclamaciones. En otras palabras, de la sola descripción, sin más, creemos que ninguna conclusión se desprende necesariamente que tanto reclamos derivados del TBI y puramente contractuales estén cubiertos por intención de las Partes Contratantes […].[424]

Por su parte, un tribunal arbitral posterior, en *SGS c/ Filipinas,* interpretando una disposición del TBI Suiza-Filipinas que hacía similar referencia a «[d]isputas referentes a inversiones […]»,[425] razonó en términos diferentes:

> No es razonable sugerir que el lenguaje general de un TBI en relación con todas las disputas referentes a inversiones deba estar limitado porque algunos contratos de inversiones entre las partes estipulan exclusivamente distintos acuerdos de solución de disputas. Como será visto, es posible que un tribunal arbitral constituido bajo un TBI otorgue efecto al contrato entre las partes y respete igualmente el lenguaje general de resolución de disputas recogido en el TBI.[426]

---

investissements […]». *Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, artículo 9.1.

424 [Traducción nuestra]. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. The Islamic Republic of Pakistan*, *decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, p. 359.

425 [Traducción nuestra]. Texto original en inglés: «[d]isputes with respect to investments […]» y en francés (idiomas oficiales del tratado): «[d]ifférends relatifs à des investissements […]». *Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, artículo VIII.1.

426 [Traducción nuestra]. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines. Icsid Case* n.° ARB/06/2, *decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, párrs. 134. También: párrs. 132.e) y 135. Un razonamiento similar puede encontrarse en: *Salini Construtorri S.p.A. & Italstrade S.p.A. vs. Morocco. Icsid Case* n.° ARB/00/4, *decision on jurisdiction*, 23 de julio de 2011.

La pregunta a la que atendían ambos tribunales, era determinar si un reclamo derivado de un contrato de inversión podía ser resuelto en el arbitraje sobre la base de las cláusulas de jurisdicción citadas. No encontramos convincente el razonamiento del primer tribunal arbitral (*SGS c/ Pakistán*), pues impone una limitación adicional a su jurisdicción que no se desprende de la cláusula que interpreta.

Es cierto que la cláusula no hacía referencia a la causa de acción del reclamo del inversionista, pero de ello no se desprende que toda causa de acción ajena al TBI esté excluida *ratione materiae* de la protección de éste.[427] El único criterio que las partes del TBI pactaron como limitante a la jurisdicción de un tribunal arbitral, es que la disputa tuviese relación con una inversión. Es lógico concluir que, interpretado a la luz del objeto y fin del TBI, un reclamo derivado de un contrato de inversión tiene relación con la inversión.[428] Sin embargo, cuando se trata de una violación de derechos humanos, la conclusión no es tan clara.

---

[427] Interpretando una cláusula jurisdiccional de este tipo, el tribunal arbitral en *SGS c/ Paraguay* rechazó que reclamos causados en un contrato de inversiones no puedan ser resueltos por el tribunal arbitral, pues ello «[s]ería incompatible, en la práctica, con el texto abierto del artículo 9, reduciéndolo a un mecanismo exclusivamente destinado a resolver reclamaciones por incumplimiento del Tratado. Si ésa hubiera sido la intención de las partes del Tratado, éstas presumiblemente lo habrían expresado en esos términos. El hecho de que las partes del Tratado hayan elegido una redacción que da un alcance más amplio a los artículos del TBI sobre resolución de controversias, no debe pasarse tan fácilmente por alto». *Cfr*. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ la República de Paraguay*. Caso Ciadi n.° ARB/07/29, decisión sobre jurisdicción, párr. 183. También: *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c/ la República del Salvador.* Caso Ciadi n.° ARB/03/6, decisión sobre anulación, párr. 72; *Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/8, *award*, párr. 261; *Alphaprojektholding Gmbh vs. Ukraine*. *Icsid Case* n.° ARB/07/16, *award*, párr. 243; *Metal-Tech Ltd. vs. The Republic of Uzbekistan. Icsid Case* n.° ARB/10/3, *award*, párr. 180.

[428] *Cfr*. Alexandrov, S.A. «Breaches of contract and breaches of treaty – the Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to decide breach of contract claims in *SGS vs. Pakistan and SGS vs. Philippines*». En *Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.° 4, p. 573.

A diferencia del Convenio Ciadi que, como vimos, incluye el calificativo «directamente»; disposiciones de este tipo en los tratados de inversión únicamente exigen que la controversia sea referente a inversiones. Esto podría llevar a sostener que reclamaciones sobre derechos humanos (tengan relación directa o remota con la inversión) estén potencialmente amparadas por el tratado de inversión respectivo. Lo cierto es que ello dependerá, en todo evento, de la naturaleza de la reclamación;[429] es decir, de un análisis *ratione materiae* aplicado al caso concreto.

Allí es donde se equivoca el tribunal arbitral de *SGS c/ Pakistán,* pues confunde la limitación *ratione materiae* (que es justamente a la que responde el fraseo «disputas en relación con la inversión»; y, en virtud de la cual debió analizar el reclamo relativo al contrato de inversión) con la causa de acción (sobre la que, en estos casos, el tratado guarda silencio y del silencio no debería extraerse limitante alguna).[430]

---

[429] Inclusive los defensores de otorgar un mayor espacio a los derechos humanos en las controversias de inversiones no niegan que estructuralmente un tribunal arbitral de inversiones está limitado por la naturaleza de las disputas. Peterson y Gray han señalado: «While it has been argued that a host State's competing human rights obligations might be a mitigating —and legally recognized— consideration in assessing the host State's compliance with its investor obligations, this is not to suggest that these investment tribunals will be charged with an ability to enforce the human rights themselves». *Cfr*. PETERSON, L. y K.R. GRAY. *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*. Nueva York: International Institute for Sustainable Development (IISD), 2005, p. 33

[430] Acertado es, en ese sentido, el razonamiento del tribunal arbitral en *Cambodia Power Company c/ Cambodia* quien interpretando una cláusula de jurisdicción que hacía mención «[a]ny disputes or differences arises out of or in connection with this Agreement […]» sostuvo: «This broad form of arbitration clause […] would allow the parties to articulate claims on the basis of any remedies available in law or equity, including customary international law (as long as these are claims that could be said to arise out or be in connection with each agreement)». *Cambodia Power Company c/ Cambodia and Electricité du Cambodge LLC. Icsid Case* n.° ARB/09/18, 2011, *decision on jurisdiction*, párr. 337.

Lo anterior no significa que el análisis *ratione materiae* pueda ignorar la centralidad de la inversión al momento de calificar la disputa que deriva de la especificidad propia del arbitraje de inversión. Si un tribunal arbitral podría conocer disputas en materia de derechos humanos siempre que encuentre cláusulas de jurisdicción redactadas en términos amplios, esto haría la referencia a «inversiones» (como componente sustancial de la disputa) inútil.[431] En la práctica, los tratados de «inversión» serían realmente tratados para la resolución de cualquier disputa entre el Estado y el inversionista.

Entonces, lo que debe verificar el tribunal arbitral es si realmente la reclamación en materia de derechos humanos guarda relación con la inversión. Aunque, como ya señalamos, los tratados no suelen incluir un calificativo a dicha relación (como sí lo hace el Convenio Ciadi), consideramos que no cualquier controversia —sin importar el grado de conexión con la inversión— es de jurisdicción de un tribunal arbitral de inversión.

Únicamente aquellas reclamaciones que guarden una relación sustancial con la inversión podrían ser conocidas por un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado con una redacción como la señalada. Notablemente, el tribunal arbitral del caso *Urbaser c/ Argentina* al analizar si tenía jurisdicción sobre un reclamo reconvencional del Estado argentino por presuntas vulneraciones a normas de derechos humanos por parte del inversionista, verificó que dicho reclamo tenía un nexo fáctico con la controversia sobre inversión iniciada por el inversionista y que se trataba de una «controversia relacionada con una inversión».[432]

---

[431] *Cfr*. De Brabandere, E. «Human rights considerations in international investment arbitration». En *The interpretation and application of the European Convention of Human Rights: Legal and practical implications.* Fitzmaurice, M. y P. Merkouris (eds.). Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 4.

[432] *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa* y la República Argentina. Caso Ciadi n.° ARB/07/26, laudo, párr. 1154.

Sin embargo, el análisis del rol de los derechos humanos en el arbitraje de inversión no se agota aquí. Lo anterior no excluye —al menos no *prima facie*— la posibilidad de que los derechos humanos jueguen un rol en la resolución de la controversia como parte de la ley aplicable.[433] Como explicamos a mayor detalle en las secciones subsiguientes, dicha aplicación puede ser tanto directa como indirecta. Únicamente nos referiremos en esta sección a la diferencia entre la ley aplicable y la jurisdicción, como elementos diferenciables en el análisis de todo tribunal internacional confrontado con consideraciones de derechos humanos.

Aunque relacionados,[434] ambos elementos son distintos.[435] Como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas:

> La competencia de la mayoría de los tribunales internacionales se limita a determinados tipos de controversias o controversias que surgen respecto de tratados particulares. Una competencia limitada, sin embargo, no significa una limitación del alcance del derecho aplicable en la interpretación y aplicación de esos tratados.[436]

---

[433] *Cfr*. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fragmentación..., cit*.; SCHREUER, C. y C. REINER. «Human rights and international investment arbitration». En *Human rights in international investment law and arbitration*. Dupuy, P.M. *et alii*. Oxford: Oxford Scholarship, 2009, p. 84.

[434] Bjorklund ha señalado: «The substantive law that the treaty directs the tribunal to apply will govern the breadth of the tribunal's jurisdiction to grant relief by giving it the authority to enforce only a limited set of rules». *Cfr*. BJORKLUND, A.K. «Applicable law in international investment disputes». En GIORGETTI, C. *Litigating international investment disputes. A Practitioner's Guide.* Leiden: Brill, 2014, p. 263. Esta afirmación es correcta, pero no modifica que tanto uno como otro elemento, merecen un análisis diferenciado. Aunque la ley aplicable tiene un efecto directo sobre la jurisdicción, no la modifica.

[435] *Cfr*. AMERASINGHE, C.F. *Jurisdiction of international tribunals*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, p. 64;

[436] COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fragmentación…*, *cit*., párr. 45. También en la doctrina: BARTELS, L. «Applicable law in

Es decir, ni la jurisdicción de un tribunal determina el derecho a ser aplicado por éste al fondo de la controversia ni viceversa.[437]

La jurisprudencia internacional en materia de la relación entre ambos elementos es ilustrativa a ese respecto. Por ejemplo, en un arbitraje entre Irlanda y el Reino Unido, el tribunal arbitral constituido bajo el «Convenio OSPAR sobre la protección del medio ambiente marino del Atlántico Nordeste», analizó la disposición relativa al derecho aplicable a la disputa, que ordenaba: «[e]l tribunal arbitral deberá decidir de conformidad a las reglas de derecho internacional; y, en particular, aquéllas del Convenio OSPAR»,[438] e interpretó ésta en el siguiente sentido:

> Resulta indudable que el deber principal del Tribunal es aplicar el Convenio Ospar. Un tribunal internacional, como este tribunal, aplicará también el derecho internacional consuetudinario y los principios generales, a menos que las partes hayan creado una *lex specialis*. Inclusive, en ese caso, el tribunal deberá referirse a las normas relevantes de *ius cogens*, con las cuales la *lex specialis* de las partes sea inconsistente.[439]

El citado es puramente un análisis de ley aplicable. No obstante, Irlanda había fundado su reclamo (que el Reino Unido estaba en la obligación de revelar cierta información) en otras disposiciones convencionales distintas al Convenio Ospar. En relación a ese extremo, el tribunal realizó un análisis de jurisdicción interpretando la cláusula jurisdiccional que hacía referencia a actos «de conformidad a las reglas del Convenio Ospar», en el sentido de que la intención de las partes no

---

WTO dispute settlement proceedings». En *Journal of World Trade*, 2001, vol. 35, p. 502.

437 *Cfr*. Schreuer, C. «Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration». En *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2014, vol. 1, n.° 1, pp. 2 y 11.

438 *Dispute concerning access to information under article 9 of the Ospar Convention. Ireland vs. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *final award*, 2 de julio de 2003, párr. 83.

439 *Ibidem*, párr. 84.

fue extender la competencia del tribunal a obligaciones que éstas pudiesen tener bajo otros instrumentos convencionales;[440] rechazando así la invocación de Irlanda a otros tratados.

Como se desprende de la decisión comentada, los elementos de jurisdicción y ley aplicable aparecen estrechamente relacionados unos a otros, pero son diferenciables, de modo tal que el tribunal le dedicó un análisis distinto a cada uno. Así, entendió que su competencia excluía reclamaciones fuera del tratado relevante y que dicha invocación —aunque esto es, más bien, algo que se desprende a modo de inferencia— tampoco calzaba dentro del derecho aplicable a la controversia.

De manera similar, el tribunal arbitral del caso *Eurotúnel,* interpretó que la cláusula jurisdiccional recogida en el contrato de concesión que, junto a un tratado bilateral, le otorgaba jurisdicción y hacía referencia a «[c]ualquier disputa entre los concesionarios […]»,[441] no podía entenderse como extensiva de la jurisdicción del tribunal a obligaciones ajenas al contrato de concesión y al tratado bilateral involucrado.[442]

Esto no impidió que el tribunal arbitral acogiese el argumento de derecho aplicable del Reino Unido, en el extremo que dichas obligaciones debían ser leídas en conjunto con disposiciones convencionales recogidas en otros tratados. Así, señaló el tribunal:

> La conclusión sobre que el tribunal carece de jurisdicción para considerar reclamos por incumplimiento a obligaciones externas a las disposiciones del contrato de concesión (y del Tratado

[440] *Ibidem*, párrs. 85-86.

[441] *The Channel Tunnel Group Limited and France Manche S.A. vs. The Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Le Ministre de l'equipment, des transports, de l'amenagément du territoire, du tourism et de la mer du Government de la Republique Francaise*, *partial award*, 30 de junio de 2007, *Appendix*.

[442] *Ibidem*, párr. 148

> como aplicable en virtud al contrato de concesión) no significa que las reglas de derecho aplicable identificadas en la cláusula 40.4, carezcan de significado. Ellas instruyen al tribunal en relación a la ley que debe ser aplicada para determinar asuntos dentro de su jurisdicción. Ellas proveen el trasfondo jurídico a la interpretación y aplicación del Tratado y del Contrato de Concesión, y pueden ser relevantes de otras maneras.[443]

Estas decisiones reflejan la tendencia jurisprudencial, en el derecho internacional, de diferenciar entre jurisdicción y ley aplicable. Aunque en ocasiones, la distancia práctica entre ambos elementos, ha sido ignorada,[444] la práctica mayoritaria (y que consideramos correcta) es la de mantener la distancia conceptual entre éstos.

Esto implica para nuestro objeto de estudio, que aun cuando un tribunal arbitral esté impedido de resolver controversias en materia de derechos humanos (si la cláusula jurisdiccional no se lo permite), no está prevenido de considerar éstos como parte de la ley aplicable a la controversia.

---

[443] *Ibidem*, párr. 151.

[444] Por ejemplo, en un arbitraje entre Guyana y Suriname, un tribunal arbitral constituido bajo la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, declaró que tenía jurisdicción sobre los reclamos de Guyana en relación a las violaciones por parte de Suriname de la Carta de Naciones Unidas y del derecho internacional consuetudinario. El tribunal arbitral analizó dichos reclamos bajo la cláusula de ley aplicable y concluyó que, en la medida de que dicha cláusula no excluía la facultad de aplicar ambas fuentes de derecho, éste tenía jurisdicción sobre ambos reclamos. *Cfr*. Arbitral Tribunal Constituted pursuant to article 287, and in accordance with Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea. *Guyana and Suriname*, *award*, párr. 402-406.

3. ESCENARIOS DE INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Identificaremos a continuación, escenarios de interacción entre las normas del DIDH y del DII en el marco de un arbitraje de inversión, a partir de la jurisprudencia arbitral. A ese efecto, los casos pueden clasificarse en dos grupos: (i) escenarios donde el Estado ha invocado normas de derechos humanos y (ii) escenarios donde el inversionista ha invocado normas de derechos humanos.

En ambos escenarios encontramos casos donde el Estado o el inversionista han invocado normas de derechos humanos como base de un reclamo sobre el cual el tribunal arbitral podría asumir jurisdicción (que hemos denominado *escenarios de aplicación directa*) y casos donde ha invocado normas de derechos humanos, únicamente como ley aplicable; es decir, sin solicitar que el tribunal arbitral resuelva un reclamo causado en dichas normas (que hemos denominado *escenarios de aplicación indirecta*).[445]

3.1. Escenario I: El inversionista invoca la aplicación directa de derechos humanos

En *Biloune c/ Ghana*, el inversionista, Antoine Biloune, un nacional de Siria residente en Ghana inició la construcción de un proyecto hotelero a través de una empresa cuyo capital era aportado en su totalidad por éste. Eventualmente, el proyecto fue paralizado por las autoridades gubernamentales, parcialmente demolido y una serie de acciones fueron adoptadas contra Biloune; entre las cuales estuvo su arresto y posterior deportación por presuntas irregularidades en la construcción del proyecto.

---

[445] Una clasificación similar puede encontrarse en: DUPUY, P.M. y J.E. VIÑUALES. «Human rights and investment disciplines: Integration in progress». En BUNGENBERG, M., J. GRIEBEL, S. HOBE y A. REINISCH (eds.). *International Investment Law*. Baden-Baden: Nomos, 2012.

En lo relevante, el inversionista alegó no solamente vulneraciones al contrato de inversión celebrado con las autoridades gubernamentales, sino también vulneraciones a sus derechos humanos en relación con su detención y deportación. La cláusula de jurisdicción contenida en el contrato remitía a las partes a arbitraje ante «[c]ualquier disputa entre el inversionista extranjero y el Gobierno en relación a una compañía autorizada».[446] Aun cuando el tribunal arbitral reconoció que dicha cláusula era «amplia», sostuvo que el reclamo de derechos humanos estaba fuera de su jurisdicción con base en el siguiente razonamiento:

> La competencia del tribunal está limitada a controversias comerciales originadas bajo un contrato celebrado en el marco del Código de Inversiones de Ghana. Como se ha señalado, el gobierno aceptó arbitrar únicamente disputas «en relación» a inversión extranjera. Por ende, otros asuntos —por convincentes sean los reclamos o ilícitos los actos alegados— están fuera de la jurisdicción del tribunal. A la luz de los hechos de este caso debe concluirse que, aunque los actos —que se alegan han vulnerado los derechos humanos [*international human rights*] del señor Biloune— pueden ser relevantes al analizar la disputa de inversiones en el presente arbitraje, este tribunal carece de jurisdicción para atender, bajo una causa de acción independiente, un reclamo de una vulneración en materia de derechos humanos.[447]

Como es de verse, aun cuando el tribunal parece haber reconocido cierta relevancia a los reclamos en materia de derechos humanos del señor Biloune, rechazó su jurisdicción para pronunciarse sobre los mismos, a partir de la interpretación de la cláusula jurisdiccional recogida

---

[446] [Traducción nuestra]. Texto original: «[a]ny dispute between the foreign investor and the government in respect of an approved enterprise». *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. vs. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, *award of jurisdiction and liability*. *Case Report*. Cambridge: Cambridge Law Reports, 27 de octubre de 1989, p. 202.

[447] [Traducción nuestra] *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. vs. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, *award of jurisdiction and liability*. *Case Report*. Cambridge: Cambridge Law Reports, 27 de octubre de 1989, p. 203.

en el contrato de inversión. Consideramos que la interpretación es correcta. Los reclamos fundados en normas de derechos humanos tenían por objeto el trato al inversionista y no a las inversiones. En la medida de que el contrato regulaba lo último y no lo primero, es lógico que no se trataban de disputas relativas a inversiones en el marco de dicho instrumento.[448]

No sabemos si el razonamiento hubiese sido distinto de haber el inversionista planteado su argumento en otros términos; esto es —de manera similar a como lo hizo el Reino Unido en el arbitraje del *Eurotúnel* antes citado— invocando los derechos humanos para una interpretación conjunta de las obligaciones estatales en el caso. Pareciese del razonamiento del tribunal arbitral, que un argumento de ese tipo sí hubiese sido plenamente acogido. En efecto, el tribunal arbitral concedió que las vulneraciones a los derechos tenían relevancia sobre la controversia;[449] declaración; sin embargo, desprovista de contenido, pues éstas se hallan ausentes en su razonamiento subsiguiente del caso.

De manera similar, en *Toto c/ Líbano*, el inversionista alegó que se habría vulnerado sus derechos en el marco de un proceso, al haber sido sometido a un plazo irrazonable en el trámite de dos casos sometidos al *Conseil d'État* de Líbano. La causa de dicha vulneración (denegación de justicia) sería el derecho internacional consuetudinario.[450] El tribunal

---

[448] *Cfr*. BALCERZAK, F. «Jurisdiction of tribunals in investor-state arbitration and the issue of human rights». En *Icsid Review*, vol. 29, n.° 1, p. 222.

[449] «A la luz de los hechos de este caso debe concluirse que, aunque los actos —que se alegan han vulnerado los derechos humanos [international human rights] del señor Biloune— pueden ser relevantes al analizar la disputa de inversiones en el presente arbitraje […]». [Traducción nuestra]. *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. vs. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, *award of jurisdiction and liability*. *Case Report*. Cambridge: Cambridge Law Reports, 27 de octubre de 1989, p. 203.

[450] Lo hemos incluido en nuestro análisis por la cercanía conceptual entre derecho internacional consuetudinario y algunas normas de derecho internacional de los derechos humanos.

arbitral concluyó que sí podía ejercer jurisdicción sobre un reclamo de esta naturaleza; pero, consideramos, que bajo un razonamiento erróneo.

El tribunal arbitral abordó el reclamo del Líbano bajo la cláusula de ley aplicable que hacía referencia a principios del derecho internacional.[451] Concluyendo que: «El Tratado no solamente sanciona incumplimientos a las disposiciones convencionales, como el artículo 3.1, sino también incumplimiento a cualquier regla de derecho internacional (artículo 7.3)».[452] Sin embargo, dicha cláusula no regulaba la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal arbitral. La salida correcta estaba en la cláusula jurisdiccional que hacía referencia a «disputes regarding investments». En la medida de que los procesos judiciales ante las cortes libanesas, estaban relacionados con las inversiones de *Toto,*[453] el tribunal arbitral podía ejercer jurisdicción.

Como se notará, es una diferencia en el razonamiento que no impacta en el resultado, pero que es relevante a los efectos de esta investigación. En efecto, el análisis de ley aplicable es posterior al análisis de jurisdicción y permite identificar el derecho que se debe aplicar a la controversia previamente delimitada. Aquí, el tribunal invierte el curso del razonamiento, lo que podría llevar a conclusiones incorrectas. Si una referencia en la ley aplicable al derecho internacional otorga jurisdicción sobre reclamos fuera del tratado *per se*, las limitaciones en razón a la materia, serían irrelevantes.

Con un matiz distinto, en *Spyridon Roussalis c/ Rumanía,* el inversionista alegó la vulneración a distintas disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (específicamente, a su derecho al debido

---

[451] Agreement between the Italian Republic and the Lebanese Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, article 7.3: «The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this agreement and the applicable rules and principles of international law».

[452] [Traducción nuestra]. *Toto Costruzione Generali S.P.A. c/ The Republic of Lebanon. Icsid Case* n.° ARB/07/12, *decision on jurisdiction*, párr. 154.

[453] *Ibidem*, párr. 20.

proceso y a su derecho de propiedad). Curiosamente, el argumento del inversionista no estaba ligado a la cláusula jurisdiccional o a la cláusula de ley aplicable, sino a una cláusula de trato más favorable (que ensanchaba la protección sustantiva contenida en el TBI, a favor de los inversionistas extranjeros).

De conformidad a esta disposición:

> [i]f the provisions of law of either contracting party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the contracting parties in addition to this agreement, contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by investors of the other contracting party to a treatment more favorable than is provided for by this agreement, such regulation shall to the extent that it is more favorable, prevail over this agreement.

El inversionista alegó que la protección conferida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, debía entenderse como una disposición más favorable al inversionista; y, por ende, el tribunal arbitral podría resolver sus reclamos. El tribunal arbitral no rechazó la posible relevancia de las disposiciones derivadas de dicho tratado, pero sí rechazó su invocación al caso concreto, pues, a su entendimiento, la protección conferida en el TBI era más específica y más favorable al inversionista (aunque no ofreció una motivación detallada de por qué sería así).[454]

En similar línea argumentativa, en *Anglia Auto Accesories Limited c/ República Checa*, el inversionista alegó que el tribunal arbitral tenía jurisdicción sobre vulneraciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho a la propiedad, en virtud a una cláusula contenida en el TBI como la antes citada.[455] Sin embargo, el inversio-

---

[454] *Spyridon Roussalis v. Romania*, *Icsid Case* n.° ARB/06/1, *award*, párrs. 311-312.

[455] *Anglia Auto Accesories Limited vs. The Czech Republic*, *final award*, *Arbitration Case* n.° V 2014/181, 10 de marzo de 2017, párr. 135.

nista parece haber abandonado ese argumento en curso del arbitraje, pues el mismo está ausente en el razonamiento del tribunal arbitral.

3.2. Escenario II: El inversionista invoca la aplicación indirecta de derechos humanos

En *Grand River c/ Estados Unidos de América,* los inversionistas, sustentando la vulneración a sus inversiones bajo el Tlcan, hicieron expresa referencia a tratados de derechos humanos, solicitando que las disposiciones del Tlcan sean leídas conjuntamente con las obligaciones de los Estados Unidos de Ameicacontenidas en estos.[456] El tribunal arbitral evaluó dichos argumentos en un análisis de ley aplicable, declarando que éstos no perjudicaban su jurisdicción sobre los reclamos planteados por los inversionistas.[457]

De igual modo, en *Frontier Petroleum c/ República Checa,* el inversionista alegó que el derecho a un debido proceso reconocido en la Convención Europea de Derechos Humanos, era parte del estándar mínimo de tratamiento a personas extranjeras bajo el derecho internacional consuetudinario que, a su vez, estaba recogido en el tratado de inversiones correspondiente. El tribunal arbitral no tuvo dificultad en aceptar este argumento al momento de analizar si se habían vulnerado los estándares del tratado.[458]

En *Rompetrol c/ Rumania*, ambas partes invocaron la Convención Europea de Derechos Humanos y su jurisprudencia en relación al debido proceso, otorgándole un valor interpretativo de apoyo a la lectura de las disposiciones recogidas en el tratado de inversiones. El tribunal

---

[456] *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Kenneth Hill and Arthur Montour, Jr. vs. The Government of the United States of America. Claimant's Memorial, Merits Phase*, 10 de julio de 2008, párrs. 71-76.

[457] *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Kenneth Hill and Arthur Montour, Jr. vs. The Government of the United States of America*, *award*, párr 181.

[458] *Frontier Petroleum Services Ltd. vs. Czech Republic*, *final award*, párrs. 307 y 338.

arbitral, resaltando que carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre vulneraciones a dicho tratado, aceptó de manera pacífica el valor interpretativo que las partes le otorgaron. El tribunal sostuvo acertadamente:

> La categoría de fuentes para el análisis del trato justo y equitativo no es cerrada, y puede incluir, en las circunstancias apropiadas, la consideración de estándares comunes bajo otros regímenes internacionales (incluidos aquellos del área de los derechos humanos), en la medida que iluminen el contenido del trato justo y equitativo en las circunstancias particulares del caso […].[459]

En *AlWarraq c/ Indonesia,* el inversionista alegó que las obligaciones sustantivas del tratado involucrado (el tratado multilateral de inversiones para los miembros de la Organización de la Cooperación Islámica) debían ser leídas en conjunto con las normas en materia de derecho internacional de los derechos humanos.[460] En concreto, el tratado de inversión hacía mención a «derechos básicos» y el inversionista alegaba que dicho término se extendía a sus derechos civiles y políticos presuntamente vulnerados en el caso.[461]

El tribunal, interpretando dicha disposición a la luz del objeto y fin del tratado, así como en consideración a su contexto relevante (dado que el artículo en el que estaba contenida hablaba de las inversiones), concluyó que los *derechos básicos* del inversionista bajo la cláusula ana-

---

[459] *The Rompetrol Group N.V. vs. Romania, Icsid Case* n.° ARB/06/3, *award*, párr. 172.

[460] *Hesham Talaat M. AlWarraq vs. Republic of Indonesia*, *final award*, párr. 203.

[461] En concreto, la disposición del tratado dispone: «The host state shall undertake not to adopt or permit the adoption of any measure —itself or through one of its organs, institutions or local authorities— if such a measure may directly or indirectly affect the ownership of the investor's capital or investment by depriving him totally or partially of his ownership or of all or part of his basic rights or the exercise of his authority on the ownership, possession or utilization of his capital, or of his actual control over the investment…». *Agreement of Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organization of the Islamic Conference, article 10.*

lizada no incluían los derechos civiles y políticos, dejando a salvo su consideración para el análisis de la garantía de trato justo y equitativo.[462]

En *Desert Line Projects LLC c/ la República de Yemen*, el inversionista alegó que la firma de un acuerdo de transacción extrajudicial con el Estado se había realizado mediando violencia e intimidación física contra sus ejecutivos; lo que equivalía a una vulneración del estándar de trato justo y equitativo contenido en el TBI Yemen-Oman. El tribunal analizó tales argumentos al determinar si se había producido dicha vulneración e inclusive otorgó una indemnización por daño moral a favor del inversionista por el daño generado a su reputación, sustentado *inter alia* en la violencia física contra sus ejecutivos.[463]

De manera similar en *Funnekotter c/ Zimbabwe,* los inversionistas (personas naturales) solicitaron reparación sobre la base *inter alia* del daño que las intervenciones de terceros en sus granjas (permitidas y alentadas por el Estado) habían generado en sus familias, obligándolas en algunos casos a migrar a otros países. El tribunal consideró válido el argumento y otorgó la indemnización solicitada sobre la base del mismo.[464]

También, en *Patrick Mitchell c/ la República Democrática de Congo*, los inversionistas (una firma de abogados) alegaron que el Estado habría expropiado bienes de su propiedad vulnerando así el TBI respectivo, el derecho congolés y el derecho internacional.[465] Los actos del Estado incluyeron la confiscación de bienes del inversionista y la detención presuntamente ilegal de algunos de los abogados de la firma.[466] El tribunal

---

462 *Hesham Talaat M. AlWarraq vs. Republic of Indonesia*, *final award*, párrs. 519-522.

463 *Desert Line Projects LLC vs. Republic of Yemen*. *Icsid Case* n.° ARB/05/17, *award*, párrs. 289-291.

464 *Bernardus Henricus Funnekotter and other vs. Republic of Zimbabwe. Icsid Case* n.° ARB/05/6, *award*, párrs. 137-138.

465 *Patrick H. Mitchell vs. The Democratic Republic of Congo*. *Icsid Case* n.° ARB/99/7, *award* (*extracts*), párr. 1.

466 *Patrick H. Mitchell vs. The Democratic Republic of Congo*. *Icsid Case* n.° ARB/99/7, *decision on the application for annulment of the award*, párr. 1.

falló a favor del inversionista, ordenando el pago de una compensación a favor de éste.

Nótese que, en estos últimos tres casos, si bien no se planteó explícitamente un argumento de ley aplicable; las vulneraciones alegadas por los inversionistas pudieron plantearse en términos de derechos humanos (ej., vulneración a la integridad personal) y ello no hubiese significado, como se desprende del razonamiento final de los tribunales arbitrales, que dichos argumentos hubiesen sido rechazados.

3.3. Escenario III: El Estado invoca la aplicación directa de derechos humanos

Ahora bien, los casos antes analizados representan escenarios donde el inversionista trae los derechos humanos a la controversia. Sin embargo, existe también la posibilidad de que los Estados sean quienes elaboren argumentos de ese tipo. Después de todo, es lógico que los Estados acudan a normas de derechos humanos para justificar su conducta.[467]

No obstante, desde la perspectiva de los Estados, los argumentos de jurisdicción sobre vulneraciones a derechos humanos son más infrecuentes. Esto, por tres razones: (i) procesalmente, la posibilidad de que un Estado plantee un reclamo contra el inversionista es limitada en la práctica;[468] (ii) la jurisdicción limitada de los tribunales arbitra-

---

[467] En palabras de Simma: «Nowadays, human rights compliance is a priority in any decent host State's public policy and thus it cannot but affect the regulatory spaces of a host State vis-à-vis foreign investors and other States». SIMMA, B. «Foreign Investment Arbitration: A place for human rights?». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, vol. 60, n.° 3, p. 578.

[468] Analizando la jurisprudencia en la materia, Hoffmann concluye: «Only very rarely does a tribunal in an investment arbitration both affirm its jurisdiction over a counterclaim and find in the Respondent's favour on the merits. Even if the latter manages to meet the jurisdictional requirements, in most cases, the counterclaim fails on its merits». *Cfr*. HOFFMANN, A.K. «Counterclaims in Investment Arbitration». En *Icsid Review*, 2013, vol. 28, n.° 2, p. 445.

les no suele cubrir vulneraciones de derechos humanos atribuibles a particulares o incumplimientos contractuales; y (iii) por lo general, las vulneraciones a derechos humanos por parte del inversionista vienen acompañadas de un rol activo de complicidad por parte del Estado.[469]

Sin perjuicio de lo anterior, es notable citar el reciente laudo en *Urbaser c/ Argentina,* donde el tribunal arbitral se pronunció *in extenso* sobre el rol de los derechos humanos en la controversia. De manera sucinta, el Estado rescindió una concesión para la prestación de servicios de agua y desagüe adjudicada a un consorcio, del cual los inversionistas eran accionistas. El Estado reconvino en el arbitraje, alegando que los inversionistas habrían incumplido con sus obligaciones de realizar determinadas inversiones, derivadas no sólo del contrato de concesión, sino del derecho internacional de los derechos humanos (en especial, el derecho humano al agua potable).

La decisión es novedosa, por dos razones: (i) se trata de uno de los pocos casos en los que una reconvención presentada por un Estado haya prosperado; y (ii) el tribunal arbitral realizó un doble examen de «jurisdicción» y de «derecho aplicable» para dilucidar el rol de las normas de derechos humanos invocadas en la controversia.

En relación al análisis jurisdiccional, el TBI incluía una cláusula jurisdiccional que hacía referencia a controversias que surgieran en relación con las inversiones. No obstante, los inversionistas habían señalado que el consentimiento de éstos al arbitraje se extendía únicamente a reclamaciones derivadas del TBI y no de cuerpos normativos distintos.[470] En un razonamiento adecuado, el tribunal arbitral concluyó que la cláusula jurisdiccional imponía un limitante fáctico a las controversias (esto es, que tengan relación con las inversiones), pero no así un limitante que dependa del origen, *ratione personae* o de otros criterios

[469] *Cfr*. Schreuer C. y C. Reiner. «Human rights…». *Op. cit.*, p. 89.

[470] *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Republic of Argentina. Icsid Case* n.° ARB/07/26, *award*, párr. 1123.

de delimitación.[471] En la medida de que el reclamo reconvencional del Estado derivaba de la gestión de los inversionistas en la concesión, el vínculo fáctico se cumplía.

En relación al análisis de derecho aplicable, los inversionistas alegaron que el TBI no imponía obligaciones a éstos, derivadas de normas distintas a las contenidas en el mismo.[472] Con acierto, el tribunal arbitral determinó que el propio TBI hacía referencia al derecho internacional como parte de la ley aplicable y que, adicionalmente, los cánones de interpretación de tratados recogidos en la Convención de Viena, imponían que éste fuese interpretado sobre la base conjunta de aquellas normas que resultasen pertinentes al abordar el tema jurídico que surgía del caso particular.[473]

Finalmente, el tribunal arbitral asumió jurisdicción sobre la reconvención planteada por el Estado y aceptó el argumento de que las normas de derechos humanos en materia de agua y salud eran aplicables. No obstante, la reconvención fue rechazada sobre la base de, *inter alia,* la no acreditada existencia de un deber de los inversionistas cuya fuente sea el derecho internacional y no únicamente el contrato de concesión.[474]

El tribunal arbitral del caso *David Aven c/ Costa Rica*, sostuvo un razonamiento similar, aunque respecto a obligaciones medioambientales.

---

[471] *Ibidem*, párr. 1147.

[472] *Ibidem*, párr. 128.

[473] *Ibidem*, párr. 1202.

[474] Es notable que el tribunal arbitral analizara la personalidad jurídica de las corporaciones internacionales bajo el derecho internacional, aceptando que éstas pueden ser titulares de obligaciones bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Para un análisis más detallado de este aspecto del laudo, ver: CROW, K. y L. LOREZONI. *International corporate obligations, human rights and the Urbaser Standard: Breaking new ground*. Halle-Wittenberg: Institute of Economic Law-Transnational Economic Law Research Center (TELC)-Martin Luther University, 2017.

Citando el razonamiento del laudo en *Urbaser c/ Argentina*, el tribunal aceptó que tenía jurisdicción sobre la reconvención del Estado. Notablemente, su argumento inicial fue uno de derecho aplicable, al señalar que «[e]l derecho ambiental se encuentra integrado de muchas maneras al derecho internacional, incluido el DR-CAFTA», para luego hacer referencia a la cláusula jurisdiccional que únicamente hacía referencia a «una controversia relativa a una inversión».[475] No obstante, al igual que en el caso *Urbaser c/ Argentina*, el tribunal rechazó la reconvención en los méritos, al no haberse acreditado *inter alia* que los inversionistas habían infringido una obligación.

Con un planteamiento distinto, Argentina ha argumentado en diversas ocasiones, normas de derechos humanos para respaldar su conducta en la saga de casos derivados de la crisis argentina. En *Azurix c/ Argentina,* una controversia relativa a la modificación tarifaria de un contrato de concesión para la prestación de servicios de agua y saneamiento, el Estado alegó que las normas del TBI estaban en conflicto con normas de derechos humanos, en la medida de que estas últimas permitían que el Estado adopte las medidas cuestionadas en el arbitraje.[476] Aparentemente, el argumento nunca fue desarrollado adecuadamente en el arbitraje; el tribunal arbitral lo rechazó ante la falta de argumentos sobre el particular y ante la imposibilidad de ver una incompatibilidad entre las normas del TBI y los derechos humanos.[477]

De igual modo, en *Impregilo c/ Argentina*, el Estado argumentó que: «las obligaciones asumidas por la República Argentina en materia de inversiones no desplazan las obligaciones asumidas en tratados de derechos humanos. Por ello, las obligaciones que emanan del TBI no deben interpretarse aisladamente, sino en armonía con las normas de protec-

---

[475] *David Aven y otros y la República de Costa Rica*. Caso UNCT/15/3, laudo final, párrs. 738 y 740.

[476] *Azurix Corp and The Argentine Republic. Icsid Case* n.° ARB/01/12, *award*, párr. 254.

[477] *Ibidem*, párr. 261.

ción de los derechos humanos. En particular, en este caso deben tenerse presente tratados de derechos humanos que contemplan el derecho humano al agua».[478] El tribunal parece que no consideró el argumento en el razonamiento final del caso.

Por su parte, en *EDF c/ Argentina* —una controversia similar a la suscitada en *Azurix*— el Estado alegó que las medidas cuestionadas en el arbitraje, fueron adoptadas para asegurar una serie de derechos humanos de la población —que, además, tenían el estatus de normas *ius cogens*— y, por ende, no podía declararse al Estado responsable internacionalmente.[479]

El tribunal arbitral, sin entrar en la espinosa cuestión de si los derechos humanos invocados alcanzaban el estatus de normas de *ius cogens*, reconoció que éstos podían tener relevancia en conexión con el DII. Sin embargo, en la medida de que el Estado no habría demostrado por qué la no renegociación del contrato de concesión era necesaria para proteger los derechos humanos invocados,[480] el tribunal rechazó la invocación a éstos.

Por su parte, en *SAUR c/ Argentina*, el Estado argumentó que las medidas estatales cuestionadas fueron adoptadas a fin de garantizar el ejercicio del derecho humano al agua de la población. En consecuencia, «una medida que tenga tal fin, no puede considerarse injusta o expropiatoria, y sí, más bien, un ejercicio necesario del poder de policía y regulación».[481] El tribunal arbitral determinó que los derechos humanos eran parte del derecho aplicable a la controversia, en tanto parte inte-

---

[478] *Impregilo S.p.A. c/ República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/07/17, laudo, párr. 230.

[479] *EDF International, SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. vs. The Argentine Republic. Icsid Case* n.° ARB/03/23, *award*, párr. 194.

[480] *Ibidem*, párrs. 912-914.

[481] *SAUR International S.A. c/ República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y responsabilidad, párr. 330.

grante del ordenamiento jurídico argentino con rango constitucional,[482] y en tanto principios del derecho internacional.

Luego, el tribunal arbitral sostuvo que ambos «principios» (la potestad del Estado de actuar en tutela de los derechos humanos y los derechos del inversionista), eran compatibles siempre que el ejercicio de las potestades administrativas del Estado «no sea omnímodo, sino que debe ser conjugado con el respeto a los derechos y garantías otorgados al inversor extranjero […]».[483] El tribunal no se refirió, posteriormente, a los derechos humanos, en su análisis de la vulneración al tratado de inversión.

También en *Sempra c/ Argentina*, el Estado argumentó como parte de su defensa basada en el estado de necesidad, que el mantenimiento del orden público estaba ligado al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. El tribunal arbitral, sin rechazar la relevancia del argumento, sostuvo que el Estado pudo adoptar otras medidas que, a la vez, preservaran las garantías a favor de los inversionistas.[484]

3.4. Escenario IV: El Estado invoca la aplicación indirecta de derechos humanos

Ahora bien, lo anterior no perjudica la posibilidad que asiste a los Estados de utilizar los derechos humanos a través de argumentos de ley aplicable; y, ciertamente, estos casos son más comunes que los antes mencionados.

En *Joseph Houben c/ Burundi,* el Estado, justificando su inacción frente a las ocupaciones a la propiedad de los inversionistas, señaló que haber desalojado a los ocupantes, hubiese significado una vulneración a

---

[482] De conformidad al cual: «[…] el ordenamiento jurídico puede y debe reservar a la autoridad pública legítimas funciones de planificación, supervisión, policía, sanción, intervención e incluso rescisión, en protección del interés general». *Ibidem*, párr. 330.

[483] *Ibidem*, párr. 331.

[484] *Sempra Energy International and Argentina Republic. Icsid Case* n.° 02/16, *award*, párr. 332.

sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (específicamente, al derecho a la vida privada y familiar, recogido en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El tribunal arbitral no tuvo que efectuar ningún análisis jurisdiccional, pues el argumento estaba planteado como uno de ley aplicable y concluyó que la invocación a dichas normas, era inapropiada, pues el análisis, en realidad, era si el Estado había adoptado las medidas preventivas para que dichas ocupaciones no ocurriesen.[485]

En *Copper Mesa Mining Corporation c/ Ecuador*, el Estado alegó que el inversionista había vulnerado normas de derecho internacional de los derechos humanos en relación con sus inversiones, lo que prevenía al tribunal de ejercer jurisdicción sobre argumentos de inadmisibilidad (alegando, en concreto, un supuesto de *clean hands* o *doctrina de las manos limpias).*

Consideramos que éste es un supuesto intermedio de argumentación de ley aplicable y jurisdicción. Si bien, como es de verse, el Estado no solicitó al tribunal arbitral que asuma jurisdicción para determinar que ocurrió una vulneración a normas de derechos humanos y adopte las medidas que se seguirían de dicha violación; sí está solicitando que el tribunal arbitral actúe en el caso sobre la determinación de que una violación de ese tipo, ha ocurrido.

La línea que separa este argumento de uno y otro campo es tenue. En este caso, el tribunal arbitral, analizando la conducta del Estado antes del inicio del arbitraje —que nunca imputó al inversionista vulneraciones a derechos humanos, ni lo investigó correspondientemente— concluyó en que la objeción de admisibilidad había sido planteada de

[485] *Monsieur Joseph Houben c/ Republique du Burundi. Affaire Cirdi* ARB/13/7, *sentence*, párr. 177.

manera tardía, analizada desde la óptica del deber de buena fe al que están obligadas las partes.[486]

Un argumento similar lo encontramos en *South America Silver Ltd. c/ Bolivia*. En este caso, el Estado alegó que el inversionista habría vulnerado derechos humanos de las comunidades indígenas asentadas en las zonas donde éste desarrollaba sus inversiones mineras. El caso es interesante porque el Estado planteó que el derecho aplicable incluya aquellas normas de derechos humanos que tutelan los derechos de comunidades indígenas. Se trata de una argumentación elaborada —a diferencia de la mayoría de casos citados— en la que el Estado alega que dichas normas tienen primacía sobre aquéllas en materia de protección de inversiones extranjeras.[487] Al tratarse de un caso en trámite, desconocemos qué decisión habrá de adoptar el tribunal arbitral.

Finalmente, en una nota adicional, resta la posibilidad de que terceros al proceso arbitral traigan argumentos de derechos humanos a la controversia. Esto se logra a través de los *amicus curiae* que entidades no gubernamentales; y, en general, terceras partes están habilitadas a presentar en los arbitrajes de inversión.[488] Por el muy limitado rol de éstos en el proceso,[489] dichos argumentos en materia de derechos humanos,

---

[486] *Copper Mesa Mining Corporation vs. The Republic of Ecuador*, PCA n.° 2012-2, párr. 5.64.

[487] *South America Silver Limited c/ Estado Plurinacional de Bolivia*. Caso PCA n.° 2013-15, *Respondent's Counter-Memorial*, párrs. 66-78.

[488] En el contexto de los arbitrajes Ciadi, la cláusula que expresamente habilita a los tribunales arbitrales a aceptar escritos de *amicus curiae*, es la contenida en la Regla 37 (2) de las Reglas Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.

[489] Con acierto, el tribunal arbitral del caso *Methanex c/ Estados Unidos de América*, señaló: «its receipt of written submissions from a person other than the Disputing Parties is not equivalent to adding that person as a party to the arbitration […]. The legal nature of the arbitration remains wholly unchanged». *Cfr. Methanex Corporation vs. United States of America*, *decision of the tribunal on petition from third persons to intervene as «amicus curiae»*, párr. 30.
En dicho caso, el primero en el que se aceptó un *amicus curiae*, la entidad no gubernamental había solicitado, además, un acceso ilimitado al caso (escritos de am-

son traídos bajo el paraguas de la ley aplicable y muy raramente, si no nunca, bajo un esquema de jurisdicción. En ese sentido, el rol que los *amicus curiae* pueden jugar en incorporar consideraciones de derechos humanos al razonamiento de tribunales arbitrales, no debe ser subestimado.[490]

En *Aguas Argentinas/Vivendi I c/ Argentina*, el tribunal arbitral debía hacer frente a reclamos de inversiones que consideraban sus derechos vulnerados a partir de actos del Estado sobre la prestación de servicios privatizados de agua y desagüe. Reconociendo que la controversia podía tener conexión con importantes consideraciones de derechos humanos, el tribunal arbitral aceptó la intervención, *albeit* limitada, del tercero como *amicus curiae*.[491]

De manera similar, en *Biwater Guaff c/ Tanzania*, una controversia también relacionada con los servicios privatizados de agua y desagüe; cinco entidades solicitaron la intervención como *amicus curiae* en el

---

bas partes, audiencias, etc.). El tribunal, interpretando el reglamento de arbitraje aplicable a la controversia, concluyó que nada lo prevenía de aceptar el *amicus curiae,* excluyendo el resto de peticiones mencionadas. La práctica no es uniforme, en *Aguas del Tunari*, una entidad no gubernamental solicitó su intervención como parte en el proceso; y, en subsidio, como *amicus curiae*. El tribunal rechazó esta solicitud alegando el carácter consensual del arbitraje y la limitante en sus facultades de incorporar a la entidad en los términos planteados. La decisión del tribunal se explica en gran parte en los términos en los que se formuló la solicitud de incorporación de la entidad, pues no pedía presentar un escrito *amicus curiae*, sino una participación amplia en el proceso. *Cfr. Aguas del Tunari S.A. vs. The Republic of Bolivia*, *decision on respondent's objections to jurisdiction*, párr. 17.

490 Como ha señalado la profesora Stern: «[a]ccepting *amicus curiae* briefs should reinforce the feeling within civil society that economic justice is being done». STERN, B. «Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes». En *Icsid Review - Foreign Investment Law Journal*, 2007, vol. 22, n.° 2, p. 348.

491 *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona and Vivendi Universal S.A. vs. Argentina. Icsid Case* n.° ARB/03/19, *order in response to a petition for transparency and participation as amicus curiae*, 19 de mayo de 2005, párr. 14.

arbitraje. En su petición de intervención, las entidades señalaron expresamente:

> [E]ste arbitraje va más allá de resolver meros conflictos comerciales o privados, en cambio, tiene una influencia sustancial en el goce efectivo de derechos humanos básicos de la población.[492]

El tribunal arbitral concedió el pedido sobre la base *inter alia* del interés público invocado por las peticionantes.

Más recientemente, en *Pac Rim c/ El Salvador,* donde el tribunal se enfrentó a reclamos de inversionistas por regulación medio ambiental que habría afectado sus inversiones mineras; una entidad gubernamental presentó un escrito de *amicus curiae* llamando la atención del tribunal sobre el impacto de la conducta del Estado para asegurar y garantizar un efectivo goce de los derechos humanos en la población.[493]

En los casos mencionados, los argumentos de derechos humanos parecen no haber impactado en el razonamiento final de los tribunales, al momento de resolver las controversias.

Por el contrario, en *Von Pezold c/ Zimbabwe,* el tribunal arbitral rechazó un pedido de intervención como *amicus curiae* sobre la base de *inter alia,* en la falta de evidencia sobre la necesidad de incorporar un razonamiento en materia de derechos humanos, en su decisión final del caso. Es interesante que el tribunal arbitral arribase a dicha decisión luego de apuntar que su jurisdicción estaba limitada por el Convenio Ciadi y por el TBI respectivo, ninguno de los cuales le imponía la facultad de

---

[492] [Traducción nuestra] *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs. Tanzania*, *Procedural Order n.° 5 on amicus curiae. Icsid Case* n.° ARB/05/22.

[493] *Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador.* Caso Ciadi n.° ARB/09/12. *Amicus curiae* de 25 de julio de 2014 del *Center for International Environmental Law*.

pronunciarse sobre reclamaciones en materia de derechos humanos.[494] Ésta es una afirmación válida, pero que no justifica por qué no podría considerar argumentos de derechos humanos *qua* ley aplicable.

En la misma línea, el *Eco Oro c/ Colombia*, el tribunal arbitral rechazó un pedido de intervención como *amici curiae* de diversas asociaciones civiles que habían enunciado su intención de «[e]nfocarse en el derecho internacional relativo a los derechos humanos y particularmente el derecho a vivir en un ambiente sano». En su respuesta, el tribunal señaló que los peticionantes no habían identifcado cómo asuntos genéricos en materia de derechos humanos; y, en particular, al derecho de vivir en un ambiente sano, guardaban conexión con los asuntos específicos en disputas; y, por ende, no habían acreditado que su intervención sería de asistencia al tribunal para resolver la controversia.[495]

En conclusión, a partir de un análisis jurídico, concluimos que los tribunales arbitrales de inversión, no están impedidos *prima facie* de ejercer jurisdicción sobre reclamos en materia de derechos humanos, siempre que dichos reclamos observen los requisitos jurisdiccionales contenidos en el Convenio Ciadi y en el tratado de inversión.[496] En

---

494 *Bernhard von Pezold and other vs. Republic of Zimbabwe y Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited and Hangani Development Co. (Private) Limted vs. Republic of Zimbabwe. Icsid Case* n.° ARB 10/25, *Procedural Order* n.° 2, párrs. 57-59.

495 *Eco Oro Minerals Corp. vs. Republic of Colombia. Icsid Case* n.° ARB/16/41, *Procedural Order* n.° 6, párrs. 27-31.

496 El tema también puede ser analizado desde otras perspectivas. En la literatura encontramos afirmaciones sobre lo riesgoso que podría resultar la existencia de tribunales arbitrales de inversiones resolviendo controversias en materia de derechos humanos. Más allá de lo acertado o desacertado de dichas afirmaciones, éstas se fundan, básicamente, en consideraciones extrajurídicas que, aunque relevantes de cara a un diseño previo del sistema de administración de justicia en el derecho internacional, escapan a los objetivos de este trabajo. Por ejemplo, Booth ha señalado: «The appropriateness of these issues being raised in the context of international arbitration must be given careful thought because these tribunals are not human rights bodies and so they handle such questions with different priorities in mind. It also raises questions about

cuyo caso, los tribunales arbitrales realizarán una aplicación directa de las normas en materia de derechos humanos.

Aun en aquellos casos donde los tribunales arbitrales están prevenidos de aplicar directamente normas de derechos humanos, resta la amplia posibilidad de considerar normas de derechos humanos como parte de la ley aplicable al arbitraje. En estos casos, los tribunales arbitrales realizan una aplicación indirecta de éstas. Esta aplicación, como analizaremos más adelante, se materializa en el uso de los derechos humanos como elemento en la interpretación del TBI correspondiente.

4. Sobre la aplicación directa de los derechos humanos a los arbitrajes de inversión

Sobre la ley aplicable, una de las características salientes del arbitraje de inversión, es la facultad de las partes —derivada del principio de autonomía de la voluntad—[497] de seleccionar el derecho aplicable a la relación entre éstas.[498] En el caso de los arbitrajes derivados de TBI, la selección del derecho aplicable suele estar contenida en el tratado y es efectuada por los Estados parte con antelación a la aceptación de voluntad del inversionista de acudir a arbitraje.

Sin perjuicio de la facultad antes mencionada, existen tres fuentes legales relevantes en todo arbitraje de inversión derivado de un tratado de inversión: (i) el tratado de inversión; (ii) el derecho internacional; y

---

the capacity and expertise of arbitrators to handle such issues». *Cfr*. Booth, C. «Is there a place for human rights considerations in international arbitration». En *Icsid Review Foreign Investment Law Journal*, 2009, vol. 24, n.° 1, p. 90.

497 *Cfr*. Born, G. *International arbitration: Law and practice*. La Haya: Wölters Kluwer, 2016, 2.ª edición, p. 3.

498 Banifatemi, Y. «The law applicable in investment treaty arbitration». *En Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues*. Yannaca-Small, K. (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 192.

(iii) el derecho doméstico.[499] Adicionalmente, cualquier acuerdo celebrado entre el inversionista y el Estado será relevante, si el reclamo deriva de una cláusula paraguas contenida en el TBI y está relacionada con dicho acuerdo. La aplicación de derechos humanos opera de manera distinta, dependiendo de a cuál de estas fuentes se acuda.

4.1. Aplicación directa de derechos humanos a través del derecho internacional

Pareciera lógico asumir que, siendo los Estados (sujetos de derecho internacional por excelencia) quienes negocian y celebran los tratados de inversión, el derecho internacional sea la opción casi natural de ley aplicable.[500] Sin embargo, esto no siempre es así. Kinnear ha sostenido que la selección del derecho internacional como derecho aplicable, se manifiesta de tres maneras: (i) a través de una selección expresa del mismo en el tratado de inversión; (ii) a través de reglas de aplicación supletoria en caso de ausencia de una selección expresa; o (iii) por consentimiento implícito.[501]

---

[499] *Cfr*. NEWCOMBE, A. y L. PARADELL. *Law and practice of investment treaties. Standards of treatment.* La Haya: Wölters Kluwer, 2009, p. 91; BJORKLUND, A.K. Applicable law in international investment disputes. En GIORGETTI, C. *Litigating international investment disputes. A practitioner's guide.* Leiden: Brill|Nijhoff, 2014, p. 273.

[500] KINNEAR, M. «Treaties as agreements to arbitrate: International law as the governing law». En VAN DEN BERG, A. (ed.). *International arbitration 2006: Back to basics?* La Haya: Kluwer Arbitration International, 2007. Después de todo, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados define «tratado» como: «[u]n acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional […]».

[501] *Ibidem*. La selección se transforma en tal con la aceptación del inversionista al arbitraje como medio de solución de disputas que, usualmente, se manifiesta con la solicitud de arbitraje. *Cfr*. SCHREUER, C. *et alii*. *The Icsid Convention: A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 2.ª edición, p. 582.

Algunos tratados de inversión incluyen una elección expresa del derecho internacional como la ley aplicable.[502] Por ejemplo, el Tratado sobre la Carta de la Energía hace referencia a que: «Un tribunal […] decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del derecho internacional aplicables».[503] Y el Tlcan dispone: «Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración, de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional».[504]

En algunos casos, esa elección sí incluye el derecho internacional, aunque no de manera exclusiva. Por ejemplo, el TBI Perú-Argentina hace referencia a: «El tribunal arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Convenio, al derecho de la parte contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, así como también a los principios del derecho internacional en la materia».[505]

No obstante, en estos casos, el rol del derecho internacional como ley aplicable no es claro, en tanto las cláusulas respectivas no establecen

---

[502] La manera de designar el derecho internacional no es uniforme. En algunos casos, la referencia es «normas», «reglas» o «principios», acompañada de calificativos como «relevantes», «aplicables», «generalmente reconocidas», etc. *Cfr*. Newcombe y L. Paradell. *Law and…Op. cit*., p. 79.

[503] Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 26, 6).

[504] Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan), artículo 1131.

[505] En el caso peruano: Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, artículo 10.4); *Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments*, art. 40.1); Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular de China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, art. 8.4); Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, art. 10.5); *Agreement between Japan and the Republic of Peru for the Promotion, Protection and Liberalisation of Investment*, art. 18.15), entre otros.

prioridad en el recurso a diversas fuentes (y, en algunos casos, tampoco ordenan la aplicación de éstas). Es por ello, que Douglas ha señalado que el propósito de cláusulas de dichas características es únicamente confirmar la facultad del tribunal arbitral de aplicar diversas fuentes, en tanto pertinentes a la controversia. En consecuencia, estos casos bien pueden equipararse al silencio sobre la ley aplicable.[506]

Ahora bien, en algunos casos la elección del derecho internacional como ley aplicable también se ha desprendido del consentimiento implícito de las partes, concretizado en su conducta durante el proceso arbitral. Por ejemplo, el tribunal arbitral en *AAPL c/ Sri Lanka* derivó de los escritos de las partes su consentimiento implícito a la aplicación del derecho internacional.[507] En el mismo sentido, el consentimiento implícito podría derivarse de las circunstancias propias del caso.

No encontramos convincente esta última metodología por, al menos, tres razones: (i) si asumiéramos que las partes seleccionan el derecho aplicable una vez iniciado el arbitraje (una práctica, además, inusual), tenemos que asumir que esa elección puede ir variando conforme el proceso avance. Esto difiere de la manera como opera el consentimiento en un arbitraje derivado de un tratado de inversión; (ii) la búsqueda del derecho aplicable en la conducta de las partes soslaya la importancia del tratado de inversión. Si realmente estamos frente a un

---

[506] Esto es objeto de debate en la jurisprudencia arbitral. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Middle East c/ Egipto*, interpretando una cláusula de este tipo, concluyó que ésta no constituía un acuerdo sobre la ley aplicable; y, por ende, recurrió al mecanismo supletorio del artículo 42(1) del Convenio Ciadi. *Cfr*. *Middle East Cement Shipping & Handling Co. S.A. vs. Arab Republic of Egypt. Icsid Case* n.°ARB/99/6, *award*. No obstante, el tribunal arbitral del caso *ADC c/ Hungría*, también interpretando una disposición de este tipo, arribó a una conclusión distinta. Para dicho tribunal arbitral la cláusula evidenciaba una elección implícita del tratado de inversiones y del derecho internacional general como derecho aplicable. *Cfr*. ADC *Affiliate Limited and* ADC *& ADMC Management Limited vs. The Republic of* Hungary. *Icsid Case* n.° ARB/03/16, *award*.

[507] *Cfr*. *Asian Agricultural Products Ltd. vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, *award*, 27 de junio de 1990, párrs. 20-24.

silencio de las partes sobre el derecho aplicable, entonces, lo lógico será recurrir, en primer lugar, a las disposiciones del tratado y al derecho internacional público (que lo dota de contenido y sirve como base para su interpretación). Luego habrá que recurrir a las normas supletorias de procedimiento (que, como veremos a continuación, ofrecen —al menos en el caso Ciadi— una respuesta ante el silencio). Estos dos caminos, consideramos, representan una manifestación más fiel de la voluntad de las partes que el examen de su conducta en el arbitraje; y (iii) se deja (erróneamente) sin efecto la regla residual del artículo 42 del Convenio Ciadi. Una aproximación de este tipo es más similar al examen de puntos de conexión del derecho internacional privado; y, por ende, contrasta con la metodología propuesta por dicho artículo, dejando virtualmente sin efecto su carácter residual.

Por su parte, numerosos tratados de inversión no incluyen una referencia al derecho aplicable a las disputas inversionista-Estado.[508] Ante la ausencia de una elección expresa (que —como vimos en los párrafos precedentes— no se desprende únicamente del silencio, sino también de cláusulas imprecisas), los árbitros suelen recurrir a las reglas aplicables al procedimiento arbitral que, en su gran mayoría, incluyen dispo-

[508] En el caso peruano, la mayor cantidad de tratados bilaterales de inversiones suscritos, están dentro de esta categoría. Por ejemplo: *Agreement between the Belgium-Luxembourg Economic Union and the Government of the Republic of Peru on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.* Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Cuba sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino de Dinamarca sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, entre otros.

siciones que permiten suplir la voluntad de las partes en relación a la ley aplicable.[509]

En particular, el Convenio Ciadi recoge en su artículo 42 (1), la siguiente disposición:

> El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

El artículo 42 (1) representa un compromiso entre dos posturas sobre lo que debía ser el contenido de dicha disposición.[510] Por un lado, los Estados exportadores de capital sostenían que las inversiones debían regirse por el derecho internacional, en la medida de que aseguraba neutralidad y sofisticación. Por otro lado, los Estados receptores de capital sostenían que debían regirse por el derecho doméstico.[511]

---

[509] *Cfr*. KINNEAR, M. «Treaties as…», *Op. cit*.

[510] *Cfr*. BROCHES, A. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States. Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Leiden: Bill|Nijhoff, 1972, p. 390; FEUERLE, P. «International Arbitration and Choice of Law under article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes». En *Yale Journal of International Law*, 1978, vol. 4, n.° 1, p. 101; GAILLARD, E. y Y. BANIFATEMI. «The meaning of "and" in article 42 (1), second sentence, of the Washington Convention: The role of international law in the Icsid choice of law process». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, n.° 2, p. 385.

[511] Esto se explica, toda vez que el Convenio fue redactado pensando en contratos de inversión entre los Estados y los inversionistas y no en tratados de inversión que —como tales— remiten al derecho internacional, y cuya proliferación (con disposiciones de solución de controversias que remitían a arbitraje) data de años después de celebrado el Convenio. Se había sostenido que dichos contratos estaban sujetos al derecho doméstico; por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia en el caso de los *Serbian Loans* señaló que: «any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on municipal law of some

El texto actual del artículo, resultado del debate entre ambas posturas,[512] dirige la labor de todo tribunal arbitral, tanto hacia el derecho internacional como hacia el derecho doméstico,[513] sin establecer un orden de prelación entre ambos.[514] De ese modo, el artículo 42 (1) provee flexibilidad al reconocer la autonomía de las partes para elegir el derecho aplicable[515] y certeza al asegurar que el tribunal arbitral determinará la ley aplicable aun en ausencia de la elección de las partes o cuando la ley elegida por éstas, no provea una respuesta a determinadas cuestiones en controversia.[516]

El rol del derecho internacional a la luz de la disposición citada, ha sido objeto de amplio debate. Al respecto, se han identificado tres pos-

---

country». *Cfr*. Corte Permanente de Justicia Internacional. *Case concerning the payment of various Serbian loans issued in France*, 1929, Series A - n.° 20/21. Contra esta postura se desarrolló una corriente que defendía la internacionalización de dichos acuerdos y la aplicación del derecho internacional a éstos como su derecho propio. *Cfr*. Nassar, N. «Internationalization of State Contracts: Icsid, The Last Citadel». En *Journal of International Arbitration*, 1987, vol. 14, n.° 3.

512 *Cfr*. Thomas, J.C. (Q.C.) y H. Kaur Dhillon. «Applicable law under international investment treaties». En *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, vol. 26, p. 981.

513 *Cfr*. Kinnear, M. «Treaties as…». *Op. cit*.

514 *Cfr*. Broches, A. *The Convention… Op. cit.*, p. 390.

515 *Ibidem*, p. 389. El Convenio habla de *normas* de derecho internacional, lo que permite a las partes seleccionar normas de distintos ordenamientos jurídicos como aplicables a diversos aspectos de las potenciales disputas (una práctica conocida como *dépeçage*). En palabras de I. Shihata y A.R. Parra, esto permite hablar de un sistema de *full autonomy*, en relación a la selección de ley sustantiva. *Cfr*. Shihata, I.F.I. y A.R. Parra. «Applicable substantive law in disputes between States and private foreign parties: The case of arbitration under the Icsid Convention». En *Planning efficient arbitration proceedings: The law applicable in international arbitration*. Jan Van den Berg, A. (ed.). La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 189.

516 Schreuer, C. *et alii. The Icsid Convention: A commentary.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 2.ª edición, pp. 553 y 597. En adición a ello, el inciso 2 del artículo 42 del Convenio Ciadi recoge una prohibición de *non liquet* que obliga al tribunal arbitral a llegar a una solución del caso, aun cuando la ley elegida por las partes no permita arribar a una conclusión sobre el caso.

turas: la primera, según la cual el derecho internacional es únicamente aplicable para integrar lagunas del derecho doméstico o para corregir disposiciones de derecho doméstico contrarias al derecho internacional. La segunda, según la cual el derecho internacional cumple una función correctiva de las disposiciones de derecho doméstico que colisionen con normas fundamentales del derecho internacional. La tercera, según la cual el derecho internacional se aplica de manera autónoma e independiente al derecho doméstico.[517]

En relación a la primera teoría, el rol integrador y correctivo del derecho internacional fue postulado por primera vez en el caso *Klöckner c/ Camerún*. Allí, el Comité de Anulación, analizando si el tribunal arbitral había excedido sus facultades haciendo referencia a principios universales (*universal requirements of frankness and loyalty*…) al momento de resolver la controversia, señaló que las normas de derecho internacional a las que hace referencia el artículo 42 (1) del Convenio Ciadi, tienen «[u]n doble rol, esto es, complementario (en caso de una "*lacuna*" en el derecho del Estado), o correctivo, en caso el derecho del Estado no esté conforme con las normas de derecho internacional».

En ambos casos, los árbitros pueden recurrir a las «normas de derecho internacional» sólo luego de haber analizado y establecido el contenido del derecho del Estado parte de la controversia […] y luego de haber aplicado las normas básicas de dicho derecho doméstico».[518] La

[517] Gaillard, E. y Y. Banifatemi. «The meaning of…». *Op. cit.*, p. 381.

[518] [Traducción del autor] *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and other vs. Republic of Cameroon*, *decision on annulment*, 3 de mayo de 1985, p. 21. Recuperado de: *Cambridge Law Reports*.

teoría ha sido acogida en diversa jurisprudencia, ej., *Amco c/ Indonesia,*[519] *SPP c/ Egypto*,[520] *Autopista Concesionada c/ Venezuela*,[521] etc.

Por ende, el derecho internacional cumpliría únicamente un rol subsidiario a la aplicación del derecho doméstico. Gaillard y Banifatemi, en su conocido análisis del artículo 42 (1), han explicado con claridad cómo la historia del Convenio Ciadi permite concluir que esta teoría carece de sustento.[522]

---

[519] En *Amco c/ Indonesia*, el Comité de Anulación concluyó que: «the *ad-hoc* Committee worth noting that article 42(1) of the Convention authorizes an Icsid tribunal to apply rules of international law only to fill up *lacunae* in the applicable domestic law and to ensure precedence to international law norms where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms». *Amco Asia Corporation and other vs. Republic of Indonesia*. *Icsid Case* n.° ARB/81/1. *Decision on the application for annulment*, párr. 20.

[520] El tribunal en *SPP c/ Egipto* apuntó: «When municipal law contains a lacuna, or international law is violated by the exclusive application of municipal law, the Tribunal is bound in accordance with article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law». *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt. Icsid Case* n.° ARB/83/3, *award on merits*, párr. 81.

[521] El tribunal de *Autopista Concesionada c/ Venezuela,* señaló: «El papel del derecho internacional en la práctica del Ciadi no está totalmente claro. Está bien establecido que el derecho internacional puede llenar lagunas cuando el derecho nacional carece de reglas respecto a ciertos temas (la así llamada «función complementaria»). También está bien establecido que puede corregir el resultado de la aplicación del derecho nacional cuando este último viola el derecho internacional ("función correctiva")». *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. (Aucoven) c/ República Bolivariana de Venezuela*. Caso Ciadi n.° ARB/00/5, laudo, párr. 102. No obstante, el tribunal no zanjó el debate sobre el rol del derecho internacional. En la medida de que se trataba de una disputa derivada de un contrato de inversiones, el tribunal se limitó a señalar que no había necesidad de ir más allá del derecho doméstico.

[522] Gaillard, E. e Y. Banifatemi. «The meaning of…». *Op. cit.*, pp. 382-388. Como concluyen ambos autores: «A close study of the history shows that the main focus of the discussions regarding article 42 was whether, in the absence of an agreement of the parties on the applicable law, international law should constitute an option

Lo que es más notorio, la teoría se sostiene sobre la existencia hipotética de *lacunae* en los ordenamientos jurídicos domésticos, aunque esto bien puede tratarse de un espejismo. Es decir, como han señalado Gaillard y Banifatemi, un ordenamiento jurídico puede no regular un asunto en particular, pero esto no implica que no provea la respuesta o el marco legal para resolver el mismo.[523] En esos supuestos de aparente *lacunae*, el tribunal arbitral debiese resolver el asunto en referencia a aquellos principios generales del derecho doméstico. Lo contrario, en realidad, sería excluir la aplicación del derecho doméstico en determinados supuestos y reemplazarlo por el derecho internacional bajo el espejismo de la función integradora de este último.

Esta falencia en la primera teoría también ha sido apuntada por el profesor Reisman, de la siguiente manera:

> The question is whether or not the law of the host State addresses the issue at hand. If it does and, as part of its law, has decided not to grant remedies in such matters then there is no remedy, as none is provided in the law that must be applied. The notion of addressing a problem must be understood broadly. Even the most developed of legal systems and even the most articulated code cannot anticipate and provide for every contingency and every possible legal dispute. Thus, the question for an Icsid tribunal under articles 42 (1) is not whether the host State law provides a pre-packaged answer. If the host State's law provides a general analytical framework, it is up to the Tribunal to apply that framework to the statutes, judicial precedents, and general principles of that system […]. If an Icsid tribunal takes the claimant's demand for a remedy as the framework of inquiry and assumes that if that remedy is not provided by the host State's law, the tribunal must then proceed to search for it in international law, the tribunal will

available to the arbitral tribunal altogether». GAILLARD, E. e Y. BANIFATEMI. «The meaning of…». *Op. cit.*, p. 381, pp. 382-388.

[523] GAILLARD, E. e Y. BANIFATEMI. «The meaning of…». *Op. cit.*, p. 394; *Cfr.* SCHREUER, C. *The Icsid… Op. cit.*, p. 597. También, *Cfr.* DOUGLAS, Z. *The international… Op. cit.*, p. 130.

> subvert the purpose of the dispositive choice of law in article 42 (1) and create a new regime: national law is applied insofar as it provides a particular remedy, but if it does not, international law is then searched for the remedy.[524]

Respecto a la función correctiva del derecho internacional, ésta viene a cubrir inconsistencias entre el derecho doméstico y el derecho internacional.[525] Sin embargo, estas inconsistencias —al igual que las *lacunae*— pueden ser espejismos teóricos. El hecho de que una disposición de derecho doméstico sea diferente a una de derecho internacional, no debiese llevar *per se* a la inaplicación de la primera bajo el espejismo del rol correctivo de la segunda. Más aún, si como acertadamente ha señalado el profesor Reisman: «[n]o hay razón para sostener que […] el derecho internacional, en la medida que regula determinados asuntos, es mejor que el derecho doméstico. Dicha(s) comparación(es) es injusta […] sino es inconsistente con una premisa básica del derecho internacional en la medida que niegan el derecho de cada comunidad a ser ella misma y ser diferente […]».[526] La solución más adecuada sería que el tribunal arbitral determine el derecho que corresponde aplicar al asunto en controversia, sea éste de fuente doméstica o internacional.[527]

En relación a la segunda teoría, el derecho internacional cumpliría un rol correctivo para aquellos casos en los que las normas de derecho doméstico colisionen con normas fundamentales de derecho internacional (*ius cogens*). Se trataría no de supuestos de mera diferencia entre ambos regímenes (como en la primera teoría), sino de una verdadera

---

[524] [Se ha conservado el texto original para mantener el sentido de la cita]. Reisman, M. «The Regime for Lacunae in the Icsid Choice of Law Provision and the question of its threshold». En *Icsid Review – Foreign Investment Law Journal*, 2000, vol. 15, n.° 2, p. 371

[525] Thomas, J. C. (Q.C.) y H.K. Dhillon. «Applicable law under international investment treaties». En *Singapore Academy Law Journal*, 2014, vol. 26, pp. 986-987.

[526] Reisman, M. «The regime…». *Op. cit.*, p. 368.

[527] Gaillard, E. e Y. Banifatemi. «The meaning of…». *Op. cit.*, p. 398.

colisión (*veritable collision*).[528] No obstante, en razonamiento que compartimos, Gaillard y Banifatemi han puesto de manifiesto que la teoría es tan incompleta como la primera, en la medida que deja sin efecto la referencia a las normas de derecho internacional en el artículo 42 (1).

En efecto, si dichas normas fuesen únicamente aquéllas denominadas *ius cogens* y, como tales, su función se limitaría a un control de las normas domésticas; su referencia e inclusión en la disposición bajo análisis sería inútil, pues aun si no hubiesen sido expresamente incluidas, éstas operarían *qua* normas no derogables e imperativas.[529]

Finalmente, en relación a la tercera teoría, el derecho internacional es aplicable, tanto como el derecho doméstico. La teoría entiende, correctamente, que la referencia al derecho internacional en el artículo 42 (1), no es meramente funcional, sino a un cuerpo normativo al que los árbitros pueden recurrir como ley aplicable a la controversia.[530] Esto permite dar efectividad al término «y» contenido en el artículo 42 (1)[531]

---

[528] REISMAN, M. «The regime…». *Op. cit.*, p. 375.

[529] GAILLARD, E. e Y. BANIFATEMI. «The meaning of…». *Op. cit.*, p. 401. Parra explica que el auge de estas dos posturas, coincide con la primera ola de controversias resuelta por tribunales arbitrales Ciadi, las cuales estaban fundadas exclusivamente en contratos de inversión. Efectivamente, en el marco de dichas controversias, el rol del derecho internacional era mucho más debatible que en el de controversias derivadas de tratados de inversiones. PARRA, A.R. «Applicable law in investor state arbitration». En *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 7.

[530] El entendimiento está refrendado por los directores ejecutivos del Convenio Ciadi que señalaron que la referencia a «normas del derecho internacional» (en el artículo 42) debe entenderse como equivalente a las fuentes del derecho internacional recogidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. *Cfr.* INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the executive… Op. cit.*, párr. 40; DOLZER, R. «Comments on Treaty Arbitration and International Law». En INTERNATIONAL COUNCIL OF COMMERCIAL ARBITRATION. *Back to basics? Good faith and Estoppel*, 2006, pp. 894-901; GAILLARD, E. e Y. BANIFATEMI. «The meaning of…». *Op. cit.*, p. 397.

[531] Ciertamente, el profesor Reisman parecería estar de acuerdo en este punto cuando, citando a Sir Elihu Lauterpacht, señala que el artículo 42 (1) se refiere co-

y representa con fidelidad la referencia al derecho internacional en la disposición citada. La teoría está representada notablemente en la decisión del Comité de Anulación del caso *Wena Hotels c/ Egipto*.

Allí el Comité señaló:

> El derecho del Estado receptor puede ser indudablemente aplicado conjuntamente al derecho internacional si ello es justificado. También el derecho internacional puede ser aplicado de manera independiente si la norma apropiada es hallada en este otro ámbito.[532]

En buena cuenta, el rol de los árbitros es determinar cuál es el derecho adecuado para cada asunto en particular (sea éste el derecho doméstico o el derecho internacional). El Convenio Ciadi no restringe dicha elección a uno u otro ordenamiento; puede ocurrir, en efecto, que dos normas —una de derecho doméstico y otra de derecho internacional— resulten potencialmente aplicables a una misma arista de la disputa. En esos casos, será discreción del tribunal arbitral (bajo el artículo comentado) determinar cuál de esas normas resulta aplicable en concreto al caso, a la luz de las consideraciones propias del mismo.[533]

Es cierto que esta última teoría llevada a sus naturales consecuencias, hace parcialmente inútil un análisis del derecho aplicable a partir de las reglas residuales pertinentes (en nuestro análisis, el artículo 42 del Convenio Ciadi)[534] pues, en todo evento, el derecho internacional

---

pulativamente al derecho doméstico y al derecho internacional, no de manera subordinada uno al otro. *Cfr*. Reisman, M. «The regime…». *Op. cit.*, p. 375.

[532] *Wena Hotels Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*, *decision on annulment*, 5 de febrero de 2002, párr. 40.

[533] Banifatemi, Y. «The applicable law in investment treaty arbitration». En Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 204.

[534] Y, en efecto, hace más relevante un análisis de caracterización del asunto en particular (por ejemplo, ¿se trata de un reclamo basado en un contrato o en un tratado?) por parte del tribunal arbitral. Sobre la base de esa caracterización (similar

público será de aplicación (inclusive, en ausencia de elección expresa de éste por las partes),[535] en la medida que estamos frente a instrumentos que nacen y se rigen por el marco normativo del mismo.[536] Aun cuando las protecciones sustantivas recogidas en un tratado de inversiones sean el parámetro contra el cual se evaluará la conducta del Estado, el derecho internacional será el que determine la creación, alcances, modificación y extinción de dichas disposiciones,[537] así como la validez de la conducta estatal.[538]

---

a la del derecho internacional privado), el tribunal podrá determinar el derecho aplicable. En esa línea, hay quienes —como Z. Douglas— han sostenido la necesidad de un examen más sofisticado de *choice of law* (a partir de reglas similares a las del derecho internacional privado). *Cfr*. Douglas, Z. *The international Law of Investment Claims.* Cambridge: University Press, 2009, pp. 39-132.

[535] *Cfr*. Chukwumerije, O. «International law and article 42 of the Icsid Convention». En *Journal of International Arbitration*, 1997, vol. 14, n.° 3, p. 80; *Cfr*. Spiermann, O. Applicable law, en Muchlinski, P. *et alii.*, *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 107; C. Schreuer ha llegado a sostener que excluir el derecho internacional del derecho aplicable a una controversia derivada de un tratado de inversiones, sería contravenir el objetivo del Convenio Ciadi. Así, ha sostenido: «It would mean that an Icsid tribunal would have to uphold discriminatory and arbitrary action by the host State, breaches of its undertakings which are evidently in bad faith or amount to a denial of justice as long as they conform to the applicable domestic law, which is most likely going to be that of the host State. It would mean that a foreign investor, simply by assenting to a choice of law, could sign away the minimum standards for the protection of aliens and their property developed in customary international law. Such a solution would hardly be in accordance with one of the goals of the Convention […]». Schreuer, C. *The Icsid… Op. cit.*, p. 588.

[536] *Cfr*. McLachlan, C. «Is there an evolving customary international law on investment?». En *Icsid Review,* 2016, vol. 31, n.° 2, p. 263.

[537] *Cfr*. Banifatemi, Y. «The applicable law…». *Op. cit.*, pp. 207-208. También: *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentine Republic*, *award*, 12 de mayo de 2005, párr. 116.

[538] *Cfr*. Douglas, Z. *The international… Op. cit.*, p. 70.

Pues bien, la aplicación del derecho internacional público —incluidas las normas no relativas a inversiones—[539] a las disputas de inversiones, abre un camino a los árbitros para considerar normas de derechos humanos en la resolución de éstas.[540]

En la medida de que la referencia al *derecho internacional* en el artículo 42 del Convenio Ciadi debe extraerse del artículo 38(1) del Estatuto de la CIJ, los árbitros tienen la facultad de aplicar aquellas normas de derechos humanos derivadas de cualquiera de las fuentes allí recogidas.[541] El conocido texto del artículo 38(1) señala:

> 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
>   a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
>   b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

---

[539] *Cfr*. Newcombe, A.P. y L. Paradell. *Law and practice of investment treaties*. La Haya: Kluwer Law International, 2009, p. 80; Schreuer, C. *et alii. The Icsid Convention… Op. cit.*, p. 610; Karamanian, S.L. «The place of human rights in investor-state arbitration». En *Lewis & Clark Law Review,* 2013, n.° 423, p. 433; Dupuy, P.M. y J.E. Viñuales. «Human rights and investment disciplines: integration in progress». En Bungenberg, M. *et alii*. (eds.). Baden-Baden: International Investment Law, 2012.

[540] *Cfr*. Dupuy, P.M. *Unification rather* …, *cit*., p. 57.

[541] Sin embargo, la disposición no es una lista taxativa de las fuentes del derecho internacional. Por ende, no previene a un tribunal arbitral de recurrir a otras fuentes de las allí recogidas. Refiriéndose al uso de la disposición por parte de la Corte Internacional de Justicia, el profesor A. Pellet ha descrito: «its openess shows the malleability and flexibility of this provision, and the Court has met no difficulty in interpreting and applying art. 38 in the light of the evolution of international relations and of international law». *Cfr*. Pellet, A. «Commentary to article 38 of the International Court of Justice Statute». En *The Statute of the International Court of Justice: A commentary*. Zimmermann, A. *et alii* (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2015, 2.ª edición, párr. 82.

c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

Conviene realizar unos breves apuntes sobre la manera cómo los tribunales arbitrales pueden derivar normas de derechos humanos (para su aplicación en las controversias de inversiones) de las fuentes (principales)[542] recogidas en el artículo antes citado.

---

[542] No nos referiremos a los principios generales del derecho, por tres razones: (i) su aplicación es subsidiaria a los tratados y al derecho internacional consuetudinario, por lo que su impacto (como fuente del derecho internacional) es considerablemente menor al de éstos; (ii) el rol que se ha atribuido a los principios generales del derecho es el de una aplicación *indirecta* (valor interpretativo). *Cfr*. KLEINLEIN, T. «Customary international law and general principles. Rethinking their relationship». En *Reexamining customary international law.* Lepard, B.D. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 142. Inclusive, analizando su aplicación a controversias en materia de inversión, el profesor C. McLachlan ha sostenido: «But, the reference to general principles of law in the investment context more commonly serves a rather different function, namely to inform the content of an existing, but open-textured treaty norm». *Cfr*. MCLACHLAN, C. «Investment treaties and general international…», *cit*., p. 396. De modo similar, A. Rigo Sureda ha afirmado que en los arbitrajes de inversión: «[…] general principles may exercise a unifying function in the interpretation of the general standards of treatment provided for in investment treaties». *Cfr*. RIGO SUREDA, A. *Investment treaty arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Por lo que su impacto como normativa aplicable, de manera directa, es considerablemente limitado; y (iii) el elemento voluntarista que subyace a la identificación de las fuentes del derecho internacional, ha llevado a una dificultad metodológica al momento de diferenciar entre principios generales y derecho internacional consuetudinario. Dicho de otro modo, a los principios también le es exigible cierto nivel de aceptación y conciencia de vinculatoriedad. Como señaló el tribunal arbitral de *Yukos c/ Rusia*, al analizar si la doctrina de las manos limpias era un principio general del derecho internacional, sostuvo: «General principles of law require a certain level of recognition and consensus». Yukos Universal Limited (*Isle of Man*) and The Russian Federation. *PCA Case AA* n.° 227, *final award*, párr. 1359.

4.1.1. Los tratados internacionales

Como señalamos en párrafos precedentes, la primera referencia normativa de todo tribunal arbitral —en una controversia derivada de un tratado de inversión— es el tratado.[543] No obstante, la gran mayoría de tratados de inversión no contienen disposiciones relativas a derechos humanos.[544] En ese sentido, es ilustrativo lo señalado por González-García, quien dando cuenta de su experiencia en la negociación de tratados de esta naturaleza, apunta: «He participado en diversas negociaciones de tratados de inversión, en ninguna de las cuales el término «derechos humanos» fue mencionado, siquiera discutido. No es una sorpresa que el término «derechos humanos» difícilmente cruza por la mente de quienes negocian tratados de inversiones».[545]

En la práctica arbitral de inversiones, estas dificultades metodológicas conducen a que los tribunales arbitrales se refieran a ambas categorías indistintamente. *Cfr*. Gazzini, T. «General principles of law in the field of foreign investment». En *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, *issue* n.° 1.

543 Es importante notar, con Banifatemi, que dicha referencia normativa no hace del tratado el «derecho aplicable» a la controversia. En efecto, metodológicamente el tratado contiene las protecciones sustantivas (obligaciones) sobre las que se evaluará la conducta de los Estados, pero el derecho aplicable a dichas obligaciones será el derecho internacional y, a la disputa, lo será el derecho seleccionado por las partes o aquél que se derive de la aplicación del artículo 42 del Convenio Ciadi. *Cfr*. Banifatemi, Y. «The law applicable…», *cit*., pp. 206-207

544 Ésta es la regla general. En palabras de Peterson y Gray: «As a rule, BITs do not introduce their own human rights obligations, nor do they accord the ability to citizens who have been the victim of human rights abuses to appeal to investment Tribunal for redress». Peterson, L. y K.R. Gray. *International human… Op. cit*., p. 6.

545 González García, L. «The role of human rights in international investment law». En Jansen Calamita, N. *et alii. The future of Icsid and the place of investment treaties in international law: Investment treaty law current issues (current issues in investment treaty law)*. British Institute of International & Comparative Law, 2013, pp. 33-34.

4.1.1.1. Referencias a derechos humanos en la cláusula de excepciones generales de los tratados de inversión

En la mayoría de casos, las referencias a derechos humanos se encuentran en la cláusula de excepciones generales de los tratados de inversión.[546] Por ejemplo, el Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil, dispone:

> Artículo 2.12: Inversión y medidas sobre salud, medioambiente y otros objetivos regulatorios en materia social
>
> 1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una parte a adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida que sea compatible con este capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en consideración el medio ambiente, la salud u otros objetivos regulatorios en materia social.
> 2. Las partes reconocen que no es apropiado alentar la inversión disminuyendo los estándares de su legislación medioambiental, de salud u otros temas en materia social. En consecuencia, las partes no deberán renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, flexibilizar u ofrecer renunciar, flexibilizar o derogar dichas medidas, como medio para incentivar el establecimiento, mantenimiento o expansión de una inversión en su territorio.[547]

---

[546] Un recuento histórico legislativo de este tipo de disposiciones puede encontrarse en: BURKE-WHITE, W.W. y A. VON-STADEN. «Investment protection in extraordinary times: The interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties». En *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol. 48, n.° 2.

[547] En efecto, parece ser la práctica usual del Perú incluir cláusulas de este tipo en sus tratados de inversión. Otros ejemplos pueden encontrarse en: Convenio sobre Promoción y Protección de Inversiones, Perú-Bolivia (artículo 3(5)), Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Perú-Paraguay (artículo 11(1)), Convenio sobre Promoción y Protección de Inversiones, Perú-Venezuela (artículo 3(5)), entre otros.

Si bien el citado artículo incluye una referencia genérica a «objetivos regulatorios en materia social», consideramos que ésta cubre conductas estatales de tutela a derechos humanos. Por su parte, el Texto Modelo del Tratado de Inversión de Ecuador incluye una cláusula de excepción general que se refiere expresamente a los derechos humanos de la siguiente manera: «Las medidas de una parte contratante que no sean discriminatorias destinadas a cumplir con los objetivos legítimos del bienestar público sobre salud, ambiente, derechos humanos y libertades fundamentales, derechos laborales y obligaciones tributarias quedan excluidas de la solución de controversias bajo el presente Convenio».[548]

Disposiciones similares a las citadas, se encuentran en numerosos tratados de inversión.[549] La función de estas cláusulas es la de preservar la habilidad de los Estados de ejercer autoridad regulatoria en determinadas áreas consideradas de interés público (comúnmente: la tutela del medio ambiente, la salud, el orden público, etc.),[550] permitiéndoles

---

[548] Siguiendo la redacción literal de la disposición citada podría concluirse que las conductas estatales cubiertas por la cláusula de excepción no se reputan necesariamente legítimas a la luz del tratado, sino que únicamente un inversionista no podría iniciar un arbitraje de inversión de conformidad al tratado reclamando una vulneración sobre la base de dichas conductas.

[549] No existe una formulación uniforme de disposiciones de esta naturaleza. Algunos tratados hacen referencia a la disposición como «derecho a regular» y ponen énfasis en la facultad de las partes de adoptar «medidas necesarias para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública y la protección social y del consumidor». *Cfr*. Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de la República de Argentina y el Gobierno del Estado de Qatar (artículo 10). Algunos otros tratados limitan la posibilidad de invocar las facultades excepcionales a situaciones igualmente excepcionales (como una crisis económica).

[550] *Cfr*. Salacuse, J.W. *The law…, cit.*, pp. 377. En el caso *David Aven c/ Costa Rica*, el tribunal arbitral sostuvo sobre cláusulas de esta naturaleza —recogidas en los artículos 10.9.3 y 10.11 del DR-CAFTA— que éstas garantizan que «[l]os Estados retengan un margen significativo de apreciación en relación con medidas ambientales en sus respectivas jurisdicciones, pero estos artículos no imponen —en sí mismas (sic)— ninguna obligación afirmativa a los inversionistas. Tampoco disponen que el incumplimiento de las reglamentaciones ambientales dictadas por el Estado, cons-

adoptar medidas que, de otro modo, serían incompatibles con las obligaciones contenidas en el tratado.

Si una disposición de esta naturaleza resulta aplicable a la conducta del Estado, ésta debe reputarse legítima;[551] y, por ende, el inversionista no es titular de reparación alguna.[552] En otras palabras, las cláusulas de excepciones contemplan supuestos fácticos que están fuera del alcance de todas las protecciones sustantivas del tratado[553] o de algunas de és-

---

tituyan incumplimientos del Tratado que pudieran servir de fundamento a una reconvención». *David Aven y otros y la República de Costa Rica.* Caso n.° UNCT/15/3, párr. 743.

551 *Cfr*. WANG, W. «Note: The non-precluded measure type clause in international investment agreements: Significances, challenges, and reactions». En *Icsid Review*, 2017, vol. 13, n.° 2, p. 450.

552 Creemos que si la cláusula blinda la conducta estatal, se sigue que —no habiendo ilicitud— no corresponda compensación. No obstante, el texto del tratado de inversión podría contemplar que —aun si la conducta estatal está blindada por la cláusula— deba pagarse una justa compensación. Por ejemplo, el TBI Bosnia y Herzegovina-Qatar dispone, en relación a las medidas protegidas por la cláusula de excepciones que: «In case that application of the stated measures cause losses on investments of the investor of the other contracting party, this investor shall have be entitled to compensation in accordance with article 3 of this agreement».

553 Sin perjuicio de lo cual, compartimos la opinión del profesor Newcombe cuando sostiene que la aplicación de una cláusula de excepción podría ser inútil (o, mejor dicho, redundante); pues, de todos modos, una conducta que reúne los requisitos usuales de toda cláusula de excepción difícilmente es una conducta vulneradora de las protecciones sustantivas de los tratados. *Cfr*. NEWCOMBE, A. «General exceptions in international investment agreements». En SEGGER, Marie-Claire C., M. GEHRING y A. NEWCOMBE (eds.). *Sustainable development in world investment law*. La Haya: Kluwer International Law, 2011, p. 360. No obstante, si bien la aplicación puede ser inútil (o, más bien, redundante) la incorporación en el tratado responde a una racionalidad clara de otorgar efectividad al derecho de los Estados a regular en pro de determinadas áreas consideradas de interés público. Los Estados, probablemente, tienen conciencia de que la falta de una doctrina de *stare decisis* en el arbitraje de inversiones conlleva una falta de predictibilidad en relación a si los tribunales arbitrales van a otorgar efectividad a ese derecho inherente de regular y qué consecuencias van a atribuirle (por ejemplo, en el caso

tas.[554] Por ende, el tribunal arbitral tendrá que realizar una determinación en relación a que cierta medida es legítima a la luz de uno de los supuestos contemplados en la cláusula de excepciones.

Ahora bien, para evitar que el uso de dichas cláusulas sea dejado al mero arbitrio de los Estados, la mayoría de tratados incorporan una serie de requisitos que deben cumplirse para que su uso sea considerado legítimo. Por ejemplo, el TBI Canadá-Perú dispone:

> *General Exceptions*
> 1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this agreement shall be construed to prevent a party from adopting or enforcing measures necessary:
>   (a) To protect human, animal or plant life or health;
>   (b) To ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this agreement; or
>   (c) For the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.[555]

Dependiendo del lenguaje usado en el tratado, se ha discutido si la calificación de cuándo estos requisitos se configuran, es potestad exclusiva de los Estados parte o, en cambio, su pertinencia debe ser analizada y decidida por el tribunal arbitral. En realidad, esto dependerá en gran medida de la redacción de la cláusula en cuestión. En algunos casos,

---

expropiatorio, si el reconocimiento del ejercicio legítimo de dicho derecho eliminará la obligación de compensar al inversionista afectado).

[554] Por ejemplo, el artículo 4 del Protocolo anexo al TBI Alemania-China dispone que determinadas medidas adoptadas en razón al orden público o salud no deben entenderse como «trato menos favorable», de conformidad a la cláusula de trato más favorable.

[555] *Agreement between Canada and The Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investmen*t, cláusula 10.

la naturaleza auto-justificativa de estas disposiciones, es explícita. Por ejemplo, el TBI India-Singapur señala:

> This article shall be interpreted in accordance with the understanding of the parties on non-justiciability of security exceptions as set out in their exchange of letters, which shall form an integral part of this Agreement.[556]

Sin perjuicio de ello, la naturaleza auto-justificativa de algunas de estas cláusulas no debe ser leída como una autorización de actuación arbitraria o abuso en su invocación, toda vez que —por mandato de los artículos 26 y 31 de la CVDT— todo tratado debe ser cumplido (*pacta sunt servanda*) e interpretado de buena fe (lo que, a su vez, importa que su aplicación no puede vulnerar el objeto y fin del tratado de inversión);[557] sino más bien como una manifestación a favor de un margen de apreciación; a favor de determinadas conductas estatales. En consecuencia, un tribunal arbitral siempre deberá verificar que la invo-

---

[556] *Comprehensive Economic Cooperation Agreement between The Republic of India and The Republic of Singapore*, article 6.12 (4).

[557] En el caso *Nicaragua c/ Estados Unidos de América*, la CIJ interpretó una cláusula de excepciones en el Tratado de Amistad, Comercio y Negociación Nicaragua-Estados Unidos. Nicaragua alegó que diversas conductas de Estados Unidos eran contrarias al objeto y fin del tratado. Por su parte, los Estados Unidos de América sostuvieron que dichas conductas estaban protegidas por la cláusula de exclusión. Al analizar la postura de las partes, la CIJ sostuvo que un acto no puede considerarse contrario al objeto y fin de un tratado, si las partes contemplaron la posibilidad de que dicho acto se configurara y acordaron que el tratado no impedía su realización. El razonamiento es correcto, pero no puede leerse como una permisión a que las medidas excluidas sean autojustificativas. Es decir, el solo hecho de que se haya incluido determinadas conductas en la cláusula de exclusión, no significa que la realización de dichas conductas sea *per se* legítima en cualquier escenario. Como ya señalamos, el tribunal arbitral deberá verificar —tal como lo hizo la CIJ en el caso mencionado— si en realidad se ha configurado el supuesto de la cláusula de excepción (que, como ya señalamos, puede requerir un examen de necesidad o de razonabilidad) y que éste fue ejercido de buena fe. *Cfr. Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, *merits*, 1986, p. 126.

cación a las cláusulas de excepciones por parte del Estado sea efectuada de buena fe.[558]

Luego, las disposiciones relativas a excepciones generales deben distinguirse de otras disposiciones similares, pero meramente declarativas o exhortatorias sobre el derecho de los Estados a regular en determinadas áreas. Por ejemplo, el TBI Perú-Japón incluye una disposición de este tipo:

> The contracting parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by investors of the other contracting party and of a non-contracting party by relaxing domestic health, safety or environmental measures, or by lowering its labor standards.[559]

Como es de notar, no se trata de disposiciones que tengan la virtualidad de excluir la responsabilidad internacional del Estado por una conducta determinada. También deben distinguirse del «estado de necesidad» del derecho internacional consuetudinario, cuestión que ha merecido amplio debate en la «jurisprudencia» y en la doctrina.[560]

---

[558] *Cfr*. Salacuse, J.W. *The law…, cit*., p. 381.

[559] *Agreement between Japan and the Republic of Peru for the Promotion, Protection and Liberalization of Investment, article 26*.

[560] Aunque escapa al objeto del presente trabajo, basta decir que aunque el estado de necesidad representa un supuesto de hecho aparentemente similar (la actuación del Estado destinada a «salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave a inminente»), las cláusulas de exclusión tienen un contenido distinto y más amplio que el del estado de necesidad: su fuente de vinculación (en una, el tratado, y en otra, el derecho internacional consuetudinario) y su justificación teórica (el estado de necesidad aplica *ex-post* la conducta estatal ilegítima, no así la cláusula de excepción que más bien excluye determinadas conductas del examen de legalidad bajo el tratado de inversión. En efecto, algunas cláusulas de excepciones no exigen un examen de necesidad, sino que únicamente requieren que una conducta estatal califique dentro de las categorías excluidas) son distintas. *Cfr*. Burke-White, W.W. y A. Von-Staden. «Investment protection…», *cit*., p. 321. Consideramos, además, que el estado de necesidad —como excluyente de ilicitud— requiere de un estándar muy restrictivo para su configuración (debe suponer un hecho que

Sin perjuicio de lo señalado, las mencionadas cláusulas de excepción no incluyen referencias expresas a derechos humanos, sino a determinadas áreas que naturalmente están asociadas con éstos (salud, seguridad, medioambiente, etc.). Esta observación es relevante de cara a la aplicación de normas de derechos humanos, pues si bien las cláusulas dan espacio a la alegación de aquéllas, no están orientadas a ello. Dicho de otro modo, bien podrían invocarse sin referencia alguna a derechos humanos (como, de hecho, es la práctica arbitral constante en esta materia).

En todo evento, en los casos en que la aplicación de dichas cláusulas venga acompañada de la invocación a normas de derechos humanos, los tribunales arbitrales podrán realizar una aplicación directa de normas de derechos humanos, aunque limitada al efecto negativo de la cláusula (esto es, sólo permiten excluir la responsabilidad internacional de los Estados).

4.1.1.2. Referencias a derechos humanos en la cláusula de observancia del derecho interno de los tratados de inversión

Adicionalmente, aunque no se trata de referencias expresas a derechos humanos, algunas disposiciones limitan la calidad de inversión a la conformidad del derecho interno; lo que puede incluir (potencialmente) el respeto por normas de derechos humanos que hagan parte de éste.

---

salvaguarde un interés esencial del Estado), por su parte, las cláusulas de excepción pueden suponer un estándar más relajado, aunque, en algunos casos, sujetas a un análisis de necesidad. Esta distinción ha sido ignorada en algunos laudos relativos a los casos de la crisis argentina, en los cuales los tribunales arbitrales optaron por analizar la cláusula de excepción como si se tratase de la defensa de estado de necesidad. En algunos de esos casos, un Comité de Anulación encontró que el tribunal arbitral se extralimitó en el uso de sus facultades al no aplicar la cláusula de exclusión; y, por ende, el laudo fue declarado nulo. *Cfr. Sempra Energy International vs. Argentina. Decision on Argentina's application for annulment of the award. Icsid Case* n.° ARB/02/16.

Por ejemplo, el TBI Chile-Colombia dispone:

> El término «inversión» se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con ella, siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la parte contratante, en cuyo territorio se realizó.[561]

En consecuencia, una inversión realizada en contra de las leyes del Estado excluye la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer la disputa relativa a ésta,[562] toda vez que el tratado incorpora como elemento

---

[561] Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, artículo 1(2).

[562] Hacemos notar que existe un debate sobre el efecto de la falta de legalidad en la inversión. Un sector de la doctrina, amparado en considerable práctica arbitral, considera que la ilegalidad de la inversión conduce a la falta de jurisdicción del tribunal arbitral, por cuanto si no hay una inversión en los términos definidos por el tratado (que incluye la conformidad con las leyes del Estado), no hay consentimiento de las partes para dirimir controversias relativas a dicha «inversión» en un arbitraje de inversiones. Otro sector de la doctrina, amparado igualmente en cierta práctica arbitral, considera que el impacto es sobre la admisibilidad del reclamo y debe ser analizado junto al mérito de la controversia. Esto es, sin excluir la jurisdicción del tribunal arbitral. Para una exposición detallada de ambas posturas: Schill, S.W. «Illegal Investments in International Arbitration». En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, vol. 11, n.° 2.
En todo evento, consideramos que si bien la distinción entre los efectos (jurisdicción y admisibilidad) es técnicamente correcta, el efecto apropiado dependerá en gran medida de: (i) el texto del tratado; y (ii) el significado de la ilegalidad en el derecho doméstico. Si dicha ilegalidad conlleva un efecto *ex tunc*, es claro que nunca hubo inversión; y, por ende, el tribunal arbitral carecería de jurisdicción. Si dicha ilegalidad conlleva, más bien, otro tipo de consecuencias no parece lógico negarle el estatus de inversión a efectos del tratado, a pesar de que, siendo una inversión «ilegal», el efecto que se le atribuya al reclamo sea similar a aquél que resultaría de declinar jurisdicción. También es cierto que, aun este segundo escenario, los tribunales debieran retener la posibilidad de analizar la ilegalidad en una primera fase jurisdiccional, si ésta es manifiesta o vulnera frontalmente principios de orden público internacional (por ejemplo, vulneraciones a normas de *ius cogens*).

inherente a la inversión, la conformidad con el derecho doméstico. Este entendimiento está refrendado en diversa jurisprudencia.

Por ejemplo, en el caso *Fraport c/ Filipinas*, el tribunal arbitral luego de comprobar que la inversión realizada en el Estado receptor fue efectuada en violación al derecho doméstico, concluyó:

> Because there is no «investment in accordance with law», the tribunal lacks jurisdiction *ratione materiae* […]. Compliance with the host State's laws is an explicit and hardly unreasonable requirement in the Treaty […].[563]

En similares términos, en el caso *Inceysa c/ Salvador*, el tribunal arbitral apuntó:

> […] si se determinara que la inversión no esta protegida por el acuerdo, se estaría reconociendo que el presupuesto necesario para que el tribunal de arbitraje asumiera válidamente su competencia no se cumplió.[564]

Sin perjuicio de lo anterior, algunos tribunales han sostenido —como cuestión de principio— que los tratados de inversión únicamente protegen inversiones realizadas, de conformidad al derecho del Estado receptor, inclusive ante la falta de una disposición expresa de observancia del derecho interno. No obstante, en la mayoría de estos casos no encontramos una justificación consistente sobre por qué ello sería así.

---

563 *Fraport AG Frankfurt Airport Services WorldWide vs. Republic of the Phillipines, award*. *Icsid Case* n.° ARB/03/25, párrs. 401 y 404. *Albeit* la opinión disidente del profesor Cremades, para quien el asunto de la ilegalidad de la inversión no excluía la jurisdicción del tribunal arbitral, sino que debían ser analizados en el fondo de la controversia.

564 *Inceysa Vallisoletana SL. y República del Salvador.* Caso Ciadi n.° ARB/03/26, laudo, párr. 160.

Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Phoenix Action c/ República Checa,* sostuvo:

> […] nobody would suggest that Icsid protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs.[565]

El razonamiento del tribunal arbitral está acotado a supuestos que pueden calificar como vulneraciones a normas de *ius cogens*, en cuyo caso su supremacía normativa en el derecho internacional, justificaría la exclusión de la protección a la inversión. Sin embargo, no es un razonamiento que se extienda a todo supuesto de contravención del derecho doméstico.

En el caso *Plama c/ Bulgaría*, ante la ausencia de una disposición de legalidad de la inversión, el tribunal arbitral sostuvo, amparado en el objeto y fin del tratado de inversión respectivo (el Tratado de la Carta de la Energía), que inversiones efectuadas, contrarias a «derecho» no estaban protegidas por el tratado.

Esta premisa nos parece cuestionable. El objeto y fin del tratado, aunque ocupan un rol innegable en la interpretación de éste, no pueden alterar la estructura del tratado. Por ende, el objeto y fin del tratado no puede servir para incorporar un requisito de legalidad.[566] El razonamiento posterior del tribunal arbitral parece más razonable, cuando sostiene que la ilegalidad en la obtención de la inversión también habría vulnerado el principio general de buena fe bajo el derecho internacional y el orden público internacional.[567]

---

[565] *Phoenix Actions Ltd. vs. The Czech Republic*. *Icsid Case* n.° ARB/06/5, *award*, párr. 76.

[566] *Plama Consortium Limited vs. Bulgaria. Icsid Case* n.° ARB/03/24, *award*, párr. 139

[567] *Ibidem*, párrs. 143-144.

En línea con el segundo razonamiento de dicho tribunal arbitral, algunos tribunales arbitrales han desprendido un requisito de legalidad de la doctrina de la buena fe (y/o de la doctrina de manos limpias) o del orden público internacional.

Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Hamester c/ Ghana,* sostuvo:

> An investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct […]. These are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty».[568]

Y el tribunal arbitral del caso *Churchill Mining c/ Indonesia*, sostuvo:

> […] claims arising from rights based on fraud or forgery which a claimant deliberately or unreasonably ignored are inadmissible as a matter of international public policy.[569]

Aunque metodológicamente este razonamiento es más adecuado que los anteriores (en la medida que atribuye la vinculatoriedad del requisito de la legalidad a un principio de derecho internacional), no existe certidumbre sobre: (i) si la doctrina de manos limpias en un principio general del derecho internacional y (ii) cuál sería exactamente su alcance y contenido.[570]

---

[568] En dicho caso, el tratado de inversión sí contenía una cláusula de legalidad de la inversión. No obstante, antes de ingresar a su análisis, el tribunal arbitral enunció como premisa esta cita (en función a la cual, sería innecesaria una cláusula de legalidad para analizar la legalidad de la inversión). *Cfr. Gustav F.W. Hamester GmbH & Co KG vs. Republic of Ghana. Icsid Case* n.° ARB/07/24, *award*, párrs. 123-124.

[569] *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd. vs. Republic of Indonesia. Icsid Case* n.° ARB/12/14, *award*, párr. 503.

[570] Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Yukos c/ Rusia*, rechazó que la doctrina de manos limpias tenga estatus de principio de derecho internacional. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) and The Russian Federation*, PCA Case n.° AA 227,

Luego, a nuestro modo de ver, la invocación al principio de buena fe no puede servir como un golpe en la mesa para incorporar un requisito de admisibilidad, allí donde el tratado guarda silencio (en todo evento, la buena fe alcanzaría su efecto a obligaciones *erga omnes*, normas de *ius cogens* o a conductas contrarias al orden público internacional —que, por definición, es un concepto restrictivo—, pero no necesariamente a vulneraciones al derecho doméstico).

En el caso *Yaung Chi c/ Myanmar*, el tribunal arbitral sostuvo la existencia de una:

> «[…] general rule that for a foreign investment to enjoy treaty protection it must be lawful under the law of the host State»,[571]y en el caso *SAUR c/ Argentina,* el tribunal arbitral sostuvo «El Tribunal entiende que la finalidad del sistema de arbitraje de inversión radica en proteger únicamente inversiones legales y *bona fide*. El hecho de que el APRI [...] mencione o deje de mencionar la exigencia de que el inversor haya actuado en conformidad con la legislación interna, no constituye un factor relevante. El requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico es una condición tácita, ínsita en todo APRI [...].[572]

Como es de notar, ninguna de las dos decisiones ofrece una motivación sobre por qué existiría una «condición tácita» de observancia del derecho doméstico.

---

award, párr 1363. Por su parte, el tribunal arbitral en Churchill Mining concluyó lo contrario.

[571] *Yaung Chi OO Trading Pte. Ltd. vs. The Government of the Union of Myanmar. Asean LD Case* n.° ARB/01/1, *award*, párr. 58.

[572] *SAUR International S.A. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad, párr. 308. También: *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. vs. Republic of Albania*. *Icsid Case* n.° ARB/11/24, *awards*, párr. 359.

Dicho esto, la aplicación de derechos humanos a través del requisito de legalidad de la inversión, estará temporalmente limitada al inicio de la inversión (esto no significa que la ilegalidad sobreviniente en la inversión no tenga un impacto en los méritos de la controversia, aunque no a través de la disposición que aquí comentamos).

Como apuntó el tribunal arbitral del caso *Quiborax c/ Bolivia:*

> […] el alcance temporal del requisito de legalidad se limita a la instauración de la inversión; no se extiende a su operación ulterior. En efecto, el Tratado se refiere al requisito de legalidad en participio pasado […].[573]

Y el tribunal arbitral del caso *Kardassopoulos c/ Georgia,* que sostuvo:

> «Protection of investments» under a BIT is obviously not without some limits. It does not extend, for instance, to an investor making an investment in breach of the local laws of the host State. A State thus retains a degree of control over foreign investments by denying BIT protection to those investments that do not comply with its laws.[574]

Finalmente, la aplicación de derechos humanos a través del requisito de legalidad de la inversión operará, en la mayoría de casos, a través del derecho doméstico. El ordenamiento doméstico puede dirigir a la aplicación de normas de derechos humanos; sobre todo, si dichas normas derivan de la Constitución Política del Estado en cuestión.

En aquellos casos, los tribunales arbitrales tendrán que realizar una aplicación directa de dichas normas, a fin de determinar si se cumplió con el requisito de legalidad. No obstante, como se evidencia de la prác-

---

[573] *Quiborax et alii vs. Bolivia*. Caso Ciadi n.° ARB/06/2, decisión sobre jurisdicción, párr. 266.

[574] *Ionanis Kardassopoulos vs. Georgia*, *decision on jurisdiction*. *Icsid Case* n.° ARB/05/18, párr. 182.

tica arbitral citada, el requisito de legalidad no da lugar a una aplicación extensiva de normas de derechos humanos, sobre todo, en casos donde éste no deriva de una disposición expresa.

4.1.1.3. Referencias a derechos humanos en la cláusula de trato de conformidad al derecho internacional de los tratados de inversión

Aunque no se trata de referencias expresas a derechos humanos, algunos tratados de inversión incorporan cláusulas que potencialmente expanden la protección de los inversionistas a sus derechos humanos. Por ejemplo, el artículo II.2 del TBI Argentina-Estados Unidos, dispone:

> Investment [...] shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.[575]

De igual modo, el artículo 3.1 del TBI Bosnia y Herzegovina-España, dispone:

> En ningún caso concederá una parte contratante a dichas inversiones un tratamiento menos favorable que el exigido por el derecho internacional.[576]

En la práctica, esto puede significar que la cláusula permite el recurso a obligaciones distintas a las contenidas en el tratado de inversión para sustentar un reclamo contra el Estado.

Sin embargo, esta posibilidad es contenciosa. Por ejemplo, Newcombe y Paradell sostienen que no existe práctica estatal o trabajos preparatorios que sugieran que la referencia al tratamiento de conformidad

---

[575] *Treaty between the United States of America and the Argentina Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*.

[576] Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Bosnia y Herzegovina.

al derecho internacional, esté dirigido a extender las obligaciones convencionales del Estado receptor de la inversión.[577]

Los autores sostienen que cuando los Estados han querido expandir la protección sustantiva del tratado, lo han hecho expresamente; por ejemplo, el artículo 10.1 del Tratado de la Carta de la Energía, dispone:

> 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.

Discrepamos de la postura antes descrita. Una interpretación de cláusulas de esta naturaleza no puede partir de la no existencia de una referencia extensiva en los trabajos preparatorios a las obligaciones de derecho internacional que cubriría. El punto de partida debe ser el texto del tratado y la disposición es clara en referirse al «tratamiento requerido por el derecho internacional» que, como tal, puede incluir obligaciones derivadas de otros tratados.

De hecho, la referencia que hacen los autores al Tratado de la Carta de la Energía, únicamente sirve para refrendar esta última afirmación porque la disposición reafirma que obligaciones derivadas de otros tratados pueden estar *incluidas* en el trato menos favorable. De modo que lo relevante será desentrañar cuál es ese trato.

Lo anterior no significa que la cláusula no deba interpretarse con cautela. En efecto, importar normas de derechos humanos a un arbitraje de inversión a través de esta cláusula, debe realizarse siempre sujeto a que dicha invocación guarde relación sustancial con alguna vulneración a la inversión y no al inversionista. Claro está que alguna vulneración a un derecho humano puede dar lugar a un tratamiento desfavorable a la

---

[577] *Cfr*. Newcombe, A. y L. Paradell. *Law and practice of investment treaties: Standards of treatment*. La Haya: Wölters Kluwer, 2009, p. 254.

inversión, pero el tribunal no podrá adjudicar sobre la primera vulneración sino únicamente sobre la segunda.

4.1.1.4. Referencias a derechos humanos en la cláusula de trato más favorable de los tratados de inversión

Similares a las cláusulas anteriores, algunos tratados de inversión prevén que las disposiciones del tratado no deben prevalecer sobre aquéllas contenidas en otras fuentes o en el derecho doméstico que resulten más favorables al inversionista.

Por ejemplo, el artículo 8 del TBI Congo-España, dispone:

> S'il découlait des dispositions légales de l'une des Parties contractantes ou des obligations entre les Parties contractantes, actuelles ou futures, émanant du droit international en marge du présent accord, une réglementation générale ou spéciale en vertu de laquelle il faudrait accorder aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement plus favorable que celui prévu par le présent accord, ladite réglementation prévaudra sur le présent accord.[578]

Y el artículo 3(5) del TBI China-Holada establece:

> If the provisions of law of either contracting party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the contracting parties in addition to the present agreement contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by investors of the other contracting party to a treatment more favourable than is provided for by the present agreement, such regulation shall, to the extent that it is more favourable, prevail over the present agreement.[579]

---

[578] *Accord entre la Republique du Congo et le Royaume d'Espagne sur le promotion et la protection reciproques du investissements*.

[579] *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of*

El objetivo de estas cláusulas es el de asegurar que la inversión extranjera está protegida al trato más favorable que exista tanto en el derecho doméstico como en el derecho internacional.[580] Por lo general, como se desprende de las cláusulas citadas, esto le permite al inversionista reclamar sobre disposiciones de derecho doméstico más favorables o de derecho internacional,[581] siempre que estas últimas provengan de acuerdos entre los Estados parte del tratado de inversión.

Por ejemplo, en el caso *Siemens*, el inversionista sostuvo que la disposición de tratamiento más favorable en el TBI Argentina-Alemania[582] debía excluir la aplicación de las normas de derecho doméstico que sean menos favorables que las contenidas en el tratado de inversión (esto, a fin de sustentar su postura sobre el rol correctivo del derecho internacional).[583] El tribunal internacional no se refirió a la cláusula invocada en su análisis de la postura del inversionista.

La posibilidad de recurrir a estas cláusulas para sostener la aplicación directa de normas de derechos humanos se ha materializado en, al menos, dos casos a los que hicimos referencia en párrafos anterior.

En el caso *Spyridon Roussalis c/ Rumanía*, el inversionista alegó la vulneración a distintas disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (específicamente, a su derecho al debido proceso y a su derecho de propiedad) sobre la base de una disposición de trato más favorable.

El tribunal arbitral rechazó el argumento debido a que las disposiciones invocadas no serían más favorables que las contenidas en el tratado de inversión. En el caso *Anglia Auto Accesories Limited c/ República*

---

the Netherlands.

580 *Cfr*. Newcombe, A. y L. Paradell. *Law and Practice…, cit*., p. 317.

581 *Cfr*. Gazzini, T. *Interpretation of International Investment Treaties*. Oxford, 2016, p. 37.

582 *Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, artículo 7 (1).

583 *Siemens A.G. and The Argentine Republic*, *Icsid Case* n.° ARB/02/8, *award*, párr. 71.

Checa, el inversionista alegó que el tribunal arbitral tenía jurisdicción sobre vulneraciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho a la propiedad, en virtud a una cláusula de trato más favorable.

Sin embargo, el inversionista parece haber abandonado ese argumento en curso del arbitraje, pues el mismo está ausente en el razonamiento del tribunal arbitral.

Finalmente, debemos señalar en relación a las dos cláusulas antes analizadas, que no se trata de disposiciones de jurisdicción. Es decir, no sirven para modificar la jurisdicción del tribunal arbitral. En realidad, son cláusulas que ensanchan la base del tratado porque confieren al inversionista derechos adicionales a los que allí son recogidos. Sin embargo, la eficacia de dicha protección dependerá de la jurisdicción del tribunal arbitral. Es decir, si el tribunal puede pronunciarse sobre reclamos de inversión, sobre vulneraciones al tratado de inversión o sobre cualquier controversia entre el inversionista y el Estado.

4.1.1.5. Referencias a derechos humanos en la cláusula de obligaciones del inversionista de los tratados de inversión

Algunos tratados (sobre todo, de data reciente) incluyen de manera expresa obligaciones de titularidad de los inversionistas que pueden estar relacionadas con el respeto a derechos humanos. De modo tal que, potencialmente, los tribunales arbitrales podrían asumir jurisdicción sobre reclamos del Estado causados en el incumplimiento a dichas obligaciones. Esto fue exactamente lo que ocurrió en el caso *Urbaser*, antes analizado.

Por ejemplo, el *Pan-African Investment Code* incluye un capítulo dedicado exclusivamente a regular obligaciones de los inversionistas. Estas obligaciones están relacionadas con actos de corrupción, gobierno corporativo, respeto por el ordenamiento interno, etc.

Notablemente, el artículo 24 incluye obligaciones relacionadas directamente con los derechos humanos incluidas: «support and respect the protection of internationally recognized human rights» y «ensure that they are not complicit in human rights abuses».[584]

De igual modo, el *South-African Model Bilateral Investment Treaty,* dispone en su artículo 15, que:

> Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife.[585]

También, el TBI Marruecos-Nigeria dispone, en su artículo 18:

> Investors and investments shall uphold human rights in the Host State.[586]

De manera similar, el Modelo de TBI de la India, en su artículo 12.1(v) dispone:

> Investors and their investments shall be subject to and comply with the law of the Host State. This includes, but is not limited to, the following [...]. Law relating to human rights.[587]

Estas cláusulas imponen directamente obligaciones a cargo de los inversionistas. No obstante, para que los tribunales arbitrales puedan

---

584 *Draft Pan-African Investment Code.*

585 *South-African Model Bilateral Investment Treaty.*

586 *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between The Government of the Kingdom of Morocco and The Government of the Federal Republic of Nigeria.*

587 *Model Text of the Bilateral Investment Treaty of the Government of The Republic of India.*

pronunciarse directamente sobre algún reclamo relativo al cumplimiento de éstas, deberá verificarse que: (i) la cláusula jurisdiccional permita al tribunal arbitral resolver reclamos fundados en dichas normas. Por ejemplo, la cláusula jurisdiccional del citado TBI Marruecos-Nigeria, hace referencia a «cualquier disputa» entre las partes. Por lo cual, el tribunal podría asumir jurisdicción frente a un reclamo del Estado, basado en el incumplimiento del inversionista a sus obligaciones de respeto de derechos humanos; y (ii) que los requisitos del artículo 46 del Convenio Ciadi, que regula la admisibilidad de demandas reconvencionales, se cumplan. Éstos son: que el reclamo reconvencional se relacione directamente con la controversia, que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y que caiga dentro de la jurisdicción del Ciadi (esto es, que se verifiquen los requisitos del artículo 25 del Convenio Ciadi).

4.1.1.6. Referencias a derechos humanos en la Carta de Naciones Unidas

Adicionalmente a las disposiciones de los tratados de inversión, una fuente convencional relevante y que, no obstante, suele pasar desapercibida, es la Carta de Naciones Unidas. Las referencias a derechos humanos en dicho instrumento son limitadas,[588] pero existen y generan obligaciones ineludibles a cargo de los Estados. En particular, el artículo 55 dispone:

> Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: […]
>
> c. El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

[588] Éstas son: el Preámbulo y los artículos 1 (3), 13 (1), 55, 56, 62 (2), 68 y 76.

Es ampliamente aceptado que dicha obligación de respeto a los derechos fundamentales, es de titularidad no sólo de la Organización de las Naciones Unidas, sino también de los Estados miembros.[589] En efecto, el artículo 56 de la Carta de Naciones Unidas, dispone con claridad:

> Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55.

Estas disposiciones deben ser leídas conjuntamente con el artículo 103, que dispone:

> En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

De conformidad con la disposición precitada, las obligaciones de la Carta tienen un estatus especial de cumplimiento;[590] pues, en caso de conflicto entre cualquier norma convencional (que exista con anterioridad o posterioridad a la Carta)[591] y las obligaciones recogidas en

---

589 *Cfr*. SIMMA B. *et alii*. *The Charter of United Nations: A commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 3.ª edición, vol. 3, p. 1573.

590 *Cfr*. KARAMANIAN, S.L. «The place of human…», *cit*., p. 439. Aparte de los derechos y obligaciones afirmados en la Carta, la superioridad jerárquica alcanza a los deberes cuya fuente jurídica está en las decisiones vinculantes de los órganos de Naciones Unidas. En efecto, el mayor uso que se le ha dado al artículo 103 en la jurisprudencia internacional, es en relación a las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Por ejemplo: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom), order of provisional measures*, párr. 42.

591 *Cfr*. PAUWELYN, J. *Conflicts of norms*…, *cit*., p. 337.

la Carta,[592] han de prevalecer estas últimas, tornando inaplicables las primeras al caso concreto.[593] No obstante ello, la aplicación directa de derechos humanos a través de las disposiciones comentadas, está limitada a la existencia de un conflicto normativo; y, consideramos, al tamiz previo de la interpretación armonizadora derivada del artículo 31(3)(c) de la CVDT.

Finalmente, debemos apuntar que, aunque evidentemente también son relevantes las disposiciones recogidas en tratados de derechos humanos, la posibilidad de que las partes aleguen su aplicación directa, está sometida a la jurisdicción limitada del tribunal arbitral; cuestión a la que ya hemos hecho amplia referencia, por lo que no es necesario abundar al respecto.

4.1.2. El derecho internacional consuetudinario y las normas de ius cogens

Como regla general, el derecho internacional consuetudinario resulta aplicable en ausencia de un tratado que vincule a las partes (o que sea de aplicación obligatoria a la controversia).[594] No obstante, como se ha evidenciado en la jurisprudencia internacional, aun en presencia de un tratado aplicable, el derecho internacional consuetudinario tiene un ámbito de aplicación que puede ser tanto indirecto (ayuda interpretativa, integración de *lacunae*, etc.), como directo (conferir jurisdicción al tribunal internacional).[595]

---

[592] Vale notar que el conflicto no es únicamente entre obligaciones, sino también entre permisos y/o facultades conferidas al Estado, a través de otro tratado. *Cfr*. Simma, B. *et alii. The Charter…, cit.,* p. 2123.

[593] *Cfr*. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Fragmentación… Op. cit.*, p. 194.

[594] *Cfr*. Treves, T. «Customary International Law». En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

[595] *Cfr*. Wood, M. (Special Rapporteur/International Law Commission). *First report on formation and evidence of customary international law*, 17 de mayo de 2013, pp. 15-16.

Por ejemplo, en *Emmis c/ Hungría* el inversionista alegó vulneración a la prohibición de la expropiación recogida en el TBI Holanda-Hungría (que, junto al TBI Suiza-Hungría, eran la base de las reclamaciones del inversionista) y a la prohibición de expropiación del derecho internacional consuetudinario. La cláusula jurisdiccional del TBI hacía mención a:

> Any dispute between either contracting party and the investor of the other contracting party concerning expropriation or nationalization of an investment […].[596]

Por su parte, Hungría alegó que el artículo 42 del Convenio Ciadi no ampliaba la jurisdicción del tribunal arbitral a reclamos distintos a los consentidos en el tratado.

El tribunal arbitral concluyó que la jurisdicción del tribunal arbitral sobre el reclamo bajo derecho internacional consuetudinario, no era un asunto de ley aplicable; y, por ende, debía ser analizada a la luz del artículo 10 antes citado y del artículo 25 del Convenio Ciadi. En consecuencia, los reclamos bajo derecho internacional consuetudinario no estaban excluidos de la jurisdicción del tribunal arbitral,[597] lo que en términos prácticos significó que el inversionista podía solicitar remedios por una posible violación a un mismo estándar (aunque esto podría ser objeto de debate) recogido en dos fuentes legales distintas.

El tribunal arbitral no tuvo oportunidad de analizar, en su pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, si ambos reclamos eran sustancialmente distintos. No obstante, la decisión ilustra el potencial impacto directo del derecho internacional consuetudinario en las controversias de inversión.

---

[596] *Emmis International Holding B.V., Emmis Radio Operating B.V. y Mem Magyar Electronic Media Kereskedelemi És Szolgáltató KFT. vs. Hungary*, *decision on respondent's objection under Icsid Arbitration Rule 41 (5). Icsid Case* n.° ARB/12/2, párr. 39.

[597] *Ibidem*, párrs. 73-84.

Ahora bien, es aceptado pacíficamente que las normas de derecho consuetudinario se identifiquen a través de dos elementos: (i) la *reiterato consuetuda*, consistente en la práctica reiterada de los Estados y (ii) la *opinio juris sive necessitatis*, que es la convicción en los sujetos de que estas conductas son jurídicamente obligatorias.[598] Este último elemento espiritual o psicológico hace que metodológicamente sea difícil determinar qué derechos humanos son parte del derecho internacional consuetudinario.[599]

Por ejemplo, un número considerable de voces sostiene que la Declaración Universal de Derechos Humanos *en bloc*, ha alcanzado el estatus de derecho internacional consuetudinario, mientras otro número también importante de voces afirma lo contrario.[600]

Una categoría especial de normas consuetudinarias, son aquéllas denominadas *ius cogens*. A diferencia del resto de normas consuetudinarias, las normas *ius cogens* tienen una superioridad jerárquica *stricto sensu* por sobre la aplicación de otras normas de derecho internacional. En la medida de que no admiten pacto en contrario, el artículo 53 de la CVDT sanciona con nulidad a todo tratado que contravenga dichas normas.

Lo característico de este grupo de normas es su supremacía intrínseca, se trata de normas que prevalecen sobre otras, no porque la voluntad de la comunidad internacional haya sido la de dotarlas de tal prevalencia, sino porque éstas son intrínsecamente superiores y, como tales,

---

598 *Cfr*. López-Bassols, H. *Derecho internacional público… Op. cit.*, p. 42.

599 En efecto, siguiendo el elemento psicológico o espiritual, a un número de derechos humanos (como la libertad de expresión, la libertad de reunión, etc.) se les niega el estatus de derecho consuetudinario. *Cfr*. Schachter, O. «International law in theory and practice: General course in public international law». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 178, p. 337.

600 *Cfr*. Simma, B. y P. Alston. «The sources of human rights law: Custom, *jus cogens* and principles». En *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, n.° 82.

su aplicación no puede ser dispensada por voluntad de los Estados.[601] En otras palabras, su carácter perentorio deriva de la relevancia fundamental del bien o interés jurídico que ésta tutela[602] y no de su fuente normativa.[603]

Lo anterior explica que las normas *ius cogens* hayan sido comúnmente invocadas para asegurar la prohibición absoluta de violación a derechos humanos.[604] Después de todo, como ha apuntado correctamente el juez de la CIJ, A. Cancado Trindade,

> [las normas de] *jus cogens* resaltan, sobre todo, la relevancia del orden público internacional, conformado por el respeto a la dignidad de la persona humana; en efecto, la mayoría de casos de incidencia de *jus cogens* están relacionados a la posición del individuo como sujeto de derechos.[605]

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas también ha identificado como normas *ius cogens*, las prohibiciones de geno-

---

601 *Cfr*. ORAKHELASHVILI, A. *Peremptory norms in international law*. Oxford: Oxford Universty Press, 2008, p. 8.

602 Orakhelashvili ha apuntado: «Identification of the content of international public order as embodied in peremptory norms is only possible through identifying the substantive values and principles which are as fundamentally important to the international community as the principles embodied by national public orders are to national legal systems. Not all rules that are important, or even indispensable, for the existence and working of international law are peremptory. The peremptory character of a rule derives from the substantive importance of the interest protected by that rule». *Ibidem*, p. 47.

603 *Cfr*. PAUWELYN, J. *Conflicts of norms*…, *cit*., p. 98.

604 *Cfr*. CANCADO TRINDADE, A. *International Law for Humankind. Towards a new jus gentium*. Leiden: Brill, 2010, p. 296; BIANCHI, A. «Human rights and the magic of *jus cogens*». En *The European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n.° 3, pp. 491-492.

605 *Cfr*. CANCADO TRINDADE, A. *International law… Op. cit*., p. 311.

cidio, esclavitud, discriminación racial, crímenes contra la humanidad y la tortura, así como el derecho a la autodeterminación de los pueblos.[606]

No obstante ello, su regulación positiva —consideramos— impone un inevitable elemento voluntarista,[607] en su identificación que contrasta con la característica antes descrita.

Así, el artículo 53 de la CVDT se refiere a estas normas, como:

> [u]na norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario […].

Es decir, como ha apuntado el profesor Pellet,

> […] el carácter particular o la naturaleza superior de estas normas sólo puede ser resultado de la aceptación general de que estas normas tienen dicha naturaleza, una aceptación [*a belief or a feeling*] que sólo puede ser determinada […] de acuerdo al mis-

---

606 *Cfr*. International Law Comission. *The Report of the Law Commission on the work of its fifth-third session, Official Records of the General Assembly, fifty-sixth session, Supplement* n.° 10 (A/56/10), p. 208; *Cfr*. Charlesworth, H. «Law-making and sources». En *The Cambridge Companion of International Law*. Crawford, J. y M. Koskeniemi (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 191; *Cfr*. Whiteman, M.M. «*Jus cogens* in International Law, with a projected list». En *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1977, vol. 7, pp. 625-626. Sin embargo, Fry sostiene (correctamente): «[…] la lista actual [de normas consuetudinarias] no incluye necesariamente a los derechos humanos de segunda generación que guardan relación con los derechos económicos y culturales que podrían estar implicados en una controversia de inversiones». [Traducción nuestra]. *Cfr*. Fry, J.D. «International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity». En *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2007, vol 88, n.° 77, p. 109.

607 *Cfr*. Lepard, B.D. *Customary International Law: A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 243-260.

> mo método [o ausencia de método] usado para la determinación de la simple u ordinaria *opinio*.[608]

Como consecuencia de ello, las normas *ius cogens* se enfrentan a las mismas dificultades metodológicas que el resto de normas consuetudinarias, en cuanto a su relación con los derechos humanos, pues si bien no resulta lógico asumir una prelación entre los distintos derechos humanos, su reconocimiento positivo sí es materia de tratamiento diferenciado.

Es por ello que la jurisprudencia internacional únicamente ha reconocido a determinados derechos humanos el carácter de *ius cogens*.[609] Es cierto que podría postularse que la Declaración Universal de Derechos Humanos es una norma de *ius cogens* y entroncar en ésta, inclusive, derechos humanos que no están expresamente allí recogidos;[610] pero,

---

608 *Cfr*. PELLET, A. «Commentary to article 38…». *Op. cit*., pp. 826-827. En el mismo sentido, B.D. Lepard ha sostenido: «All elements of the definition focus on the beliefs of states, rather than laying down an objective standard or one based on "natural law"». *Cfr*. LEPARD, B.D. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 245.

609 Por ejemplo, la Corte Interamericana ha reconocido que el derecho a la no discriminación y el principio de igualdad de trato ante la ley son normas de *ius cogens*. *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva n.° OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* p. 41; así también la prohibición absoluta de todo tipo de tortura. *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones, costas), p. 92; de igual modo, las ejecuciones extrajudiciales. *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004 (fondo, reparaciones, costas), párr. 73; y, de manera general, las *graves* violaciones a derechos humanos. *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, voto razonado del exjuez A. Cancado Trindade*, párr. 57.

610 Una propuesta de esta naturaleza puede encontrarse en: BUTLER, P. «Red Riding Hood – Is Investor-State Arbitration the Big Bad Wolf?». En *Penn State Journal of Law & International Affairs*, 2017, vol. 5, n.° 2.

esto no parece guardar absoluta armonía con el concepto de normas *ius cogens* y con la jurisprudencia internacional.

En buena cuenta, los tribunales arbitrales pueden derivar normas de derechos humanos a partir del derecho internacional consuetudinario, pero el reconocimiento positivo de éste dificulta una invocación ilimitada a éstos. Ello explica, en gran parte, el rol casi insignificante que han tenido las normas de *ius cogens* en controversias en materia de inversiones.

En, al menos, un caso la aplicación de normas *ius cogens* se ha manifestado en la controversia.[611] En el ya citado caso *EDF c/ Argentina,* derivado de la crisis argentina, el Estado alegó inicialmente que las medidas adoptadas por el Estado, se justificaron en la necesidad de cumplir *inter alia* con sus obligaciones bajo normas de *ius cogens.*

Por su parte, el inversionista no rechazó el potencial impacto de éstas, pero enfatizó que eran limitadas en el estado actual del derecho internacional y no se extendían a los derechos invocados por el Estado (vida, salud, educación). Aparentemente, el Estado no se pronunció sobre este argumento del inversionista, ni demostró cómo el restablecimiento tardío del equilibrio financiero de la concesión involucrada en la controversia era necesario para lograr la tutela de los derechos invocados.

---

[611] No hacemos referencia al conocido *dictum* en el caso *Phoenix Action*, en el cual el tribunal arbitral sostuvo: «It is evident to the tribunal that the same holds true in international investment law and that the Icsid Convention's jurisdictional requirements —as well as those of the BIT— cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles. To take an extreme example, nobody would suggest that Icsid protection should be granted to investments *made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs». Cfr. Phoenix Actions Ltd. vs. The Czech Republic. Icsid Case* n.° ARB/06/5, *award*, párr. 76. Esto, pues la referencia fue únicamente incidental y no fue objeto de controversia entre las partes.

Esto fue percibido por el tribunal arbitral, quien, a pesar de señalar notablemente que «It is common ground that the tribunal should be sensitive to international *jus cogens* norms, including basic principles of human rights» y «The tribunal does not call into question the potential significance or relevance of human rights in connection with international investment law»,[612] rechazó el argumento del Estado.

Nótese que el caso ilustra adecuadamente las dificultades metodológicas a las que hemos hecho referencia y que limitan la capacidad de invocar directamente derechos humanos a través de normas *ius cogens*.

4.2. Aplicación de derechos humanos a través del derecho doméstico

Como señalamos previamente, el derecho doméstico del Estado receptor de la inversión es una fuente común de derecho aplicable a las disputas de inversiones (ya sea por elección expresa o en aplicación de normas supletorias). El derecho doméstico es relevante a una serie de asuntos relacionados al contenido, alcances, límites y extensión de los derechos del inversionista[613] que representan un examen previo y necesario al análisis de la conducta estatal, a la luz del derecho internacional.[614]

En efecto, los tratados de inversión contienen estándares de derecho internacional que son reconocidos a favor del inversionista, mas no regulan así el contenido de los derechos que protegen; por lo que la aplicación de todo estándar debe efectuarse por remisión (*renvoi*) al

---

612 *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. vs. Republic of Argentina*. *Icsid Case* n.° ARB/03/23, párrs. 901 y 912.

613 *Cfr*. NEWCOMBE, A. y L. PARADELL. *Law and practice… Op. cit.*, pp. 93-94; *Regionalism in International Investment Law.* Trakmond, L.E. y N.W. Ranieri (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 10.

614 *Cfr*. IGBOKWE, C. «Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations». En *Journal of International Arbitration*, 2006, vol. 23, issue n.° 4, p. 285; *Cfr*. KINNEAR, M. «Treaties as…», *Op. cit*.

derecho doméstico,[615] sin que esto signifique que el Estado pueda eludir su responsabilidad internacional alegando su propio derecho.[616]

Los ejemplos del rol esencial del derecho doméstico abundan. En *Phillips Morris c/ Uruguay,* el tribunal arbitral, al analizar el reclamo expropiatorio de los inversionistas, analizó extensamente el contenido legal de la titularidad de una marca bajo derecho uruguayo, concluyendo que éste no otorgaba un derecho absoluto al titular de la marca,[617] análisis que le permitió concluir, luego que no había ocurrido una vulneración a la prohibición de expropiación recogida en el tratado de inversiones.

En *Occidental c/ Ecuador*, el tribunal analizó si la terminación del contrato de participación celebrado entre el inversionista, *Petroecuador y Ecuador* a través de un decreto de caducidad, fue lícita, a la luz de las disposiciones de dicho contrato y de su derecho aplicable (el derecho doméstico). Únicamente, una vez que determinó este punto, analizó la responsabilidad de Ecuador bajo el derecho internacional.[618]

Ahora bien, la aplicación del derecho doméstico puede remitir a normas de derechos humanos.[619] No olvidemos, como narramos en el primer capítulo de este trabajo, que el reconocimiento positivo de

---

615 Trakmond, L.E. y N.W. Ranieri (eds.). *Regionalism… Op. cit.*, p. 28.

616 Artículo 27 de la CVDT: «El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46». *Cfr*. Dupuy, P.M. *Unification rather than fragmentation…*, *Op. cit.*, p. 13.

617 *Cfr*. Tribunal Arbitral constituido bajo el Convenio Ciadi. *Phillip Morris Brands Sarl, Phillip Morris Products S.A. y Abal Hermanos y República Oriental del Uruguay*. Caso Ciadi n.° ARB/10/7, laudo.

618 *Cfr*. *Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company y la República del Ecuador*. Caso Ciadi n.° ARB/06/11, laudo.

619 *Cfr*. Dupuy, P.M. y J.E. Viñuales. «Human rights and investment disciplines: integration in progress». En *International Investment Law*. Bungenberg, M., J. Griebel, S. Hobe y A. Reinisch (eds.). Baden-Baden: Nomos, 2012.

los derechos humanos inició en los ordenamientos domésticos. Así, las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, suelen estar incorporadas en los ordenamientos domésticos, sea como normas de origen doméstico con rango constitucional o como normas derivadas del derecho internacional, pero incorporadas al ordenamiento doméstico con rango constitucional.[620]

A la luz de estas consideraciones, el rol de los derechos humanos vía el derecho doméstico, estará limitado al grado de aplicación de este último. En efecto, cuando la controversia deriva enteramente de un tratado de inversión, el grado de aplicación será mucho menor que si la controversia derivara de un acuerdo celebrado entre el inversionista y el

[620] Tal es el caso peruano. La Constitución Política, adoptando el sistema monista, dispone en el artículo 55 (desarrollado en sentencias del Tribunal Constitucional Peruano recaídas en los expedientes n.° 0002-2009-PI/TC y 0047-2004-AI) que: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Por su parte, los tratados de derechos humanos, tienen una fuerza hermenéutica e integradora en el derecho nacional (desarrollada en sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en expediente n.° 0025-2005-PI/TC) y representada en el artículo 3 de la Constitución Política que dispone: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno» (función integradora) y la cuarta disposición transitoria final, que dispone: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú» (función hermenéutica). El rol de los tratados en materias de derechos humanos se ha ampliado a través de la doctrina del control de convencionalidad, que obliga a los Estados a interpretar su derecho propio de conformidad, no sólo al texto de los tratados de derechos humanos, sino también de la jurisprudencia del órgano jurisdiccional y supranacional que tiene a cargo su supervisión (en el caso latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Aunque esta teoría ha sido objeto de crítica (que compartimos) no es éste el lugar para pronunciarnos al respecto, baste señalar que diversos tribunales domésticos de orden constitucional han acogido plenamente la doctrina. *Cfr*. Ayala Corao, C. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México D.F.: Porrúa, 2013.

Estado regido por la ley doméstica. Luego, en aquellos casos donde el reclamo derive del tratado, pero involucre una vulneración a un acuerdo bajo derecho doméstico, el análisis final (de responsabilidad) siempre derivará del tratado; y, por ende, el impacto del derecho doméstico dependerá mucho de las circunstancias del caso concreto.

Las normas de derechos humanos *qua* normas de derecho doméstico podrían ser aplicadas hasta en dos escenarios hipotéticos: (i) a través de disposiciones del tratado que remitan directamente al derecho doméstico. *Supra* analizamos la disposición de legalidad de la inversión que siempre remite al derecho del Estado receptor de la inversión; y (ii) a través del alcance de los derechos conferidos mediante la inversión, tal es el caso del citado laudo en *Phillip Morris c/ Uruguay*.

Este análisis tiene relación directa con el posterior análisis de responsabilidad internacional de los Estados. Por ejemplo, en *CMS c/ Argentina*, el Estado alegó que la crisis económica en medio de la cual se adoptaron las medidas cuestionadas en el arbitraje, comprometió la garantía de goce y disfrute de diversos derechos humanos con rango constitucional y que, por ende, ningún tratado de inversiones (que no gozan de rango constitucional de conformidad al ordenamiento argentino) podía prevalecer sobre éstos. El tribunal arbitral desechó este argumento al no encontrar cuál sería la colisión con derechos de rango constitucional.[621]

En todo evento la aplicación directa de derechos humanos a través del derecho doméstico, es limitada. Lo es, temporalmente, si el tribunal tuviese que aplicar una disposición convencional sobre legalidad de la inversión. Aun analizando los alcances de los derechos que confieren las inversiones, los tribunales podrían verse ante un callejón sin salida al encontrar —como en el caso *CMS c/ Argentina* antes reseñado— que la invocación de los derechos del inversionista, puede ser leída como

[621] *Cfr. CMS Gas Transmission Company and The Republic of Argentina. Icsid Case* n.° ARB/1/18, *award*.

una vulneración del derecho a la propiedad (reconocido comúnmente como parte de los derechos fundamentales; y, por ende, de orden constitucional).

Así las cosas, la aplicación directa no representa mayores dificultades, una vez el tribunal arbitral determina que posee jurisdicción sobre reclamos en materia de derechos humanos. Luego, un tribunal que posee jurisdicción sobre reclamos en materia de derechos humanos, deberá aplicar éstos (directamente) a la controversia. Es decir, juzgar la legalidad de la conducta estatal sobre la base de dichas normas. Este juicio es independiente y, como tal, no afecta necesariamente el juicio que realice el tribunal arbitral sobre cualquier otra disposición convencional. Es decir, el tribunal arbitral puede determinar que el inversionista ha incumplido sus obligaciones en materia de derechos humanos (asumiendo que es competente para efectuar dicha declaración); y, a la vez, que el Estado ha infringido sus obligaciones de proveer un trato justo y equitativo al inversionista.

Siendo así, conviene ahora detenernos en las características de la aplicación indirecta de los derechos humanos.

5. Sobre la aplicación indirecta de los derechos humanos: El recurso a los derechos humanos en la interpretación de los tratados de inversión

La aplicación indirecta de derechos humanos permite a los tribunales arbitrales incorporar normas de derechos humanos en su razonamiento de, al menos, tres maneras: (i) para dilucidar cuestiones fácticas; (ii) como un ejercicio comparativo que permita identificar el significado de un término en el tratado de inversión correspondiente; y (iii) como un ejercicio de coordinación entre *regímene*s del derecho internacional que

reduzca las fricciones entre éstos.[622] Estos tres usos se enmarcan en la interpretación del tratado de inversión.

La interpretación juega un rol central en la resolución de controversias relativas a inversiones. Esto se debe, en gran medida, a la formulación amplia y muchas veces genérica de los estándares de protección recogidos en los tratados (ej., trato justo y equitativo, protección y seguridad plena, etc.). A su vez, esto significa que el texto de los tratados —aunque ofrece un punto de partida obligatorio en todo ejercicio hermenéutico—[623] no agota el objeto de la interpretación.

En ese sentido, recordemos que la regla de interpretación recogida en el artículo 31 y los medios de interpretación complementarios identificados en el artículo 32 de la CVDT, se adhieren a la doctrina de la interpretación objetiva, es decir, aquélla que tiene como punto de partida y de obligatoria referencia el texto del tratado.[624] No obstante, esto no significa que la intención de las partes (elemento cuya centralidad es indudable en la doctrina de la interpretación subjetiva) deba ser un elemento ausente. De hecho, el texto (tanto como los otros elementos contenidos la regla de interpretación de la CVDT), es un punto de partida, en tanto se asume que es la expresión de la intención de las partes.[625]

---

622 Hemos tomado esta categorización de J. Kurtz. *Cfr*. Kurtz, J. «Building legitimacy through interpretation in Investor-State Arbitration: On consistency, coherence and the identification of applicable law». En *The foundations of international investment law: Bringing theory into practice*. Douglas, Z. *et alii*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 280-281.

623 Como sostuvo el tribunal arbitral del caso *Wintershall c/ Argentina*: «El punto de partida de toda interpretación de un tratado consiste en desentrañar el significado del texto, no en realizar una investigación independiente sobre la intención de las partes a partir de otras fuentes». *Wintershall Aktiengesellschaft c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/04/14, laudo, párr. 78.

624 *Cfr*. Kolb, R.W. *The law…, cit*., p. 134.

625 Con acierto, el entonces juez de la CIJ, B. Torres Hernández, sostuvo en su voto disidente del caso *El Salvador c/ Honduras* que: «What constitutes the object and purpose of the interpretation process today is the elucidation of the intentions of the parties as expressed in the text of the treaty, presumed to be the authentic ex-

Así, la intención ha de desentrañarse de los múltiples elementos que se despliegan como *círculos concéntricos* en toda interpretación; desde el sentido ordinario de los términos, pasando por el objeto y fin del tratado y proyectándose hacia contexto del tratado.[626] En ese ejercicio interpretativo, los derechos humanos cumplen una función hermenéutica. La puerta de entrada a dicha función será la cláusula de ley aplicable que permita al tribunal aplicar normas de derechos humanos y la llave maestra será la regla de interpretación del artículo 31 de la CVDT. Veamos cómo los derechos humanos pueden servir a los fines de la interpretación de los TBI.

5.1. Referencias a derechos humanos en el preámbulo de los tratados de inversión

Las referencias a derechos humanos en el preámbulo de los tratados de inversión, deben leerse como expresión del objeto y fin del tratado y como parte del contexto relevante de éste, en consecuencia, como herramienta hermenéutica que permite interpretar adecuadamente las protecciones sustantivas recogidas en el mismo, valorando los múltiples intereses en juego.[627] Dicho de otro modo, la referencia debe utilizarse en el marco de una aplicación indirecta de las normas de derechos humanos.

---

pression of the intention of the parties. In this objective environment, the object and purpose of the interpretation is not the "words", but the "intentions" of the parties as reflected in the terms used in the text of the treaty. It is in this sense, and in this sense only, that the prevailing rules of treaty interpretation are based upon the textual approach». CIJ, *Land, island and maritime frontier dispute* (El Salvador-Honduras: Nicaragua Intervening). *Separate Opinion* Judge B. Torres Hernández, 1992, p. 718.

626 *Cfr*. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fragmentación del…, cit*., p. 268. Estos elementos adicionales pueden tener la virtualidad de desplazar o modificar el resultado de la interpretación basada exclusivamente en el sentido ordinario del texto interpretado. *Cfr*. ROMESH, J. *Treaty interpretation in investment arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 52.

627 *Cfr*. BALCERAK, F. *Investor-State Arbitration and Human Rights*. Leiden: Brill|Nijhoff, 2017, p. 155.

En efecto, si bien es pacífico afirmar que los TBI persiguen dos objetivos primarios; *i.e*., la protección y la promoción de las inversiones extranjeras,[628] no puede omitirse que la mayoría de preámbulos hace expresa referencia a términos como «cooperación económica»,[629] «prosperidad económica»,[630] «beneficio mutuo»,[631] «desarrollo sustentable»;[632] términos que están estrechamente ligados con la noción de derechos humanos.[633] En algunos casos, éstos se refieren expresamente a la pro-

---

628 *Cfr*. Salacuse, J.W. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 2nd ed., p. 124. De igual manera, *cfr*. Sacerdoti, G. «Bilateral…», *cit*., p. 307. En una formulación distinta, pero en el mismo sentido, Dolzer y Schreuer apuntan: «the purpose of investment treaties is to address the typical risks of a long-term investment project, and thereby to provide stability and predictability in the sense of an investment-friendly climate». Dolzer, R. y C. Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford Scholarship, 2012, 2nd ed., p. 22.

629 Por ejemplo, el *Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre promoción y protección recíproca de inversiones*, preámbulo, adoptado el 10 de noviembre de 1994; o el *Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République du Pérou sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, preámbulo, adoptado el 10 de octubre de 1993.

630 Por ejemplo, el *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Peru concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, preámbulo, adoptado el 6 de junio de 1994.

631 Por ejemplo, el *Convenio entre la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia sobre Promoción y Protección de Inversiones*, preámbulo, adoptado el 30 de julio de 1993.

632 Por ejemplo, el *Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments,* preámbulo, adoptado el 14 de noviembre de 1996.

633 En el marco de Naciones Unidas se ha afirmado que el derecho al desarrollo es un derecho humano. La declaración sobre el derecho al desarrollo dispone: «El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él». *Cfr*. Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración sobre el derecho al desarrollo. Res. n.° 41/128, 4 de diciembre de 1986.

moción de la salud, la seguridad, los derechos laborales y genéricamente a los derechos humanos.[634]

Notablemente, el muy reciente Texto Modelo del Tratado Bilateral de Inversiones de Ecuador dispone expresamente en su artículo 1 («Objetivos y Principios Especiales») que: «El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales relativos a esta materia en vigor entre las partes contratantes, constituye un elemento esencial del presente Convenio».[635]

En la medida de que estas referencias (que, en su mayoría, son referencias indirectas a derechos humanos) aparecen en el preámbulo de los tratados[636] —el cual suele ser utilizado para determinar el «objeto y fin» de los tratados—[637] y que el artículo 31 de la CVDT dispone *inter alia* que: «Un tratado debe de interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin»[638] y que «para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá [...] su preámbulo»,[639] podemos afirmar que aquéllos proveen una he-

---

634 Por ejemplo, *The Kingdom of Norway Model BIT* y *The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and The European Union*.

635 El autor tuvo acceso al Texto Modelo del Tratado Bilateral de Inversiones de Ecuador, aunque se trata de un documento que aún no es público.

636 Como ha señalado Richard K. Gardiner «[b]y stating the aims and objectives of a treaty, as preambles often do in general terms, they can help in identifying the object and purpose of the treaty». GARDINER, R.K. *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 2.ª edición, pp. 205-206.

637 *Ibidem*, p. 213. La práctica de la Corte Internacional de Justicia confirma este uso del preámbulo, por ejemplo, en el caso relativo al asilo político de Haya de La Torre, la Corte Internacional de Justicia en su interpretación del art. 2 de la Convención de La Habana utilizó el preámbulo de dicho tratado como manifestación de su objeto. *Cfr. Colombian-Peruvian asylum case*, *judgment.* November 20, 1950, *ICJ Reports 1950*, p. 282.

638 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *cit.*, art. 31(1).

639 *Ibidem*, art. 31 (2).

rramienta para interpretar adecuadamente el contenido concreto de las provisiones del tratado de inversión (aplicación indirecta).[640]

Esto parece reafirmado por la práctica arbitral. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *LG&E Energy c/ Argentina,* en referencia expresa al preámbulo del TBI Argentina-Estados Unidos, sostuvo:

> Al adoptar el Tratado Bilateral como un todo, resulta evidente que las partes deseaban «promover una mayor cooperación económica» y «estimular el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las partes». A la luz de esos objetivos, el tribunal debe concluir que, en este caso, la estabilidad del sistema legal es un elemento esencial del trato justo y equitativo, siempre y cuando no se presenten situaciones de peligro para la existencia misma del Estado receptor de la inversión.[641]

De igual modo, en el caso *Abel A Hamadi c/ Oman* el tribunal arbitral interpretó el estándar de trato justo y equitativo a la luz del objeto y fin del tratado de inversión. En la medida de que el preámbulo del tratado incluía una referencia al interés de las partes de fortalecer el desarrollo y ejecución de medidas medioambientales, el tribunal calificó dicha referencia como: «a further clear indication by the State parties

---

[640] La referencia a la «buena fe» y al «objeto y fin del tratado» en la regla general de interpretación recogida en el art. 31 de la Convención de Viena, refleja una de las manifestaciones del principio de efectividad o *ut res magis valeat quam pereat* en el derecho internacional. En esta manifestación, debe preferirse aquella interpretación del tratado que favorezca el objeto y fin de éste. *Cfr*. Gardiner, R.K. *Treaty …*, *cit*., p. 179.

[641] *LG&E Energy Corp c/ la República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006, párr. 124. De igual modo: *Saluka Investment BV vs. The Czech Republic*. Caso Uncitral, laudo parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 300. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia no ha sido ajena a esta práctica, por ejemplo, en *South West Africa (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa*), *preliminary objections, judgment of 21 December 1962, ICJ Reports 1962*, pp. 330-331; y *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, judgment of August 27, 1952*, *ICJ Reports 1952*, pp. 196-197.

that the Treaty is to be interpreted to give effect to the objectives of environmental protection and conservation».[642]

En efecto, una lectura adecuada de los TBI en su integridad, provee espacio a los tribunales arbitrales para incluir dentro de su análisis del caso, lo que J.W. Salacuse ha denominado *long-term goals of Investment Treaties,*[643] y que han sido utilizados como corolario para una lectura equilibrada de los intereses usualmente involucrados en un arbitraje de inversión.[644] Dicho de otro modo, estos objetivos podrían ofrecer la oportunidad de considerar las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos por su estrecha relación conceptual y práctica con aquéllos; por ejemplo, permitiendo una lectura razonable del respeto a las legítimas expectativas del inversionista.

No obstante, como ya señalamos, esta consideración normativa a los derechos humanos fundada en el preámbulo, no es ni podría ser, una aplicación directa de dicha norma, sino una indirecta. Esto, en tanto el uso de los preámbulos, como expresión del objeto y fin de los tratados, es únicamente un elemento interpretativo contextual, cuyo uso se en-

---

642 *Abel A Hamadi Al Tamimi vs. Sultanate of Oman, Icsid Case* n.° ARB/11/33, a*ward*, párr. 389.

643 *Cfr*. SALACUSE, J.W. *The Law…, cit*., pp. 129-130. También: *Amco Asia Corporation and other vs. Republic of Indonesia*. *Icsid Case* n.° ARB/81/1, *decision on jurisdiction*, párr. 389.

644 Por ejemplo, el tribunal arbitral del *Caso Lemire vs. Ukraine,* apuntó: «Economic development is an objective which must benefit all, primarily national citizens and companies, and secondarily foreign investors. Thus, the object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments *per se*, but as an aid to the development of the domestic economy. And local development requires that the preferential treatment of foreigners be balanced against the legitimate right of Ukraine to pass legislation and adopt measures for the protection of what as a sovereign it perceives to be its public interest». *Cfr*. *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine. Icsid Case* n.° ARB/06/18, *award on jurisdiction*, párr. 273; *Cfr*. KARAMANIAN, S.L. «Human rights dimensions of international law». En *Hierarchy in international law: The place of human rights*. De Wet, E. y J. Widmar (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 245.

marca en la aplicación integral de la regla de interpretación recogida en la CVDT.

Es decir, no se trata de una vía alternativa para hallar un significado distinto a las disposiciones del tratado,[645] ni para crear obligaciones a las partes distintas a las contenidas en el cuerpo del tratado de inversión.[646] Por ejemplo, en el caso *Bayindir c/ Pakistán*, el inversionista pretendió importar el estándar de trato justo y equitativo a través de una referencia a *fair and equitable treatment of investment is desirable* en el preámbulo del TBI Turquía-Pakistán. El tribunal determinó que la sola referencia a trato justo y equitativo en el preámbulo, no era suficiente para crear una obligación en ese sentido.[647]

En resumen, la regla general de interpretación de tratados recogida en el artículo 31 de la CVDT, reconoce la necesidad de no realizar una interpretación objetiva desprovista de referencia al «objeto y fin» y al contexto del tratado.[648] Sin embargo, el recurso al «objeto y fin» del TBI

---

645 *Cfr*. Gardiner, R. K. *Treaty* …, *cit*., p. 213.

646 *Cfr*. Mann, H. *International investment agreements, business and human rights: Key issues and opportunities*. International Institute for Sustainable Development, 2008, p. 10. Correctamente, el tribunal arbitral del caso *Société Générale c/ República Dominicana*, sostuvo: «The Tribunal is in no doubt of the importance of the preamble in matters of treaty interpretation [...] but, as the Claimant has argued, cannot add substantive requirements to the provisions of the Treaty. The Treaty articles and its preamble have different roles that should not be confused». *Société Générale (In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este S.A.) vs. The Dominican Republic. LCIA Case* n.° UN 7927, *award on preliminary objections to jurisdiction*, párr. 31.

647 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sayani vs. Islamic Republic of Pakistan*. *Icsid Case* n.° ARB/03/29, *award*, párr. 155.

648 Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado con acierto que la regla de interpretación conforme al sentido corriente de los términos del tratado: «[…] is not an absolute one. Where such a method of interpretation results in a meaning incompatible with the spirit, purpose and context of the clause or instrument in which the words are contained, no reliance can be validly placed on it». *Cfr*. *South West Africa, preliminary objections, judgment, ICJ Reports 1962*, p. 336.

no puede ser utilizado para permitir al tribunal renegociar el tratado a la luz de sus propias consideraciones.[649] Una interpretación que considere estos elementos está siempre enmarcada en el diseño y estructura integral del tratado.

Finalmente, no debemos olvidar que las reglas de interpretación recogidas en la CVDT no permiten una interpretación fundada únicamente en uno de sus elementos.[650] Por lo que cualquier importación a normas de derechos humanos a través del objeto y fin del tratado de inversión, debe desprenderse o validarse del recurso al resto de criterios de interpretación. Esta consideración justifica, en gran medida, que el *nomen iuris* del artículo 31 de la CVDT, sea el de «regla general», en la medida de que —utilizando el lenguaje empleado por el tribunal arbitral del caso *Aguas del Tunari c/ Bolivia*— propone una interpretación de *círculos concéntricos*, en la cual no se da preferencia a ninguno de los tres aspectos del método de interpretación.[651] En buena cuenta, el recurso a las referencias a derechos humanos recogidas en el preámbulo de los tratados, únicamente permite una aplicación indirecta de dichas normas.

---

649 *Cfr*. Wälde, T.W. «Interpreting Investment Treaties: Experiences and examples». En *International Investment…* Binder, C. *et alii* (eds.), *cit*., p. 758; Wells Sheffer, M. «Bilateral Investment Treaties: A friend or foe to human rights?». En *Denver Journal of International Law*, 2010, vol. 39, n.° 3, p. 503. Douglas ha señalado con acierto: «An investment tribunal as a judicial forum has no mandate to promote general policy of "greater economic cooperation" or to "stimulate the flow of private capital and the economic development of the [contracting] parties" or "maximize effective utilization of economic resources and improve living standards" to adopt the language of the preamble of the US Model BIT. The investment tribunals' mandate is nothing more and nothing less than the resolution of the concrete dispute between two or more litigants». Douglas, Z. *The International… Op. cit*., pp. 83-84.

650 *Cfr*. Gardiner, R.K. *Treaty* …, *cit*., p. 162.

651 *Cfr*. *Aguas del Tunari S.A. vs. Republic of Bolivia*, *decision on respondent's objections to jurisdiction*. *Icsid Case* n.° ARB/02/3, párr. 91.

5.2. Referencias a derechos humanos en la práctica subsecuente de los Estados

Los Estados pueden incluir referencias a derechos humanos en su práctica ulterior o en sus acuerdos ulteriores a la celebración del tratado de inversión. Estos actos tienen fuerza interpretativa; y, por ende, permiten desentrañar la voluntad original de las partes o evidenciar un nuevo entendimiento consensuado en relación al tratado.[652] En consecuencia, pueden contribuir a determinar el sentido corriente de un término[653] o a aclarar el objeto y fin de un tratado.[654]

En efecto, el artículo 31.3 de la CVDT dispone que, al interpretar un tratado, habrá de tenerse en cuenta:

> a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
> b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

Algunos tratados de inversión, inclusive, otorgan fuerza vinculante directa a sus acuerdos ulteriores en torno a la interpretación del tratado de inversión. Por ejemplo, el artículo 35.1 del TBI Canadá-Benin, dispone:

> A joint interpretation by the contracting parties of a provision of this agreement shall bind a tribunal established under this

---

652 Crema, L. «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention». En *Treaties and subsequent practice*. Nolte, G. (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 17.

653 Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. *Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*. Informe de Georg Nolte-relator especial, n.° A/CN.4/671, párr. 22.

654 *Ibidem*, párr. 27.

> chapter, and an award under this chapter must be consistent with that interpretation.[655]

Y el artículo 1131(2) del Tlcan, dispone: «[...] la interpretación de la Comisión sometida conforme al párrafo 1 será obligatoria para el tribunal».

Algunos tribunales han sostenido que la práctica o acuerdos subsecuentes en relación al tratado, únicamente son vinculantes cuando el tratado incluye una disposición como las citadas.

Por ejemplo, en *William Ralph Clayton y otros c/ Canadá*, el tribunal arbitral sostuvo que la Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio[656] era vinculante, en virtud del artículo antes citado del Tlcan y, como tal, excedía la función interpretativa de la CVDT.[657] Este razonamiento es errado. La distinción que realizó el tribunal arbitral de los efectos de la nota interpretativa, es ficticia y no se soporta en el texto de la CVDT. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior son vinculantes *per se*, no requieren de una formalidad adicional. El tribunal arbitral está obligado en virtud a la regla de interpretación a incorporar dichos

---

655 Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments.

656 *Cfr*. Comisión de Libre Comercio del Tlcan, nota interpretativa de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001, acápite B. La nota interpretativa es un ejemplo notable de un acuerdo subsecuente relativo a la interpretación del tratado. A través de ésta, la Comisión de Libre Comercio (competente para emitir pronunciamiento en materia de interpretación del Tlcan) clarificó que la referencia a «derecho internacional», en la cláusula de nivel mínimo de trato, alude al derecho internacional consuetudinario y que el estándar de trato justo y equitativo no requiere un trato adicional requerido por el derecho internacional consuetudinario.

657 *Cfr*. William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. and The Government of Canada. *PCA Case* n.° 2009-04, award on jurisdiction and liability, párr. 430.

acuerdos o dicha práctica en la interpretación del tratado cuando sea relevante.[658]

Ahora, para que tanto los acuerdos como la práctica subsecuente sean relevantes en aplicación de la CVDT, éstos deben estar referidos al tratado objeto de la interpretación,[659] deben ser emitidos por las partes

---

658 Adecuadamente, el tribunal arbitral del caso *Methanex c/ Estados Unidos de América*, sostuvo que la nota interpretativa era un acuerdo ulterior a los efectos del artículo 31(3)(a) de la CVDT; y, citando a la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, «an agreement as to the interpretation of a provision reached after the conclusion of the treaty represents an authentic interpretation by the parties which must be read into the treaty for purposes of its interpretation». *Methanex Corporation and United States of America. Nafta, final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Part II*, párr. 19.

659 En el caso *Caratube c/ Kazakhstan*, el tribunal arbitral entendió erróneamente que el contenido del TBI Kazakhstan-Estados Unidos de América, debía entender como un acuerdo subsecuente a los fines de la interpretación del Convenio Ciadi. *Cfr. Caratube International Oil Company LLP vs. Republic of Kazakhstan. Icsid Case* n.° Arb/08/12, *award*, párr. 333. Desde la perspectiva de la regla de interpretación de tratados, la premisa es errada, no sólo porque vulnera el carácter *res inter alios acta* de los tratados, sino porque desconoce el propio texto de la CVDT que se refiere a acuerdos ulteriores acerca de la interpretación «del tratado» o práctica ulterior en aplicación «del tratado», dejando fuera de su órbita de aplicación la conducta (incidental) de las partes en relación a otro tratado. Desde la perspectiva de los arbitrajes de inversión, la perspectiva es igualmente errada, porque desconoce que los requisitos del Convenio Ciadi son distintos y diferenciables de los requisitos bajo un tratado de inversión. Por su parte, en el caso *Canadian Cattlemen c/ Estados Unidos de América*, el tribunal arbitral sostuvo que la interpretación de Canadá, en otro arbitraje de inversión bajo el Tlcan (*SD Myers c/ Canadá*) era parte de la práctica ulterior de los Estados parte del Tlcan, en relación a la interpretación de este tratado. *Cfr. The Canadian Cattlemen for Fair Trade vs. United States of America.* Uncitral, *award on jurisdiction*, párrs. 186 y 188. A una conclusión distinta llegó el tribunal arbitral del caso *Telefónica c/ Argentina*; Argentina alegó que la interpretación que diera España a la cláusula de trato de la nación más favorecida del TBI Argentina-España, en un arbitraje distinto (*Maffezini c/ España*) era parte del acuerdo ulterior o práctica ulterior (no especificó cuál) de las partes en relación a la interpretación a dicha disposición. El tribunal arbitral rechazó que se tratase de un acuerdo (en la medida de que no se trataba de la voluntad concomitante de las partes

de dicho tratado[660] de manera conjunta[661] y deben tener por objeto la

---

en relación al punto en cuestión) y de una práctica (en la medida que el objeto de la postura adoptada por España, no habría sido la interpretación del tratado, sino su defensa en un arbitraje distinto). *Cfr. Telefónica S.A. and The Argentine Republic. Icsid Case* n.° ARB/03/20, *decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, párrs. 110-113.

660 Esto, de particular relevancia en los arbitrajes de inversión, pues a diferencia de una controversia interestatal clásica, las partes relevantes a los efectos de la interpretación (los Estados) son distintos de las partes en controversia (un Estado y un inversionista). *Cfr.* KOHEN, M.H. «Keeping subsequent agreements and practice in their right limits». En *Treaties and subsequent...* Nolte, G. (ed.), *cit.*, p. 45.

661 En el caso *HICC c/ Eslovaquia*, el tribunal arbitral rechazó que una nota interpretativa del tratado califique como un acuerdo subsecuente, en el sentido del artículo 31 de la CVDT, toda vez que se trataba de un documento unilateral. Como apuntó el tribunal: «The tribunal has doubts of its own as to whether article 31(2)(b) was intended to cover a document of this kind, composed as it was for purely internal purposes of the treaty approval process in The Netherlands. The tribunal finds it inherently unlikely that any such internal document would ever, on its own, qualify for attention under article 31(2)(b) in the absence of additional circumstances involving its communication by some reasonably formal means to the other contracting party (or parties)». *HICEE B.V. and The Slovak Republic. PCA Case* n.° 2009-11, *partial award*, párr. 134. En el caso *National Grid c/ Argentina*, el tribunal arbitral encontró evidencia suficiente que la práctica del Reino Unido en sus tratados de inversión recientes, era de excluir del uso de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de solución de controversias. No obstante, al no encontrar suficiente evidencia de que ésta también era la práctica de Argentina, concluyó que «el examen de la práctica seguida por los Estados parte del Tratado (Argentina-Reino Unido) con respecto a su intención común no es concluyente». *Cfr. National Grid PLC y República Argentina*. Cnudmi, decisión sobre competencia, párr. 85. En una línea distinta, el tribunal arbitral del caso *Plama c/ Bulgaria* apuntó que —como cuestión de principio— la práctica unilateral de los Estados podía tomarse en cuenta al interpretar un tratado de inversión. La afirmación no estuvo acompañada de una referencia a los artículos 31(3)(a) o 31(3)(b), por lo que sólo podemos suponer que el tribunal apoyaría su afirmación en el carácter flexible, y en el carácter no exhaustivo del inciso 3 del artículo 31 de la CVDT. *Cfr. Plama Consortium Limited and Republic of Bulgaria. Icsid Case* n.° ARB/03/4, *award*, párr. 195.

interpretación de éste[662] y no su modificación.[663]

Así las cosas, los Estados parte de un tratado de inversión, podrían valerse de un acuerdo o práctica subsecuente para incorporar referencias expresas a normas de derechos humanos en la interpretación del tratado de inversión.

En la sección anterior, identificamos diversas disposiciones convencionales que pueden conducir a la aplicación directa de normas de derechos humanos, pero que no suelen estar acompañadas de una referencia expresa a éstos. Por ejemplo, los Estados pueden incorporar una referencia expresa a las normas domésticas de derechos humanos como parte del requisito de legalidad de la inversión o una referencia expresa a las medidas en tutela de derechos humanos como parte de los términos de la cláusula de excepciones generales.

5.3. Aplicación del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

El artículo 31 (3)(c) de la CVDT dispone:

> Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta [...]

---

662 En el caso *Eastern Sugar c/ República Checa*, el tribunal arbitral interpretó la cláusula de ley aplicable (que dirigía al tribunal hacia la aplicación de diversas fuentes); y, en particular, el rol del derecho internacional, a partir de las minutas de una reunión sostenida entre los Estados parte en las que se aclaraba el entendimiento de las partes en relación a dichas cláusulas. *Cfr. Eastern Sugar B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*. *SCC Case* n.° 088/2004, *partial award*, párrs. 195-197.

663 Esto es particularmente relevante a los efectos de las consecuencias del acuerdo o práctica ulterior (una modificación no tendrá efectos retroactivos mientras una interpretación sí los tendrá), así como de la formalidad exigible a éstos de cara a su validez. *Cfr. ADF Group Inc. and United States of America*. *Case* n.° ARB (AF)/00/1, *award*, párr. 177. La diferenciación es también útil para evitar que los Estados pretendan utilizar un acuerdo ulterior «sobre interpretación» de manera abusiva para influenciar el resultado de un arbitraje en marchar.

c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

El artículo citado recoge el denominado «principio de integración sistemática», el cual es premisa para que las normas de derecho internacional no sean interpretadas en aislamiento del derecho internacional,[664] sino en relación con su entorno normativo.[665] En efecto, el artículo permite la importación de normas externas (que, para el caso de los arbitrajes de inversión, serán aquéllas que se encuentran fuera del tratado de inversión respectivo) incluidas las normas de derechos humanos.[666]

Para entender los alcances del artículo es necesario hacer una nota previa en relación a su origen. Se ha afirmado que el artículo nació producto del debate en torno a la cuestión específica del derecho intertemporal; esto es, de manera breve: si la interpretación y aplicación de un tratado tiene lugar en relación a otras normas de los derechos internacionales vigentes a la redacción del tratado o vigentes al momento de su aplicación.[667]

---

[664] MCLACHLAN, C. «The principle of system integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol. 54, p. 280.

[665] *Cfr*. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fragmentación del derecho internacional...*, *cit*., párr. 413.

[666] *Cfr*. SCHLEMMER-SCHULTE, S. «Fragmentation of international law: The case of international finance & investment law *vs.* human rights law». En *Global Business & Development Law Journal*, 2012, vol. 25, pp. 419-420.

[667] *Cfr*. GARDINER, R.K. *Treaty...*, *cit*., p. 289. La cuestión de intertemporalidad tiene su origen en el *dictum* del árbitro Max Huber en el caso *Islas de Palma*. Allí el árbitro analizó si el descubrimiento por España de las islas era título suficiente de adquisición de éstas o si, acorde con las exigencias sobrevinientes del derecho internacional, debía acreditar posesión de éstas. El árbitro Huber se adhirió a la segunda opción, para lo cual enunció la denominada cuestión de intertemporalidad del derecho: «A judicial fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time such a dispute in regard to it arises or falls to be settled [...] the existence of the right, in other words, its continued manifestation, shall follow the conditions required by evolution of the law». Islands of Palma Case (The Netherlands-USA), 1928.

Dejando fuera los detalles en relación al debate en torno a la cuestión del derecho intertemporal, lo relevante a efectos de este trabajo es que la cuestión revela dos puntos: (i) que las normas externas son relevantes en la interpretación de un tratado (de hecho, la discusión sobre el derecho intertemporal supone esta premisa) y que, (ii) cual sea el momento indicado para determinar qué normas deben tenerse en cuenta, dicha determinación debe extraerse de una indagación sobre la voluntad de las partes[668] (una formulación posible a dicha indagación es: ¿previeron las partes que el contenido del término podía evolucionar?).

En ese sentido, la jurisprudencia internacional muestra que, aunque hay una presunción *iuris tantum* en relación al principio de contemporaneidad —esto es, el tratado debe interpretarse con respecto al entorno normativo vigente al momento de su entrada en vigor para la parte correspondiente—[669] existen casos donde ha de preferirse una interpretación evolutiva.

La CDI ejemplifica estos casos: cuando un tratado utiliza términos genéricos (*ej*., trato justo y equitativo), cuando puede desprenderse del objeto y fin del tratado que las partes se han comprometido a un programa de desarrollo progresivo (*ej*., desarrollo sostenible), o cuando el tratado adopta formulaciones que no contengan una definición singular (*ej*., expropiación).[670]

A partir de lo expuesto, podemos afirmar que la racionalidad del principio de integración sistemática es doble: por un lado, interpretar el tratado en consideración a la voluntad de las partes; y, por otro lado,

---

668 Higgins, R. «Some observations on the Inter-Temporal Rule in international law». En *Themes and theories*. En *Themes and theories: Selected essays, speeches, writings in international law*. Higgins, R. (ed.). Oxford, 2009, p. 874.

669 D'Amato, A. «International law, intertemporal problems». En *Encyclopedia of Public International Law*, Bernhardt, R. (ed.), 1992, p. 1234.

670 *Cfr*. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. «Fragmentación ...», *cit*., párr. 478; Wälde, W. «Interpreting Investment Treaties…», *cit*., p. 748.

viabiliza la necesidad de tener en cuenta el entorno normativo de todo tratado. Como ha señalado con acierto la CDI:

> [...] si el objetivo del derecho internacional es, efectivamente, coordinar las relaciones entre los Estados, se deduce que las normas específicas deben interpretarse en relación con otras normas relativas a los mismos hechos de que se ocupa el tratado que se está interpretando.[671]

Así las cosas, Simma y Kill han identificado dos modos en los que la CIJ ha utilizado normas externas (que resultan igualmente aplicables al arbitraje de inversión): (i) para determinar el significado de un término contenido en el tratado. Particularmente, la CIJ se ha apoyado en la presunción de que cuando un tratado incluye términos genéricos, éstos deben interpretarse evolutivamente; y (ii) bajo la presunción de que un tratado produce efectos de conformidad con el derecho existente. En estos casos, el intérprete debe preferir la interpretación que sea más coherente con las normas externas.[672]

En ambos casos, la importación de normas de derechos humanos al arbitraje de inversión resulta útil. Los tratados de inversión están conformados por términos genéricos que pueden ser sujetos a una interpretación evolutiva, en la medida de que se trata de «[...] términos conocidos, cuyo contenido las partes previeron podían cambiar con el tiempo».[673] Notablemente, la referencia al estándar mínimo de trata-

---

671 *Ibudem,* párr. 416.

672 SIMMA, B. Y T. KILL. «Harmonizing investment protection and international human rights: First steps towards a methodology», p. 683.

673 *Declaración de la ex-jueza de la CIJ R. Higgins en Case Concerning Kasiliki/Sedudu Island* (*Botswana/Namibia*), 1999, p. 72. También, la CIJ en el caso de la *Plataforma Continental en el Mar Egeo,* interpretando el término «estatus territorial de Grecia» en un tratado internacional sostuvo que éste era un término genérico; y, por ende, debía interpretarse evolutivamente: «Once it is established that the expression "the territorial status of Greece" was used in Greece's instrument of accession as a generic term [...] the presumption necessarily arises that its meaning was intended to follow the evolution of the law and to correspond with the

miento bajo el derecho internacional puede considerarse un término genérico cuyo contenido debe ser determinado más allá de sus formulaciones clásicas.[674]

Ahora bien, a fin de que el artículo 31 (3)(c) sea aplicable, deberán verificarse los tres presupuestos normativos recogidos en su texto: (i) que la norma externa sea una «norma de derecho internacional»; (ii) que la norma externa sea pertinente; y (iii) que la norma externa sea aplicable en las relaciones entre las partes.

En relación al primer elemento, el artículo 31 (3) (c) no limita el alcance de las normas externas de derecho internacional, cubriendo cualquier norma de derecho internacional convencional que resulte aplicable a la relación entre las partes,[675] incluidas, las normas de derechos humanos.[676]

---

meaning attached to the expression by the law in force at any given time». Aegean Sea Continental Shelf (*Greece vs. Turkey*), *judgment*, párr. 77.

674 Diversos tribunales han interpretado que el estándar de trato mínimo bajo el derecho internacional debe ser interpretado evolutivamente. Por ejemplo, el tribunal del caso *Clayton/Bilcon c/ Canadá,* sostuvo: «The contemporary minimum international standard involves a more significant measure of protection». *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. vs. Government of Canada. PCA Case* n.° 2009-04, *award on jurisdiction and liability*, párr. 433.

675 Pawelyn, J. *Conflicts of norms in public international law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 254; Sinclair, I. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester: Manchester University Press, 1984, 2nd ed., p. 119. De ahí la elección de un término tan flexible como «forma de derecho internacional».

676 Balcerzak, F. *Investor-State Arbitration and Human Rights*. Leiden: Brill|Nijhoff, 2017, p. 157. También están incluídas aquellas normas de derechos humanos que tienen el carácter de derecho internacional consuetudinario y normas *ius cogens*. No obstante, su virtualidad práctica es menor tanto por la dificultad en su identificación como por su carácter aún reducido (ciertamente dejando fuera las normas de derechos ecónomicos, sociales y culturales que son más proclives a ser utilizadas en las disputas de inversión).

En relación al segundo elemento, la pertinencia de la norma se ha definido usualmente como la identidad en relación a la materia entre ésta y el tratado objeto de interpretación.[677] No obstante, una aplicación restrictiva de dicha identidad contradice el uso del calificativo flexible «pertinente».[678]

Por ende, es más apropiado concluir que «casi cualquier norma de derecho internacional será «pertinente» al ser considerada con el grado de abstracción apropiado. Si este grado de abstracción es alto, menor será el impacto de la norma en la interpretación del tratado. Si, en cambio, la norma ofrece una guía adecuada para la determinación del significado de los términos del tratado [...] es apropiado que dicha norma juegue un rol mayor en la interpretación».[679] En relación al tercer elemento, en el caso de los arbitrajes de inversión, debe considerarse que el término «partes» se refiere a los Estados parte del tratado de inversión correspondiente.[680] En consecuencia, aplicando estos tres elementos a la situación que analizamos, las normas de derechos humanos son potencialmente objeto de importación a través del artículo 31(3)(c) de la CVDT.

Esta conclusión se ve reforzada por el Preámbulo de la CVDT, que recoge una regla de derecho internacional consuetudinario, de confor-

---

677 *Cfr*. GARDINER, R.K. *Treaty*..., *cit*., p. 300.

678 *Cfr*. MERKOURIS, P. *Article 31(3)(c) of the VCLT and the principle of systemic integration*. Leiden: Brill|Nijhoff, 2015, p. 22.

679 *Cfr*. SIMMA. B. y T. KILL. «Harmonizing investment protection...», *cit*., p. 696. [Traducción del autor].

680 *Ibidem*, p. 700. Resta la dificultad de determinar qué debe entenderse por «partes», en el caso de los tratados multilaterales (*ej.,* el Tlcan). En efecto, como ha evidenciado la CDI, si se requiriese estricta identidad de partes entre las partes del tratado de inversión y las partes de la norma convencional externa, el principio de integración sistemática sería muy raramente aplicable. Coincidimos con la CDI en que, en esos casos: «Mejor solución es permitir la remisión a otro tratado siempre que las partes en la controversia sean también partes en el otro tratado». *Cfr*. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. «Fragmentación del derecho internacional...», *cit*., párr. 472.

midad a la cual los tratados deben interpretarse de buena fe y en «respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades».

Sin perjuicio de lo señalado, debemos apuntar que la aplicación del principio de integración sistemática está circunscrita a la interpretación de tratados; en consecuencia, el rol protagónico lo retiene la disposición convencional objeto de interpretación, sin que la norma externa pueda modificar o derogar aquélla.[681] Dicho de otro modo, la norma externa no es importada en relación a las partes (es decir, a su conducta o a su relación jurídica), sino en relación a disposición particular del tratado de inversión objeto de interpretación.

Bajo estas consideraciones, es relevante notar que el principio de integración sistemática ya ha sido utilizado por algunos tribunales arbitrales, aunque no siempre expresamente. Por ejemplo, en *Ion Micula c/ Rumanía,* el Estado sostuvo que los demandantes no cumplían con el requisito de nacionalidad (*ratione personae)* del tratado de inversión, pues su nacionalidad efectiva y continua no era la nacionalidad sueca sino rumana. Al avanzar este argumento, el Estado invocó normas de derecho internacional (externas al tratado) en materia de nacionalidad. El tribunal arbitral al analizar la objeción sostuvo «El tribunal es de la opinión de que al interpretar un TBI; *i.e*., un instrumento entre dos Estados soberanos, debe tener en consideración, en virtud al artículo 31 (3)(c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, toda forma pertinente de derecho internacional».[682]

Posteriormente, en su decisión sobre el fondo de la controversia, el tribunal volvió a recurrir a normas externas, esta vez a otros tratados

---

[681] *Cfr*. Simma, B. «Foreign investment arbitration: A place for human rights». En *International and comparative law quarterly*, 2011, vol. 60, p. 584.

[682] [Traducción nuestra] *Ion Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. vs. Romania. Icsid Case* n.° ARB/05/20, *decision on jurisdiction and admissibility*, párr. 87.

adoptados en el marco de la Comunidad Europea; justificando así dicho recurso:

> [...] el tribunal interpretará cada uno de los tratados aplicables teniendo en debida consideración otros tratados aplicables, asumiendo que las partes celebraron dichos tratados con pleno conocimiento de sus obligaciones jurídicas bajo todos estos tratados. En otras palabras, no hay razón para asumir que Suecia y Rumanía tenían la intención de derogar sus obligaciones bajo cualquiera de los tratados aplicables al momento de su celebración y el tribunal debe interpretar cada tratado —en particular, el TBI— de acuerdo a la intención de las partes.[683]

En *Berschader c/ Rusia*, las partes discrepaban en torno al derecho aplicable a la determinación de jurisdicción del tribunal arbitral. Conforme al demandado, la jurisdicción debía establecerse en función al tratado de inversión, el derecho doméstico ruso y los principios de derecho internacional.

Por su parte, el demandante argumentó que únicamente el tratado y el derecho internacional eran aplicables a la cuestión de jurisdicción (excluyendo cualquier rol del derecho doméstico). El tribunal sostuvo como cuestión de principio que: «la fuente principal de derecho aplicable a la cuestión sobre la jurisdicción del tribunal deben ser las disposiciones del Tratado. En la medida de que los términos del Tratado sean obscuros o requieran interpretación o complementación, la Convención de Viena requiere que el Tribunal considere «toda forma pertinente de derecho internacional aplicable entre las partes».[684] La afirmación no es clara. Como ya hemos señalado, la regla de interpretación del artículo 31 de la CVDT es indivisible en su aplicación. La interpretación es una

---

683 [Traducción nuestra] *Ion Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. vs. Romania. Icsid Case* n.° ARB/05/20, *award*, párr. 326.

684 [Traducción nuestra] *Vladimir Berschader and Moise Berschader vs. The Russian Federation. SCC Case* n.° 080/2004, *award*, párr. 95.

operación de círculos concéntricos; y, por ende, el principio de integración sistemática no está relegado a escenarios donde sea necesario complementar la interpretación de un término obscuro.

En el citado caso *Urbaser c/ Argentina*, el tribunal arbitral analizando la conducta de los inversionistas, sostuvo luego de referirse expresamente al artículo 31(3)(c), que:

> El TBI no puede interpretarse y aplicarse de manera aislada. El tribunal debe tener claramente presente el objetivo especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas relevantes de derecho internacional. El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquéllas relativas a los derechos humanos.[685]

En *Saluka c/ República Checa*, el tribunal arbitral al interpretar la cláusula expropiatoria del tratado de inversión apuntó:

> El Tribunal reconoce que el artículo 5 del Tratado está redactado en términos muy amplios y no contiene una excepción al ejercicio de facultades regulatorias. Sin embargo, al usar el concepto de privación, el artículo 5 importa en el Tratado la noción de derecho internacional consuetudinario en función a la cual la privación puede ser justificada si resulta del ejercicio de facultades regulatorias orientadas al bienestar público. Al interpretar un tratado, debe tenerse en consideración «cualquier forma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes».[686]

En buena cuenta, el tribunal importó la doctrina de poderes de policía a un tratado en el cual no se hacía mención a ésta. Consideramos que este uso del principio de integración sistemática es errado, en

---

685 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia..., cit.*, párr. 1200.

686 *Saluka Investments B.V…*, *cit.*, párr. 254.

tanto excede su uso interpretativo y, en cambio, modifica sustancialmente una disposición convencional. El tribunal arbitral importó una norma de (aparente) derecho internacional consuetudinario sin ofrecer una explicación satisfactoria; más aún cuando el texto de la cláusula de expropiación puede leerse como excluyendo la aplicación de la doctrina de poderes de policía.[687] El tribunal arbitral debió analizar en principio el texto de tratado y, como lo hiciera el tribunal arbitral del caso *Bear Creek c/ Perú*,[688] analizar si la estructura del tratado excluía la aplicación de la doctrina de poderes de policía. En todo sentido, la invocación al principio de integración sistemática excedió su alcance material.

En *Ambiente c/ Argentina*, el tribunal arbitral al interpretar los alcances del requisito de someter la controversia a las cortes domésticas, antes de iniciar un arbitraje de inversión contenido en el TBI Argentina-Italia, sostuvo que era aplicable a éste la regla de futilidad en la exigencia de agotamiento de recursos internos derivada del derecho internacional consuetudinario de la protección diplomática. En otras palabras, el tribunal arbitral sostuvo que la disposición del tratado de inversión era equivalente al *corpus iuris* de protección diplomática bajo el derecho internacional consuetudinario. Al realizar esta afirmación, el tribunal argumentó expresamente la aplicación del principio de integración sistemática.[689]

---

[687] El TBI Países Bajos-República Checa incluye como requisitos de legalidad de la expropiación que ésta se adopte en atención al bienestar público y que sea acompañada del pago de una compensación justa. En el capítulo anterior, nos referirmos a la incoherencia de aplicar la doctrina de poderes de policía frente a disposiciones de este tipo.

[688] *Bear Creek Mining…, cit.*, párr. 473.

[689] *Ambiente Ufficio S.p.A. and others and the Argentina Republic. Icsid Case* n.° ARB/08/9, *decision on jurisdiction and admissibility*, párrs. 600-603. El tribunal arbitral realizó un ejercicio comparativo del contenido y funciones de la cláusula convencional y de la exigencia de agotamiento de recursos internos bajo el derecho internacional consuetudinario, a fin de arribar a su conclusión. La decisión fue criticada por el coárbitro, quien sostuvo que la aplicación de la protección diplomática estaba excluida desde iniciada la controversia por mandato del artículo 27 del Convenio Ciadi y toda vez que la regla de futilidad había sido extraída de

En *RosInvest c/ Rusia*, el tribunal arbitral al analizar la invocación a tratados en materia de derechos humanos, sostuvo que el requisito del artículo 31(3)(c) referido a que las formas de derecho internacional deben ser aplicables a las relaciones entre las partes, «debe tomarse como referencia a normas de derecho internacional que condicionen el ejercicio de los derechos y obligaciones específicas del tratado —o de lo contrario equivaldría a una licencia para modificar los términos del tratado— lo que sería incompatible con el espíritu de la Convención de Viena como un todo».[690] En otras palabras, el tribunal arbitral enunció que el principio de integración sistemática cumple un rol hermenéutico.

Por su parte, el Comité de Anulación en *Tulip c/ Turquía,* abordó el uso de normas de derechos humanos y decisiones de tribunales de derechos humanos. Legitimando el uso de éstas por parte del tribunal arbitral, el Comité de Anulación se refirió expresamente al artículo 31(3)(c), cuyo contenido se extiende a «todas las fuentes de derecho internacional»,[691] en virtud al cual las referencias a derechos humanos, por parte del tribunal eran legítimas al «no añadir obligaciones externas al Convenio Ciadi. En cambio, aplicar dichas fuentes derivadas del campo de los derechos humanos es un método legítimo de interpretación de tratados».[692]

---

un texto que no constituía una norma de derecho internacional vinculante a las partes. *Cfr. Ambiente Ufficio S.p.A. and others and the Argentina Republic*, *Icsid Case* n.° ARB/08/9, *dissenting opinion of Santiago Torres Bernárdez*, párrs. 384-386.

690 *RosInvestCo. UK Ltd. and The Russian Federation. SCC Case* n.° V 079/2005, *award on jurisdiction*, párr. 39.

691 *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. vs. Republic of Turkey. Icsid Case* n.° ARB/11/28, *decision on annulment*, párr. 87.

692 *Ibidem*, párr. 92.

6. LA APLICACIÓN INDIRECTA DE DERECHOS HUMANOS EN LA PRÁCTICA

Como ya señalamos, la aplicación directa de derechos humanos a controversias de inversiones no representa mayores problemas en la práctica. En cambio, la aplicación indirecta depende de las disposiciones del tratado de inversión que se pretenda interpretar; en la medida de que el rol protagónico en la aplicación indirecta lo retiene la disposición convencional y no la norma de derechos humanos. En ese sentido, analizaremos en esta sección las particularidades de la aplicación indirecta de derechos humanos a la interpretación de dos disposiciones centrales en los tratados de inversión: el estándar de trato justo y equitativo y la cláusula de expropiación; así como al análisis de la compensación debida frente a vulneraciones a los tratados de inversión.

Vamos a excluir del análisis a aquellos supuestos en los que los tribunales arbitrales utilizan la jurisprudencia en materia de derechos humanos para reforzar el contenido de situaciones concretas de vulneración a los tratados de inversión. La razón de ello es que, consideramos, dichos escenarios tienen lugar en el marco de un diálogo jurisprudencial. Es decir, en el uso de elementos del razonamiento de otros tribunales en la interpretación del derecho internacional.[693] Dicha práctica es tan extendida y aceptada, que raramente suele justificarse en la regla de interpretación de tratados.[694] En ese sentido, estos escenarios no suelen estar sujetos ni a la controversia ni a las dificultades que derivan de una auténtica aplicación indirecta de normas de derechos humanos en los arbitrajes de inversión.

---

693 *Cfr*. VADI, V. *Public health in international investment law and arbitration*. Oxfordshire: Taylor & Francis Group, 2013, p. 181.

694 *Cfr*. GARDINER, R.K. *Treaty...*, *cit*., p. 323. Por ejemplo, en la práctica arbitral de inversiones el diálogo jurisprudencial ha sido muy utilizado para analizar alegaciones de vulneración al debido proceso ligadas a vulneraciones al trato justo y equitativo. En dichos escenarios, los tribunales arbitrales han recurrido constantemente a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para reforzar su análisis.

6.1. El caso del trato justo y equitativo

La formulación del trato justo y equitativo no es uniforme. Algunos tratados de inversión se refieren al trato justo y equitativo en referencia al estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional (lo que se ha denominado, una formulación condicionada del estándar).[695] Otros instrumentos se refieren al trato justo y equitativo de manera independiente (lo que se ha denominado, una formulación autónoma del estándar).[696] En todo evento, la distinción es insustancial en relación a la aplicación indirecta de los derechos humanos, pues, como veremos, en ambos casos éstos pueden servir para interpretar los alcances del trato justo y equitativo.

Debemos antes señalar que la redacción de la cláusula de trato justo y equitativo, no permite obtener una respuesta clara a partir de la interpretación textual (que es el primer paso de la regla de interpretación recogida en la CVDT).

En efecto, el significado de los términos «justo» y «equitativo» no arroja una regla abstracta de aplicación inequívoca a toda circunstancia. En la medida de que lo «justo» y «equitativo», sólo puede ser determinado en el caso concreto, parece correcto asumir que la cláusula impone un deber de justicia para con el inversionista cuya determinación dependerá de las circunstancias particulares del caso.[697] Esta postura, que supera el debate sobre la relación entre la cláusula de trato justo y

---

695 Por ejemplo, el TLC Perú-Estados dispone en su artículo 10.5 que: «Cada parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo».

696 Por ejemplo, el TBI Perú-Holanda dispone en su artículo 3, que: «Each contracting party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of nationals of the other contracting party».

697 En términos similares, el tribunal arbitral del caso *Mondev c/ Estados Unidos,* sostuvo: «[...] a judgement of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case». *Mondev International Ltd. vs. United States of America. Icsid Case* n.° ARB(AF)/99/2, *final award*, párr. 118.

equitativo y el estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario, ha sido adoptada por algunos tribunales arbitrales. Por ejemplo, en *Swisslion vs. la República de Macedonia*, el tribunal sostuvo: «[...] the standard basically ensures that the foreign investor is not unjustly treated, with due regard to all surrounding circumstances, and that it is a means to guarantee justice to foreign investors».[698]

Ahora bien, en esa determinación casuística del contenido de la cláusula de trato justo y equitativo, se han identificado determinadas circunstancias típicas o «sub-elementos»,[699] que se encontrarían comúnmente cubiertos por la cláusula. Notablemente, se ha sostenido que el trato justo y equitativo encompasa una protección a las legítimas expectativas del inversionista;[700] es decir, a aquello que el inversionista puede esperar legítimamente y razonablemente del Estado, dadas las circunstancias del caso.[701]

La «legitimidad» de las expectativas dependerá de la fuente de éstas. Es decir, si las expectativas del inversionista derivan de un compromiso específico del Estado o del marco regulatorio en general[702] (un análisis de esto en Potestá). Luego, deberá determinarse si la legítima expectati-

---

698 *Swisslion DOO Skopje vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia. Icsid Case* n.° ARB/09/16, *award*, párr. 273.

699 *Cfr*. KLAGER, R. «Fair and Equitable Treatment and Sustainable Development». En *Sustainable Development in World Investment Law.* Cordonier, S. *et al*. La Haya: Wölters Kluwer, 2011, p. 246.

700 El tribunal arbitral del caso *Saluka c/ República Checa,* señaló: «El estándar de "trato justo y equitativo" está estrechamente ligado a la noción de legítimas expectativas, que es un elemento dominante del estándar». *Saluka Investments B.V.*..., *cit*., párr. 291. [Traducción del autor].

701 DUPY, F. y P. DUPUY. «What to expect from legitimate expectations? A critical appraisal and look into the future of the «legitimate expectations. Doctrine in International Investment Law». En *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*. Abdel, M. Raouf *et. al.* (eds.). La Haya: Kluwer Law International, p. 275.

702 Un análisis detallado de estas fuentes: POTESTÁ, M. «Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and limits of a controversial concept». En *Icsid Review*, 2013, vol. 28.

va invocada resulta razonable. Esta razonabilidad debe determinarse en relación a los estándares aceptados por la sociedad en su conjunto o los estándares profesionales de una industria en particular.[703]

De particular relevancia, resultan las condiciones socioeconómicas, culturales e históricas del Estado receptor de la inversión. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Duke Energy c/ Ecuador*, sostuvo:

> Para que puedan gozar de protección, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión. Para evaluar esa razonabilidad o legitimidad, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias incluyendo no sólo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor."[704]

Así las cosas, consideramos que en ese marco de análisis de las circunstancias particulares del Estado pueden incorporarse los alcances de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales y que los inversionistas deben esperar que los Estados incorporen razonablemente en su marco regulatorio.[705] Es notable que en determinados sectores regulados las obligaciones en materia de derechos humanos sean más suceptibles de incidir; y, por ende, su cumplimiento discrecional y razonable debe considerarse como parte del riesgo de la inversión.

Por ejemplo, en el caso *Glamis Gold c/ Estados Unidos de América,* el tribunal arbitral, al analizar las legítimas expectativas del inversionista en relación a sus inversiones en minería, señaló:

---

[703] Dupy. F. y P. Dupuy. *What to expect...*, *cit*., p. 275.

[704] *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. (Duke) c/ República del Ecuador.* Caso Ciadi n.° ARB/04/19, laudo, párr. 340.

[705] Shore, L. y L. Tan. «Investment Treaty Tribunals, human rights and international law». En Rovine, A.W. *Contemporary issues in international arbitration and mediation: The Fordham Papers*, 2014, vol. 8, p. 55.

> Claimant was operating in a climate that was becoming more and more sensitive to the environmental consequences of open-pit mining.[706]

Más aún, si el ordenamiento doméstico otorga la facultad discrecional a la administración pública para incidir sobre determinados actos administrativos en tutela de derechos humanos, la expectativa del inversionista estará fuera de la tutela del tratado de inversión.[707]

Claro está que el solo hecho de que el fin en el que se ampare la medida estatal sea razonable a la luz de normas en materia de derechos humanos, no agota la discusión. La razonabilidad de una expectativa va más allá del «carácter formal» de la medida estatal cuestionada.[708] Esto es, la invocación a un propósito derivado de una obligación en materia de derechos humanos no blinda a una medida de los cuestionamientos a su razonabilidad.

De igual forma, la razonabilidad de la legítima expectativa debe determinarse en función a la diligencia del inversionista. Es decir, al inversionista le es exigible un estándar de diligencia que alcance no sólo la regulación genérica aplicable a las inversiones extranjeras, sino todo el marco regulatorio del Estado (lo que incluye, como ya señalamos, sus obligaciones en materia de derechos humanos), incluidos los posibles cambios que razonablemente pueden preverse al efectuar la inversión.[709] Esto ha llevado a propuestas más concretas, por ejemplo: el profesor Simma, en un trabajo seminal sobre la materia, ha propuesto que el Estado y el inversionista conduzcan una *due diligence* en materia de dere-

---

706 *Glamis Gold Ltd. vs. United States of America*. Uncitral, *award*, párr. 767.

707 *Cfr*. Snodgrass, E. «Protecting investor's legitimate expectations: Recognizing and delimiting a general principle». En *Icsid Review*, 2006, vol. 21, n.° 1, p. 41.

708 *Ibidem*, pp. 41-42.

709 *Cfr*. Viñuales, Jorge E. «Investor diligence in investment arbitration: Sources and arguments». En *Icsid Review*, vol. 32, 2017, n.° 2, p. 362.

chos humanos (*human rights audit*), que permita delimitar las legítimas expectativas del inversionista desde un inicio de la inversión.[710]

En todo caso, es de notar que en la jurisprudencia arbitral viene desarrollándose la noción de diligencia del inversionista como parte del análisis de razonabilidad de las legítimas expectativas. Como señaló el tribunal arbitral del caso *Metalpar c/ Argentina*, luego de concluir en que los inversionistas tenían experiencia comercial en Argentina, «el Tribunal considera improbable que ellas legítimamente esperaran que sus inversiones no fueran a estar sujetas a los vaivenes del país en el que las hicieron o que la crisis que ya entonces podían prever no generaría la necesidad de promulgar medidas legales para paliarla».[711] De igual modo, en el caso *Unglaube c/ Costa Rica,* el tribunal arbitral sostuvo: «En su calidad de inversores experimentados e inteligentes, los demandantes debieron, por supuesto, como parte de su diligencia debida, familiarizarse con el derecho y los procedimientos de Costa Rica».[712]

En todo evento, la incorporación de normas de derechos humanos, a fin de interpretar los alcances de las legítimas expectativas, debe guardar armonía con el tratado de inversión. Como hemos abundado en este capítulo, la regla de interpretación de la CVDT es la llave maestra a la aplicación indirecta de derechos humanos. Por ejemplo, en *Al Tamimi c/ Oman*, el tribunal arbitral, al referirse a las legítimas expectativas, subrayó que para las partes del tratado de inversión la relevancia de la protección a la capacidad regulatoria de éstas en la adopción de medidas de tutela del medio ambiente era clara y, por ende, limitaba el contenido de las legítimas expectativas.[713]

---

[710] *Cfr*. Simma, B. «Foreign investment arbitration...», *cit*.

[711] *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. y República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/03/5, laudo sobre el fondo, párr. 187.

[712] *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c/ Costa Rica*. Caso Ciadi n.° ARB/08/1, laudo, párr. 258.

[713] *Adel A Hamadi al Tamimi and Sultinate of Oman*. *Icsid Case* n.° ARB/11/33, *award*, párrs. 382-390.

Finalmente, las consideraciones de derechos humanos aplicadas a las legítimas expectativas conducen indefectiblemente a un ejercicio de *balancing* entre la interferencia estatal y la protección al inversionista, donde siempre que la primera sea razonable y proporcional al fin perseguido. Podríamos concluir en que no existe una vulneración a las legítimas expectativas. Volveremos sobre este último punto del razonamiento en la sección siguiente.

Sin perjuicio de lo anterior, determinados tratados sí se remiten expresamente al trato mínimo bajo el derecho internacional consuetudinario, al referirse al trato justo y equitativo. En estos supuestos, consideramos que también pueden incorporarse normas de derechos humanos. Las normas de derechos humanos, como expusimos en el primer capítulo, han acompañado la tutela de las personas extranjeras qua individuos a lo largo del desarrollo del derecho internacional.

El profesor García-Amador, en su Segundo Reporte sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, vinculó el estándar mínimo de trato con el respeto por los derechos humanos. De conformidad al artículo 5 de su codificación, los Estados se hallaban obligados a garantizar a los extranjeros el respeto por sus derechos civiles que, a su vez, debían entenderse como aquéllos reconocidos por los instrumentos internacionales contemporáneos.[714] Esto guarda armonía con la jurisprudencia internacional de la época que extendía el estándar mínimo a casos de protección física de extranjeros y observancia del ordenamiento jurídico doméstico. Sin embargo, es de notar que en estos casos la aplicación se encuentra limitada a los derechos civiles y políticos del inversionista. La extensión a los derechos económicos del inversionista puede sostenerse desde una interpretación del estandar consuetudinario como vigente en nuestros días, es decir, una lectura que no sea estática, sino que considere que el derecho internacional consuetudinario de las inversiones ha evolucionado acorde a las nuevas realidades económicas.

[714] GARCÍA-AMADOR, V. «State Responsibility». *Document* n.° A/CN.4/106, *ILC Yearbook* (1957 II), pp. 112-116.

6.2. El caso de la cláusula de expropiación

En el Capítulo II de esta obra nos referimos extensivamente a los problemas actuales en la aplicación de la cláusula de expropiación. No reiteraremos dicha argumentación, basta recordar que la práctica convencional de los Estados y la jurisprudencia arbitral no han delimitado con claridad cuándo se configura un supuesto de expropiación compensable y cuándo uno de expropiación no compensable derivado de la aplicación de la doctrina de poderes de policía. En términos prácticos, esto significa que las partes de un arbitraje de inversión enfrentan siempre la posibilidad de que un tribunal aplique la doctrina de poderes de policía.

Esto es relevante a nuestro objeto de estudio, toda vez que la distinción entre una medida expropiatoria compensable y una no compensable, está en el rol determinante del fin de la medida. Un tribunal arbitral que acoja la doctrina de poderes de policía como parte de su razonamiento, dedicará (si pretende sostener un razonamiento coherente) un análisis considerable al fin de la medida[715] y a cómo dicho fin interactúa con el derecho de propiedad del inversionista. En ese sentido, una medida adoptada legítimamente por el Estado para tutelar derechos humanos, difícilmente sería considerada como una medida expropiatoria compensable[716] (bajo la aplicación de la doctrina de poderes de policía).

No obstante ello, la práctica arbitral suele enunciar los fines de las medidas regulatorias de manera genérica (*ej.*, salud, medioambiente, etc.) y muy raramente se ha referido expresamente a obligaciones in-

---

[715] Debemos hacer notar que el fin resultará también relevante para determinar la legalidad de una expropiación directa, en la medida de que los tratados de inversión disponen que para ser legal el acto expropiatorio debe ser adoptado en tutela de un interés público.

[716] *Cfr*. Radit, Y. «Realizing human rights in investment treaty arbitration: A perspective from within the international investment law toolbox». En *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. xxxvii, p. 1183.

ternacionales en materias de derechos humanos[717] o se ha detenido a determinar su verdadero carácter. Esta práctica no es correcta. Como también señalamos en relación al trato justo y equitativo, el «carácter formal» de una medida (esto es, la manera cómo la medida se presenta) no agota la discusión sobre si ésta puede considerarse una medida legítima.

Como apuntó el tribunal arbitral del caso *ADC c/ Hungría,*

> [...] a treaty requirement for *public interest* requires some genuine interest of the public. If mere reference to *public interest* can magically put such interest into existence and, therefore, satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless.[718]

En ese sentido, la correcta incorporación de normas de derechos humanos puede conducir a un análisis más adecuado del carácter de la medida.

Como señalamos, en relación al trato justo y equitativo, la invocación a normas de derechos humanos para sustentar el carácter y fin legítimo de la medida, se debe lograr a través de la regla de interpretación de tratados. No cabe duda de que, en estos casos, una lectura de cuándo estamos frente a una medida regulatoria legítima, podrá nutrirse de las normas externas importadas a través del artículo 31(3)(c) de la CVDT.

Finalmente, al igual que en el caso anterior, en el supuesto de aplicación indirecta de normas de derechos humanos a la cláusula de expropiación, la consideración del carácter y fin de la medida estatal, no agota el razonamiento. Será necesario analizar la razonabilidad en la adopción de la medida en contraposición a la afectación producida a la propiedad

---

[717] *Cfr*. KUBE, V. y E.U. PETERSMANN. «Human rights law in international investment arbitration». En *AJWH*, 2016, vol. 11, n.° 1, p. 81.

[718] *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited vs. The Republic of Hungary. Icsid Case* n.° ARB/03/16, *award*, párr. 432.

del inversionista. Volveremos sobre este último punto del razonamiento en la sección siguiente.

6.3. El caso de la compensación

Por otro lado, en el análisis de la responsabilidad internacional del Estado por vulneraciones al tratado de inversión, la conducta del inversionista puede tener un impacto sobre la compensación que le sea debida. Esta conducta puede estar ligada, como hemos explicado antes, al cumplimiento de normas en materia de derechos humanos. Como también hemos mencionado, algunos tratados de inversión recogen obligaciones expresas de titularidad de los inversionistas que están conectadas con estándares de comportamiento en materia de derechos humanos.

Así, si luego de considerar que la conducta del inversionista infringió dichas obligaciones en materia de derechos humanos o si —en ausencia de una formulación expresa de éstas en el tratado de inversión— su conducta contribuyó al daño generado o justificó la adopción de medidas estatales, el tribunal arbitral puede reducir proporcionalmente la compensación.[719] Dicha reducción suele operar bajo el principio de culpa concurrente del inversionista, un principio reconocido en diversos ordenamientos jurídicos domésticos y en el derecho internacional de la responsabildiad internacional de los Estados;[720] que puede ser importado *qua* derecho aplicable a la controversia.

---

[719] *Cfr*. Knoll-Tudor, I. «The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms». En *Human rights in international investment law and arbitration*. Marie-Dupuy, P., E. Petersmann y F. Francioni (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 341.

[720] El artículo 39 del Proyecto de Artículos de Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos ilícitos de la CDI, dispone: «Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación».

Al aplicar el principio de culpa concurrente, el tribunal arbitral deberá verificar la existencia de una acción u omisión que represente una «conducta negligente y reprochable»[721] y que sea atribuible al inversionista. Es decir, una mera contribución con la causa del daño, no es suficiente para aplicar el principio enunciado. De igual modo, el tribunal arbitral deberá verificar que la conducta sea «esencial y significativa»[722] a la producción del daño o que cumpla un rol determinante en la cadena de eventos que desata la conducta estatal ilegal.[723]

En diversos casos, los tribunales arbitrales han reducido la compensación debida al inversionista en aplicación del principio de culpa concurrente. Por ejemplo, en el caso *MTD c/ Chile*, el tribunal arbitral redujo los daños en un 50%, al concluir que el inversionista: «[...] had made decisions that increased their risks in the transaction and for which they bear responsibility»;[724] en el caso *Cooper Mesa c/ Ecuador*, el tribunal arbitral redujo los daños en 30%, al concluir que el inversionista adoptó conductas ilegales bajo el derecho doméstico ecuatoriano que empeoraron la situación conducente a sus reclamos en el arbitraje;[725] en su opinión parcialmente disidente en el caso *Bear Creek c/ Perú,* el profesor Philippe Sands sostuvo que los daños otorgados por la mayoría al inversionista, debían reducirse al 50% en la medida de que la conducta del inversionista, al no haber obtenido la licencia social para operar, así como su pasividad que condujese al fracaso del proyecto minero Santa

---

[721] MARBOE, I. *Calculation of compensation and damages in international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, párr. 3.235.

[722] *Yukos Universal Limited vs. The Russian Federation*. *PCA Case* n.° AA 227, *final award*, 18 July 2014, p. 502, para. 1601.

[723] *Cfr*. *Burlington Resources Inc. vs. Republic of Ecuador*. *Icsid Case* n.° ARB/08/5, *decision on reconsideration and award,* pie de página 1113 (opinión disidente de la profesora Brigitte Stern, en relación al razonamiento de la mayoría sobre la aplicación del principio de concurrencia de culpa al caso).

[724] *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile. Icsid Case* n.° ARB/01/7, *award*, párr. 242.

[725] *Copper Mesa Mining Corporation vs. Ecuador. PCA Case* n.° 2012-2, *award*, 15 March 2016, párrs. 6.97-6.102.

Ana, fue «[...] significativo y sustancial, y sus responsabilidades no son menores que aquéllas del gobierno».[726]

En general, esta reducción no suele venir acompañada de una metodología específica, sino que se manifiesta casi como una reducción de equidad y en valoración subjetiva de los hechos de cada caso.[727]

En buena cuenta, la aplicación del principio de concurrencia de culpa, puede servir para reducir el monto de la compensación debida al inversionista, si se determina que la acción u omisión del inversionista en relación al cumplimiento de normas de derechos humanos fue determinante al caso. Notablemente, en la citada opinión disidente del caso *Bear Creek c/ Perú,* el profesor Sands hizo extensibles los efectos de las obligaciones del Convenio 169 de la OIT (un instrumento internacional que es considerado de derechos humanos) al inversionista, aun cuando dicho tratado establece obligaciones de titularidad exclusiva de los Estados.

En su análisis, el profesor Sands parece haber concluido que las normas del Convenio (*qua* derecho internacional y parte integrante del derecho doméstico), debieron ser conocidas y de algún modo implementadas por el inversionista.[728]

Finalmente, aun si la conducta del inversionista no diese lugar a la aplicación del principio de culpa concurrente, las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos pueden impactar en el método de valuación de los daños debidos al inversionista. En el conocido caso, *SPP c/ Egipto*, el inversionista solicitó una indemnización de 41,000 dólares de los Estados Unidos de América por la

---

[726] *Bear Creek Mining Corporation vs. Republic of Peru. Icsid Case* n.° ARB/14/21, opinión parcialmente disidente profesor Philippe Sands (Q.C.).

[727] Por ejemplo: *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. y Agurdino-Chimia JSC vs. Republic of Moldova,* SCC, *award*, Sección 5.02.

[728] *Bear Creek Mining Corporation vs. Republic of Peru*, *Icsid Case* n.° ARB/14/21, opinión parcialmente disidente profesor Philippe Sands (Q.C.), párrs. 10-12.

expropiación de un proyecto hotelero en Egipto, daños que debían ser cuantificados en aplicación de la metodología del DCF.[729]

El Estado había acreditado, en razonamiento compartido por el tribunal arbitral, que desde 1979 (algunos años después de iniciado el proyecto hotelero), los actos adoptados por el Estado eran legítimos, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la «Convención de la Unesco sobre protección del patrimonio mundial, cultural y natural» (una norma externa al contrato de inversión).

El tribunal rechazó el uso del método del DCF, en tanto representaría *inter alia* otorgar al inversionista un lucro cesante que fuese más allá del año 1979, fecha en la cual el Estado estaba legitimado para adoptar las medidas cuestionadas por el inversionista y en la cual, por ende, las inversiones eran no compensables.[730] En tanto a los primeros dieciocho meses de operación del proyecto hotelero (previos a 1979), el tribunal rechazó aplicar el método de DCF, dado que el proyecto «estaba en su infancia»; y, por ende, no había data suficiente para aplicar el DCF, más allá de un estándar especulativo.[731]

Es claro que este razonamiento del tribunal arbitral, en el caso citado podría aplicarse a un supuesto de medidas estatales legítimas amparadas en el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos. De modo que, aun sin aplicar el principio de culpa concurrente, es posible reconocer efectos jurídicos a las normas de derechos humanos, al momento de determinar la compensación debida al inversionista.

---

[729] El DCF o *discounted clash flow* es una metodología de valuación que mira al futuro y permite calcular el valor de una empresa trayendo a valor presente sus ingresos del futuro.

[730] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt*..., *cit*., párrafos 190-191.

[731] *Ibidem*, párrafo 188.

7. Completando el rompecabezas: El principio de proporcionalidad

Hasta el momento hemos ido armando un rompecabezas que pretende reflejar un razonamiento jurídicamente viable para incorporar normas de derechos humanos a la solución de disputas de inversión. No obstante, de algún modo, hemos únicamente identificado y analizado las piezas del rompecabezas (las disposiciones del tratado de inversión y las normas de derechos humanos) y el pegamento que permite unir las distintas piezas (la regla de interpretación de tratados). Adicionalmente, hemos analizado el marco dentro del cual debe armarse el rompecabezas (la jurisdicción de los tribunales arbitrales de inversión), mas no hemos analizado cómo deben ubicarse las distintas piezas del rompecabezas, a esto nos abocamos en esta sección.

Puesto de manera concreta, la regla de interpretación aplicada a los tratados de inversión para integrar normas de derechos humanos no ofrece una respuesta al tribunal arbitral sobre cómo deben interactuar las disposiciones convencionales y las normas externas a éstas.[732] En ese sentido, consideramos que el principio de proporcionalidad ofrece una guía sobre cómo armar el rompecabezas objeto de nuestro estudio.

En la tradición del derecho continental, el principio de proporcionalidad fue utilizado —en sus orígenes— en el derecho administrativo alemán como un «*standard* destinado al control de los poderes discrecionales de la administración»[733] y estrechamente ligado a la razonabilidad de las medidas estatales adoptadas. Aunque el principio fue luego adaptado al derecho constitucional, y es allí donde ha recibido prolífica atención académica, su aplicación sigue vigente en diversos ordenamientos en materia de derecho administrativo. Esta analogía es relevante, en la medida de que la labor de los tribunales arbitrales de inversión guarda notable semejanza estructural con la labor de tribunales admi-

[732] *Cfr*. Dupuy, P.M. *Unification rather than fragmentation*…, *cit*., p. 13.

[733] *Cfr*. Cianciardo, J. *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2009, 2.ª edición, 2009, p. 48.

nistrativos. Se ha sostenido, en efecto, que el derecho internacional de inversiones es parte del denominado «derecho administrativo global».[734]

En el derecho internacional, el principio de proporcionalidad ha sido utilizado «para aplicar disposiciones en tratados que permiten a los Estados demandar la derogación de una de las obligaciones convencionales en virtud a la consecución de un interés relevante».[735] En términos amplios, el principio permite resolver tensiones entre derechos individuales e intereses del Estado. En ese sentido, el principio está referido al proceso de valoración de distintos componentes involucrados en una decisión, a fin de determinar si la decisión es razonable a la luz de objetivos genuinos y legítimos.

A pesar de las divergencias en la aplicación del principio en los diversos ordenamientos domésticos,[736] sobre todo, en relación al estándar de aplicación del principio, y en los distintos «regímenes» del derecho internacional a los cuales ha sido aplicado, se suele considerar que el principio está compuesto de tres subelementos que deben verificarse conjuntamente, a fin de determinar la razonabilidad de la medida estatal.

Éstos son: (i) el juicio de adecuación, (ii) el juicio de necesidad y (iii) el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*.

---

[734] *Cfr*. VAN-HARTEN, G. y M. LOUGHLIN. «Investment treaty arbitration as a species of global administrative law». En *The European Journal of International Law*, 2006, vol. 17.

[735] STONE SWEET, A. «Proportionality, general principles of law and investor-state arbitration: A response to José Álvarez». En *New York University Journal of International Law and Politics*, 2014, vol. 46, p. 917. También: *Cfr*. KROMMENDIJK, J. «Proportionality by what measure(s)? Balancing investor interests and human rights by way of applying the proportionality principle in investor-state arbitration». En MARIE-DUPUY, P.E. PETERSMANN y F. FRANCIONI. *Human rights...*, *cit.*, p. 438.

[736] *Cfr*. MATTHEWS, J. «Proportionality review in administrative law». En *Comparative administrative law*. Rose-Ackerman, S., P.L. Lindseth y B. Emerson. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017, 2.ª ed.

Sobre el juicio de adecuación, su objetivo es determinar si la medida adoptada por el Estado es capaz de causar su finalidad.[737] En buena cuenta, la aplicación del principio importa dos razonamientos: (i) determinar si la medida es legítima y luego, (ii) determinar si es adecuada o idónea.

La mayoría de conductas estatales superan este juicio, en la medida de que los Estados suelen revestir sus decisiones de un «interés público» (como tal, legítimo *prima facie*) y, además, no es lógico que el Estado utilice medidas que no sean idóneas para lograr el fin deseado.[738]

No obstante, sobre esto deben hacerse dos observaciones: en primer lugar, puede existir debate entre las partes en controversia sobre los fines reales de la medida estatal. Como hemos señalado anteriormente, el carácter formal de una medida estatal no agota el debate sobre su razonabilidad. En ese sentido, no deben considerarse únicamente los «fines explícitos» de la medida, sino también los «fines reales».

En el caso *Bear Creek c/ Perú*, el inversionista sostuvo que la medida legislativa adoptada por el Estado «[...] no surgió de un programa público y no es una medida abstracta de carácter regulatorio general. Por el contrario [...] se emitió cuando la demandada cedió a los intereses electorales, fuera del proceso jurídico correspondiente a los actos administrativos [...]»,[739] cuestionando así el fin con el que el Estado había revestido a la medida adoptada. El tribunal arbitral, en efecto, no limitó su análisis a los «fines explícitos» de la medida (aunque tampoco indagó en los «fines reales»), sino que analizó su legalidad.[740]

---

737 *Cfr*. Cianciardo, J. *El principio...*, *cit*., p. 64.

738 *Cfr*. Kingsbury, B. y S. Schill. *Investor-State Arbitration as governance: Fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law*. Nueva York: Institute for International Law and Justice-New York University, 2009, p. 27.

739 *Bear Creek Mining Corporation vs. Republic of Peru...*, *cit*., párr. 344.

740 *Ibidem*, párr. 414.

En *SD Myers c/ Canadá,* se discutían las medidas adoptadas por Canadá que prohibían la importación de un compuesto químico (PCB). El Estado alegó que, en la medida de que el compuesto era altamente contaminante, las medidas estatales fueron adoptadas con el fin de proteger el medio ambiente.

No obstante, a la luz de la evidencia producida en el arbitraje, el tribunal revisó diversas comunicaciones intercambiadas entre funcionarios públicos, así como declaraciones públicas sobre la política estatal cuestionada. Esta revisión exhaustiva llevó al tribunal a concluir que no hubo un fin legítimo de carácter medioambiental, sino que las medidas fueron adoptadas para proteger el mercado interno de PCB.[741]

En segundo lugar, puede cuestionarse que la medida sea objetivamente idónea para los fines perseguidos. Al evaluar este argumento, los tribunales arbitrales pueden analizar la idoneidad en términos técnicos. Por ejemplo: en *Methanex c/ Estados Unidos de América*, se discutían las medidas adoptadas por California, restrictivas de la comercialización de un aditivo del combustible. El Estado alegó que dichas medidas fueron adoptadas sobre base científica que fue considerada debidamente en el proceso legislativo interno. El tribunal analizó dicha información científica, a fin de determinar la idoneidad de la medida y concluyó en que ésta era razonable y científicamente correcta.[742]

En el caso *Chemtura c/ Canadá,* se discutían las medidas adoptadas por el Estado para restringir un producto químico (lindano), el tribunal arbitral analizó la evidencia que apuntaba a que el uso del producto químico era de preocupación en diversos países del mundo y valoró la evidencia científica[743] al respecto, al determinar la validez de las medidas adoptadas por el Estado.[744]

---

741 *S.D. Myers Inc. and Goverment of Canada*. Uncitral, *partial award*, párr. 195.

742 *Methanex Corporation vs. United States of America...*, *Part III, Chapter A,* párr. 101.

743 *Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) vs. Government of Canada*, *award.* Uncitral, párr. 135.

744 *Ibídem*, párr. 184.

En *Philipp Morris c/ Uruguay*, se discutían las medidas estatales adoptadas sobre la comercialización de tabaco. El inversionista alegó que las medidas fueron adoptadas sin evidencia científica que acreditara su eficacia. Sin embargo, el tribunal arbitral analizó la evidencia científica producida en el arbitraje y aquélla relacionada al «Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco» y determinó que ésta era suficiente para sustentar la conducta estatal.[745]

Al realizar este análisis es claro que el estándar de revisión del tribunal arbitral debe ser deferente al Estado, especialmente, en los supuestos donde hay incertidumbre sobre las medidas adoptadas y en consideracion a la información disponible del legislador.[746] Como señaló el tribunal arbitral del caso *British Caribbean Bank Limited c/ Belize*, el Estado debe «[…] set out the public purpose for which the expropriation was undertaken and offer a *prima facie* explanation of how the acquisition of the particular property was reasonably related to the fulfilment of that purpose».[747]

Esto también importa conceder discreción al «error legislativo» de los Estados, especialmente, en medidas que no han sido probadas a un nivel que tengan resultados empíricos concluyentes. Después de todo, en dichos supuestos, es común que los legisladores enmienden errores en la regulación. Esta última consideración parece haber sido acogida por el tribunal arbitral del caso *Paushok c/ Mongolia,* en el que se discutían medidas tributarias adoptadas por el Estado a actividades de minería, el tribunal observó que una de las medidas legislativas cuestionadas «había sido un instrumento inútil para lograr los objetivos […] y el tribunal no tiene evidencia que muestre que los objetivos fueron de hecho alcanza-

---

745 *Philip Morris Brands Sárl. y Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos y República Oriental de Uruguay*. Caso Ciadi n.° ARB/10/7, laudo, párrs. 389-396.

746 *Cfr*. Henckles, C. *Proportionality and deference in Investor-State Arbitration.* Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 140.

747 *British Caribbean Bank Limited (Turks & Caicos) and the Government of Belize. PCA Case* n.° 2010-18, *award*, párr. 241.

dos. No es el rol del tribunal medir la *sabiduría* de los legisladores, sino, simplemente, determinar si dicha legislación vulnera el Tratado. Los demandantes no han demostrado que ésta fue una decisión irracional o abusiva ni que constituyese un tratamiento discriminatorio».[748]

Sobre el juicio de necesidad, su objeto es analizar si la medida estatal adoptada es la menos restringente de los derechos del inversionista de entre otras medidas igualmente eficientes; se exige la elección de la medida menos gravosa. Es, en resumidas cuentas, un juicio trilateral en el que debe considerarse la medida adoptada, el fin que persigue y otras medidas hipotéticas.

Este juicio requiere un análisis de las circunstancias concretas de cada caso; y, en particular, las características del Estado al momento de la adopción de la medida.

En el caso *LG&E c/ Argentina,* el tribunal arbitral, efectuando un juicio de necesidad, razonó:

> Bajo las condiciones que el Gobierno enfrentó en 2001, el tiempo era un factor esencial a tener en cuenta para ofrecer una respuesta.[749]

Tomando así en consideración las circunstancias de emergencia que enfrentó Argentina en el marco de la adopción de las medidas cuestionadas. En su opinión disidente del caso *InterAguas c/ Argentina*, el profesor Nikken sostuvo que las medidas estatales fueron necesarias dadas las circunstancias del caso.[750]

---

[748] *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company* y *CJSC Vostokneftegaz Company and the Government of Mongolia*. Uncitral, *award on jurisdiction and liability*, párr. 314.

[749] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. y República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad, párr. 240.

[750] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Intergrales del Agua S.A. and The Argentina Republic. Icsid Case* n.° ARB/03/17, *separate*

Sobre el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*, su objeto es analizar si la medida estatal guarda una relación razonable con el fin que procura alcanzar. La aplicación del juicio involucra que diversos elementos se tengan en cuenta al realizar el *balancing*, incluyendo el análisis costo-beneficio, el grado de interferencia de la medida estatal, la duración de la interferencia, la disponibilidad de medidas alternativas que puedan ser menos efectivas que la adoptada, pero proporcionalmente menos restrictivas del derecho del inversionista.[751]

Ahora bien, de una revisión de la «jurisprudencia» arbitral, es de notar que el principio de proporcionalidad ha recibido una acogida parcial. Los tribunales arbitrales no han aplicado el principio a través del análisis conjuntivo de sus elementos, sino que, algunas veces, se ha limitado a aplicar el juicio de necesidad y algunas otras el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*. En otros casos, el principio de proporcionalidad ha sido enunciado de algún modo en el razonamiento, pero no ha tenido impacto en éste, si no ha sido objeto de aplicación.

En el caso *Tecmed c/* México, el tribunal debía determinar si la no renovación de una licencia para operar una planta de residuos era un acto expropiatorio. El tribunal arbitral aplicó únicamente un juicio de proporcionalidad *stricto sensu,* que enunció en los siguientes términos: «el tribunal considera apropiado considerar [...] la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de

---

opinion of arbitrator Pedro Nikken, párrs. 38-42. También: *AWG Group Ltd. vs. The Argentina Republic*. Uncitral, *separate opinion of arbitrator Pedro Nikken,* párrs. 37-42; *Total S.A. vs. Argentina Republic. Icsid Case* n.° ARB/04/1, *decision on liability,* párr. 162.

751 *Cfr*. Kingsbury, B. y S. Schill. *Investor-State arbitration as governance: Fair and equitable treatment, Proportionality and the emerging global administrative law*. Nueva York: Institute for International Law and Justice-New York University, 2009, p. 28.

dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad».[752]

En el caso *Occidental c/ Ecuador,* el tribunal arbitral realizó un exhaustivo juicio de necesidad, a fin de determinar si la caducidad del contrato de concesión celebrado con el inversionista, era la alternativa más «proporcional», dadas las otras alternativas a disposición del Estado.[753] En *EDF c/ Rumanía*, el tribunal aplicó —aunque sin mayor desarrollo argumentativo— el juicio de proporcionalidad *stricto sensu,* aunque de su razonamiento no es claro si se trató de este juicio o de un análisis de legitimidad de la medida estatal, bajo el juicio de necesidad.[754]

Finalmente, a la luz de las consideraciones vertidas, corresponde reflexionar si el recurso al principio de proporcionalidad, es adecuado al derecho internacional de las inversiones.

Un primer análisis sobre la idoneidad del principio a los arbitrajes de inversión, debe centrarse en determinar su fuente normativa; es decir, su carácter de derecho aplicable a un arbitraje de inversión.

Algunos tribunales arbitrales han importado el principio de proporcionalidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin mayor justificación. Esto es erróneo. La sola importación sustentada en la autoridad (relativa) de las decisiones del Tribunal Europeo no es adecuada, toda vez que éste ha justificado la aplicación del principio en el texto del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, instrumento sustancialmente distinto a la redacción mayoritaria de cláusulas de expropiación y de trato justo y equitativo.

---

752 *Técnicas MedioAmbientales S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos.* Caso n.° ARB(AF)/00/2, laudo, párr. 128.

753 *Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company y la República del Ecuador*. Caso Ciadi n.° ARB/06/11, laudo, párrs. 434-436.

754 *EDF (Services) Limited and Romania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/13, *award*, párr. 293.

El texto del tratado europeo incluye un espacio explícito al análisis de los fines del Estado en la determinación de un acto expropiatorio, lo que —como hemos señalado abundamentemente— no ocurre en el caso de los tratados de inversión.

En cambio, podría argumentarse que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, en el entendido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que, como señalamos antes, es expresión de las fuentes del derecho internacional.

No obstante, el principio no ha sido reconocido unánimemente como principio del derecho o como derecho internacional consuetudinario.[755] Por lo que su aplicación podría desprenderse de los principios de equidad y de buena fe (que sí cuentan con reconocimiento como principios generales del derecho), toda vez que el principio de proporcionalidad involucra que toda conducta estatal deba ser razonable, es decir, no arbitraria (basada, únicamente, en la voluntad del que decide), características de un accionar de buena fe.

La propia racionalidad del derecho internacional responde a esta lógica: limitar el ejercicio arbitrario de la soberanía estatal; lo que es aún más notable en el derecho internacional de las inversiones dados los sujetos involucrados (se presume que por su estatus, los inversionistas extranjeros son más vulnerables al ejercicio arbitrario del *ius imperium*), así como el objeto de tutela (las inversiones se presumen requieren de un estatus de protección especial porque involucran cuantiosos recursos y un largo tiempo de desarrollo).

---

[755] A favor de esta premisa: Cottier, T. *et alii*. «The principle of proportionality in international law: Foundations and variations». En *Journal of World Investment & Trade*, 2017, vol. 18, p. 630. En contra de esta premisa: Bucheler, G. *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 67-81. Occidental, párr. 427.

Luego, el uso del principio de proporcionalidad será adecuado, cuando el texto de tratado de inversión permita su aplicación. Esto no parece muy problemático en el caso del trato justo y equitativo, pues, como señalamos, de su redacción modélica y amplia, puede desprenderse una exigencia de tutela de *legítimas* expectativas (que, para su calificación, suponen un juicio de razonabilidad) y de debido proceso.[756] No obstante, para el caso de las cláusulas de expropiación, el texto de los tratados de inversión puede excluir la aplicación del principio de proporcionalidad.

Como explicamos en el capítulo anterior, el uso de la doctrina de poderes de policía conduce a una aporía insalvable, si no viene acompañada de una clara referencia textual en el tratado que sustente su aplicación. Sin perjuicio de ello, en caso la doctrina de poderes de policía resultara pertinente, lo central en su aplicación es la razonabilidad de la medida estatal adoptada. De lo contrario, la doctrina sería un mecanismo ilimitado para convertir en ineficaces las disposiciones convencionales en materia de expropiación.

Dicho de otro modo, si el análisis de la doctrina se agotase en la existencia de un interés público, entonces, cualquier medida, por desproporcional al daño causado al inversionista que sea, estaría exenta de compensación (o, como se quiera, no sería expropriatoria). Cuestión que no parece desprenderse de una interpretación de buena fe del tratado de inversión. De modo que esta necesidad de indagar en la razonabilidad de la medida, justifica propiamente la aplicación del principio de proporcionalidad a los casos expropriatorios.

---

[756] Probablemente esto justifica que algunos tribunales arbitrales han entedido que el trato justo y equitativo encompasa una exigencia de proporcionalidad (independiente de la tutela de las legítimas expectativas). Como citó el tribunal arbitral del caso *MTD c/ Chile*: «As defined by Judge Schwebel, "fair and equitable treatment" is "a broad and widely-accepted standard encompassing such fundamental standards as good faith, due process, nondiscrimination, and proportionality». *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile*..., *cit.*, párrafo 109.

Ahora, no sólo debe analizarse la idoneidad en el uso del principio, sino la legitimidad de los tribunales arbitrales para su aplicación. Esta legitimidad debe ser establecida a partir del respeto por el texto que otorga jurisdicción al tribunal arbitral.

Pues bien, bajo esta premisa, el principio confiere a los árbitros una considerable facultad valorativa, en la medida de que involucra jerarquizar los diversos intereses en juego con arreglo a alguna escala[757] y dicha escala no es clara en el derecho internacional, aun si leemos el interés público —como hemos sostenido—, a partir de normas de derechos humanos. Esta facultad valorista puede resultar problemática, dadas las características estructurales en las que operan los tribunales arbitrales de inversión (tribunales *ad-hoc* que no operan en un marco ordenado y jerarquizado de adjudicación). Sin embargo, consideramos que esto no debe prevenir el uso del principio de proporcionalidad.

El hecho de que los tribunales arbitrales operen en un marco estructural que los hace más propensos a estar sujetos a cuestionamientos a su legitimidad es una cuestión distinta a la idoneidad del principio como parte del derecho aplicable a una controversia.

Es decir, aun cuando la estructura del derecho internacional de las inversiones merezca atención detallada (y, ciertamente, la reforma actual del sistema de resolución de disputas en el derecho internacional de inversiones, es una respuesta a esto); el análisis sobre el principio de proporcionalidad tiene más que ver con la jurisdicción de los tribunales arbitrales y el derecho aplicable a una disputa.

Pues bien, que el principio de proporcionalidad involucre un ejercicio considerablemente valorativo, no consideramos que sea igual a afirmar que dicho ejercicio faculte a los tribunales arbitrales a sustituir

[757] *Cfr.* Cianciardo, J. *El principio...*, *cit.*, p. 110.

sus propias preferencias a las decisiones soberanas de los Estados.[758] El principio de proporcionalidad, en cambio, permite que los tribunales arbitrales puedan analizar si las decisiones estatales fueron adoptadas en un marco de razonabilidad que dé cuenta de los diversos intereses en conflicto, a fin de minimizar las interferencias con los intereses privados.

Finalmente, el principio de proporcionalidad no ofrece a los tribunales arbitrales una fórmula sobre cómo medir los diversos intereses en juego,[759] y —ciertamente— no es ése su atractivo.

Como señalamos al inicio de esta sección, el principio de proporcionalidad representa una guía sobre cómo colocar las disposiciones del tratado de inversión en relación a las normas de derechos humanos; pero, en todo evento, será necesario que el tribunal arbitral aplique un «estándar» específico de revisión de las medidas estatales. Este estándar debe considerar, tanto el texto del tratado como el resto de disposiciones que hacen parte del derecho aplicable (y que incluirán, de ser el caso, normas de derechos humanos).

---

[758] *Cfr*. KINGSBURY, B. y S. SCHILL. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable...*, *cit.*, p. 30.

[759] STONE SWEET, A. «Proportionality, general principles of law and Investor-State Arbitration...». *Cit.*, p. 917.

Conclusiones

1. El derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos comparten una racionalidad de tutela frente al ejercicio de soberanía de los Estados. Ambos comparten, como sustrato histórico, la tutela a extranjeros bajo el derecho internacional consuetudinario y que se desarrollase a través del estándar mínimo de trato.

2. No obstante ello, el derecho internacional de las inversiones responde a una racionalidad de tutela del individuo *qua* «inversionista». En efecto, a pesar de gestarse en el mencionado estándar del derecho internacional consuetudinario, el derecho internacional de las inversiones ha evolucionado a partir de reglas para la tutela de la inversión extranjera directa en un marco histórico y político cargado de tensiones entre Estados en distintos estadíos de desarrollo y la lucha por imponer concepciones particulares de pobreza, riqueza y desarrollo. Este desarrollo ha operado, principalmente, en el plano del derecho internacional público donde se han gestado las reglas y prácticas que caracterizan al derecho internacional de las inversiones.

3. Por su lado, el derecho internacional de los derechos humanos responde a una racionalidad de tutela del individuo *qua* «individuo». En efecto, la juridicidad de los derechos humanos no se funda en consideraciones de orden económico sino, más bien, en el reconocimiento de la dignidad intrínseca del ser humano. De algún modo, esto explica que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se haya nutrido del reco-

nocimiento de éstos en los ordenamientos domésticos y de su primacía constitucional.

4. Así las cosas, el derecho internacional de las inversiones ha desarrollado características propias y singulares. Por un lado, abandonando el instituto de la protección diplomática, el arbitraje se ha erigido como el mecanismo de solución de controversias de inversión por antonomasia. Aunque tradicionalmente desarrollado en las disputas interestatales, el arbitraje de inversión ha sido diseñado siguiendo los lineamientos del arbitraje comercial internacional. Por otro lado, la proliferación de tratados de inversión ha caracterizado el desarrollo del derecho internacional de las inversiones. Estamos ante tratados internacionales con amplias protecciones a favor de inversionistas extranjeros. La redacción modélica de estos tratados es notable y deja amplia discrecionalidad en su aplicación concreta.

5. No obstante lo anterior, ni el derecho internacional de las inversiones ni el derecho internacional de los derechos humanos son una isla. Ambos operan en el marco del derecho internacional público y en éste se relacionan inexorablemente. En efecto, hemos identificado cuatro factores que propician la relación entre ambos regímenes:

    a. La proliferación normativa, notablemente manifestada en la aparición de diversos cuerpos normativos que tutelan o regulan un objeto también regulado o tutelado en otro cuerpo normativo (*ej.,* el derecho de propiedad), o que, potencialmente, guardan relación con normas derivadas de otro régimen (*ej.,* el derecho al debido proceso).

    b. La proliferación de órganos jurisdiccionales en el derecho internacional, estrechamente ligada a la proliferación normativa. Diversos órganos jurisdiccionales, operando

sin una *supra* jerarquía, resuelven controversias sobre los mismos hechos y sobre disposiciones iguales o similares. El resultado, una disputa puede ser resuelta de veinte maneras distintas por veinte órganos jurisdiccionales diferentes.

c. El rol del individuo en el derecho internacional. El derecho internacional de las inversiones concede un excepcional *ius standi* al inversionista para activar el mecanismo de tutela de las inversiones y demandar a un Estado. En contraste, el derecho internacional de los derechos humanos se funda sobre la centralidad del individuo e irradia desde allí su fuerza vinculante.

d. Los alcances imprecisos del derecho a regular de los Estados. Objeto de una discusión actual en la doctrina y en la jurisprudencia, el derecho a regular de los Estados se erige como una excepción a las protecciones sustantivas otorgadas a favor de los inversionistas. Su carácter ambiguo y las falencias en su desarrollo jurisprudencial, le otorgan amplia virtualidad para conceder un espacio considerable al ejercicio de la soberanía estatal.

e. Las obligaciones positivas de los Estados en el derecho internacional de los derechos humanos. En conexión con su derecho a regular, los Estados están constreñidos a observar múltiples obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que por su contenido imponen difíciles ejercicios de justicia distributiva dentro de un amplia gama de posibilidades para su cumplimiento. Es la tutela de estos derechos y el cumplimiento legítimo de sus obligaciones, que sustenta el denominado derecho a regular y, por ende, puede volver inejecutables diversas protecciones sustantivas a favor del inversionista.

6. Así las cosas, se ha pretendido analizar la relación entre los diversos «regímenes» del derecho internacional desde la premisa de la fragmentación normativa. En la medida de que el término puede involucrar, a nuestro criterio, una autonomía inexistente de cada uno de los regímenes, hemos concluido en lo inapropiado de su uso para dar cuenta de la realidad jurídica.

7. Sin perjuicio de lo cual, es innegable que la relación e interacción entre distintos regímenes conlleva dificultades propias de las características estructurales del derecho internacional. En este trabajo, hemos identificado dos dificultades: los procesos paralelos, que leídos bajo la óptica de la aplicación clásica del *lis pendens* y de los escasos mecanismos procesales, deriva en escenarios insalvables y los conflictos normativos, que, atendidos en un marco carente de jerarquía normativa, pueden concluir en escenarios de muy difícil solución.

8. Estas consideraciones nos han permitido postular la relevancia de estudiar la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. Consideramos que sólo dando cuenta de la relevancia de los derechos humanos en los arbitrajes de inversión se puede ejercer adecuadamente una labor jurisdiccional fundada en el bien común. Adicionalmente, un marco de razonamiento jurídico que permita entender las características y límites de dicha interacción, permitirá mitigar la falta de consistencia normativa en la adjudicación de controversias en el derecho internacional.

9. Pues bien, confrontados con el rol de los derechos humanos en los arbitrajes de inversión, hemos identificado que no estamos frente a un escenario hipotético. La creciente jurisprudencia analizada en este trabajo ha evidenciado que, inclusive, es posible categorizar por medio de la práctica arbitral, escenarios de interacción entre los derechos humanos y las normas del

derecho internacional de las inversiones. Lo notable de este recorrido que hemos emprendido por la práctica arbitral, es la pasividad de los tribunales arbitrales para desarrollar el rol de los derechos humanos, una vez incorporados en la controversia. Claro está, como también hemos podido analizar, que dicha pasividad no sólo responde a factores estructurales del sistema, sino al accionar de los Estados que a la fecha no han podido desarrollar mayoritariamente defensas sustanciadas en sus obligaciones en materia de derechos humanos.

10. Siendo ése el escenario actual, consideramos que los derechos humanos pueden ser aplicables directamente a los arbitrajes de inversión. Esto es, en escenarios en los que un tribunal arbitral resuelva y se pronuncie sobre una vulneración a normas de derechos humanos. Esta aplicación está sujeta exclusivamente al instrumento que otorga jurisdicción al tribunal arbitral. Cuando éste le permite al tribunal arbitral pronunciarse sobre «controversias relativas a inversión» o, simplemente, sobre «controversias», consideramos que es posible incorporar reclamos en materia de derechos humanos.

11. Lo anterior no soslaya que los reclamos en materia de derechos humanos (tanto por parte del inversionista como del Estado), pueden derivar del propio derecho internacional público. Hemos demostrado que, en el marco de los arbitrajes sustanciados en el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (Ciadi), la aplicación del derecho internacional como ley aplicable, es mandatoria. En ese sentido, dada una jurisdicción lo suficientemente amplia para incorporar reclamos en materia de derechos humanos, puede recurrirse a las múltiples fuentes del derecho internacional en la búsqueda de obligaciones que puedan ser resueltas por el tribunal arbitral.

12. Coincidimos en que estos escenarios no son muy frecuentes. Por un lado, los inversionistas que pretendan reivindicar sus derechos humanos en un arbitraje de inversión, pueden valerse de las protecciones ya contenidas en los tratados de inversión. Por ejemplo, el estándar de trato justo y equitativo les permitiría incorporar vulneraciones a su derecho al debido proceso en sede doméstica. Por otro lado, los Estados que pretendan imputar a los inversionistas, conductas contrarias a sus obligaciones en materia de derechos humanos, se encuentran con la limitación de acreditar la existencia de dichas obligaciones en el derecho internacional. Si bien hemos visto, en diversos pasajes de esta obra, que dichas obligaciones van ganando reconocimiento en el derecho internacional, somos conscientes de que su rol práctico es todavía limitado.

13. Ahora bien, aun excluida la posibilidad de aplicación directa de derechos humanos, éstos pueden ser aplicados indirectamente a un arbitraje de inversión. En este escenario, la llave maestra no es la cláusula jurisdiccional (que, probablemente, no otorgue jurisdicción sobre reclamos causados en normas de derechos humanos), sino la cláusula de ley aplicable. En efecto, como ya señalamos, la aplicación del derecho internacional (y, por ende, de sus multiples fuentes) permite incorporar normas de derechos humanos a una controversia de inversión.

14. Esta incorporación, por sus naturales alcances, únicamente puede realizarse a través de la interpretación del tratado de inversión correspondiente. El ejercicio interpretativo de dicho instrumento debe realizarse observando la regla de interpretación recogida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

15. Dado que la aplicación indirecta se realiza por medio de la interpretación, el protagonismo lo retiene el texto del tratado de

inversión. Como hemos analizado detalladamente en esta obra, los tratados de inversión ofrecen diversas disposiciones que permitirían incorporar normas de derechos humanos a la controversia. Por lo general, estas disposiciones están redactadas en términos muy genéricos como: tutela a la salud, protección del medio ambiente, etc.; que, sin embargo, por su amplia cavidad conceptual, están relacionados a las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

16. Ahora bien, la interpretación ofrece una puerta de entrada a los derechos humanos, pero no una respuesta a cómo debe un tribunal arbitral acomodar ambas normas. Consideramos que dicha labor de prudencia jurídica, dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Sin perjuicio de lo cual, sostenemos que es posible ofrecer una metodología de razonamiento a través del *test* de proporcionalidad, a fin de ordenar la relevancia e impacto de los derechos humanos en el arbitraje.

17. Reconocemos que la aplicación del *test* tiene una importante limitación y es que éste constituye un método, mas no un estándar de revisión de la conducta estatal. Dicho de otro modo, el *test* de proporcionalidad no le otorga al tribunal arbitral una respuesta sobre qué valor asignar a cada interés en juego. Consideramos que esto es propio de todo ordenamiento jurídico; y, por ende, es igualmente predicable de la adjudicación de disputas en el derecho internacional. Lo notable es que el *test* de proporcionalidad ofrece una vía para incorporar normas de derechos humanos en la solución de controversias de inversión. Debemos reconocer, no obstante, que esta propuesta, en tanto está enmarcada en un escenario de aplicación indirecta, no puede ni debe contravenir el texto de los tratados de inversión ni crear (por la via hermeneútica) nuevas obligaciones allí no recogidas.

18. En buena cuenta, hemos argumentado —esperamos que exitosamente— que los derechos humanos sí son relevantes en los arbitrajes de inversión. Los tribunales arbitrales no sólo pueden, sino que «deben» incorporar normas de derechos humanos a su razonamiento, dados los múltiples intereses (relevantes al derecho internacional) involucrados en un arbitraje de inversión. Dicho eso, nuestra argumentación nos permite también concluir en que ese deber sólo puede ser ejercido en el marco normativo del derecho internacional de las inversiones. Esto es, la centralidad la tendrá siempre el tratado de inversión respectivo que determina e impone un marco de jurisdicción y ley aplicable que debe ser respetado.

Bibliografía

I. Doctrina

1. Abi-Saab, G. «Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks». En *NYU Journal of International Law and Politics*, 1999, n.° 31.

2. Abs H. y H. Shawcross. «The proposed convention to protect private foreign investment: a round table». En *Journal of Public Law* (actualmente, *Emory Law Journal*), 1960, vol. 1.

3. Agudelo, M. *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas*. Bogotá: Temis, 2011.

4. Al Faruque, A. «Mapping the Relationship between Investment Protection and Human Rights». En *The Journal of World Investment & Trade,* 2010, vol. 11.

5. Alarcón, N. «Reconsideration Under the Icsid Convention: Redrawing the Labyrinth». En *Young Arbitration Review*, 2016, edición 23.ª.

6. Alexandrov, S.A. «Breaches of Contract and Breaches of Treaty-The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS vs. Pakistan* and *SGS vs. Philippines*». En *Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.° 4.

7. Álvarez, J.E. «Are Corporations Subjects of International Law?». En *Santa Clara Journal of International Law*, 2009, vol. 1.

8. Álvarez, J.E. «What are International Judges for? The Main Functions of International Adjudication». En *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Romano *et alii*. (eds.). Oxford: C.P.R. Oxford Scholarship, 2013.

9. Amado, J., J. Shaw y M. Doe. *Arbitrating the Conduct of International Investors*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

10. Amerasinghe, C.F. *Jurisdiction of International Tribunals*. Londres-La Haya: Kluwer Law International, 2003.

11. Aust A. *Modern Law Treaty and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

12. Ayala Corao, C. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México D.F.: Porrúa, 2013.

13. Balcerak, A. *Investor-State Arbitration and Human Rights*. Boston: Bril|Nijhoff, 2017.

14. Balcerzak, A. «Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights». En *Icsid Review*, vol. 29, n.° 1.

15. Banifatemi, Y. «The Applicable Law in Investment Treaty Arbitration». En *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Yannaca-Small, K. (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2010.

16. Barboza, J. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 2006.

17. Bartels, L. «Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings». En *Journal of World Trade*, 2001, vol. 35.

18. Bello, A. *Principios de Derecho Internacional.* París: Librería de Garnier Hermanos, 1873, 3.ª edición.

19. Benvenisti, Eyal y George W. Downs. «The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law». En *Standford Law Review*, 2007-2008, vol. 60, issue n.° 2, p. 595.

20. Bianchi, A. «Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*». En *The European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n.° 3.

21. Bidart, G.J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991.

22. Bjorklund, Andrea K. «Applicable Law in International Investment Disputes». En *Litigating International Investment Disputes. A Practitioner's Guide.* Giorgetti, C. (ed.) Leiden: Brill|Nijhoff, 2014.

23. Blanc Altemir, Antonio. «Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal». En *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal.* Blanc Altemir, Antonio (coord.). Madrid: Tecnos, 2001, p. 13.

24. Booth, C. «Is there a place for Human Rights considerations in International Arbitration». En *Icsid Review*, 2009, vol. 24, n.° 1.

25. Borchard, E. «The "minimum standard" of the treatment of aliens». En *Michigan Law Review*, 1940, vol. 38, n.º 4, p. 445.

26. Borchard, E. *The Diplomatic Protection of Citizens abroad or the Law of International Claims*. Nueva York: Banks Law Publishing Co., 1915.

27. Borgen, C.J. «Resolving Treaty Conflicts». En *The George Washington University International Law Review.* Nueva York: St. John's University-School of Law, 2005, vol. 37.

28. Born, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Londres-La Haya: Wölters Kluwer, 2016, 2.ª edición, p. 3.

29. Brierley, J.L. *The Law of Nations*. Oxford: Oxford University Press, 6.ª edición.

30. Broches, A. «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1972.

31. Broude, T. «Fragmentation(s) of International Law: On Normative Integration as Authority Allocation». En *The Shifting Allocation of Authority in International Law.* Broude, T. e Y. Shany (eds.). Oxford: Hart Publishing, 2008, pp. 101-102.

32. Brower N. «Contributions of the Iran-United States Claims Tribunal to International Arbitration». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1990, vol. 224.

33. Brown, C. *A Common Law of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

34. Brownlie, I. «Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects)». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 162.

35. Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Nueva York: Oxford University Press, 6.ª edición.

36. Bucheler, G. *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2015.

37. Buergentha, *et. alii*. *International Human Rights in a Nutshell*. West's Nutshels Series, 2009, 4.ª edición, tomo l.

38. Buergenthal, T. «Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?». En *Leiden Journal of International Law*, 2001, vol. 14.

39. Buergenthal, T. *et alii*. *La protección de los derechos humanos en las Américas*. Madrid: Civitas, 1990.

40. Buergenthal, T. «The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights Law». *Human Rights Quarterly*, 1997, vol. 19, n.° 4.

41. Burke-White, W.W.y A. Von-Staden. «Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral In-

vestment Treaties». En *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol. 48, n.° 2.

42. Butler, P. «Red Riding Hood- Is Investor-State Arbitration the Big Bad Wolf?». En *Penn State Journal of Law & International Affairs*, 2017, vol. 5, n.° 2.

43. Caivano, R. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, 2.ª edición.

44. Cançado Trindade, A. «Approximations and Convergences in the Case Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights». En *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européene des droits de l'homme*. Cohen-Jonathan, G. y J.F. Flauss (eds.). Bruxelles: Bruylant-Nemesis, 2005.

45. Cançado Trindade, A. «The Historical Recovery of Human Person as Subject of Law of Nations». En *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, vol. 1, Issue 3.

46. Cançado Trindade, A. *A humanizaçao do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

47. Cancado Trindade, A. *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*. Leiden: Brill, 2010.

48. Cançado Trindade, A. *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law. Its rationale in the international protection of individual rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

49. Cantuarias, F. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Privada de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007.

50. Carozza, P. «The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions». En *The American Journal of Jurisprudence*, 2016, vol. 61, n.° 1.

51. Cassese, A. «A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights». En *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Cassese, A. (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

52. Cassese, A. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2.ª edición, 2005.

53. Charlesworth, H. «Law-Making and Sources». En *The Cambridge Companion of International Law.* Crawford, J. y M. Koskeniemi (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

54. Charney, J.I. «The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals». *New York Journal of International Law and Politics*, 1999, vol. 31.

55. Christie, G.C. «What Constitutes a Taking of Property Under International Law?». En *British Yearbook of International Law*, 1962, vol. 38.

56. Chukwumerije, O. «International Law and Article 42 of the Icsid Convention». En *Journal of International Arbitration*, 1997, vol. 14, n.° 3.

57. Cianciardo, A. *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolof de Palma, 2009, 2.ª edición.

58. Collantes, Jorge Luis (dir.) y B. de la Vega (coord.). *Derecho internacional económico y de las inversiones internaciona-*

les. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 10.

59. Cottier, T. *et. alii.* «The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations». En *Journal of World Investment & Trade*, 2017, vol. 18.

60. Coyle, J.F. «The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era». *Columbia Journal of Transnational Law*, 2013, vol. 5.

61. Crawford, J. *Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law*. La Haya: Brill, 2014.

62. Crema, L. «Subsequent Agreements and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention». En *Treaties and Subsequent Practice.* Nolte, G. (ed.). Nueva York: Oxford University Press, 2013.

63. Crivellaro, A. «Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes». En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, vol. 4.

64. Crow K. y L. Lorezoni. *International Corporate Obligations, Human Rights and the Urbaser Standard: Breaking New Ground*. Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2017.

65. Lepard, Brian D. *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

66. D'Amato, A. «International Law, Intertemporal Problems». En *Encyclopedia of Public International Law.* Bernhardt, R. (ed.), 1992.

67. David, E. «Primary and Secondary Rules». En *The Law of International Responsibility*. Crawford, J. *et alii* (ed.). Oxford: Oxford Scholarship, 2010.

68. De Brabandere, E. «Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos-Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals». En *Icsid Review*, 2015, vol. 30, n.° 2.

69. De Brabandere, E. «Human Rights Considerations in International Investment Arbitration». En Fitzmaurice, M. y P. Merkouris (Eds.), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications.* Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

70. De Vitoria, F. *Sobre los indios*. Madrid: Tecnos, 2007, 2.ª edición.

71. Díez de Velasco, M. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 2007, 16.ª edición.

72. Díez de Velasco, M. *Instituciones del derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 2007, 16.ª edición.

73. Dolzer R. y C. Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford Scholarship, 2012, 2.ª edición.

74. Dolzer, R. «Comments on Treaty Arbitration and International Law». En *International Council of Commercial Arbitration. Back to Basics? Good Faith and Estoppel*, 2006.

75. Dolzer, R. «Indirect Expropriations: New Developments?». En *New York University Environmental Law Journal*, 2002, vol. 64.

76. Dolzer, R. y C. Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2012, 2.ª edición.

77. Douglas, Z. *The International Law of Investment Claims.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

78. Dupuy, F. y P.-M. Dupuy. «What to Expect from Legitimate Expectations? A Critical Appraisal and Look into the Future of the "Legitimate Expectations". Doctrine in International Investment Law». En *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*. Abdel Raouf, M. *et. al*. (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2015.

79. Dupuy, P.M. «The Danger of Fragmentation of the International Legal System and the International Court of Justice». En *NYU Journal of International Law and Politics,* 1999, n.° 31.

80. Dupuy, P.M. «Unification rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law». En *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Dupuy, P.M., E.U. Petersmann y F. Francioni (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2009.

81. Dupuy, P.M. y J.E. Viñuales. «Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress». En *International Investment Law.* Bungenberg, M., J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch (eds.). Baden: Nomos, 2012.

82. Dworkin, R. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

83. Fach K. «Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest». En *Fordahm International Law Journal*, 2005, vol. 35, n.° 2.

84. Fachiri, A.P. «International Law and the Property of Aliens». En *British Journal of International Law*, 1929, vol. 10.

85. Faya Rodríguez, A. «¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo. En *Foro de arbitraje en materia de inversión: Tendencias y novedades.* Rodríguez, S. y H. Woss (coords.). México D.F.: UNAM, 2013.

86. Fernández, P. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1996.

87. Ferrari, F. «*Forum shopping*: La necesidad de una definición amplia y Neutra». En *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2014, vol. 7, n.° 2.

88. Feuerle, P. «International Arbitration and Choice of Law under article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes». En *Yale Journal of International Law*, 1978, vol. 4, n.° 1.

89. Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011, 2.ª edición.

90. Føllesdal, A. *et. alii. The Legitimacy of International Human Rights Regimes Legal, Political and Philosophical Perspectives.* Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

91. Fortier, L.Y. y S. L. Drymer. «Indirect Expropiation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or *Caveat Investor*». En *Icsid Review*, 2004, vol. 19, n.° 2.

92. Francioni, F. «Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law». *The European Journal of International Law*, 2009, vol. 20, n.° 3.

93. Fry, J.D. «International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity». En *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2007, vol 88, n.° 77.

94. Gaillard, E. e Y. Banifatemi. «The Meaning of "and" in article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the Icsid Choice of Law Process». En Icsid Review, 2003, vol. 18, n.° 2.

95. García Mora, M.R. «The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law». *Marquette Law Review*, 1950, vol. 33, n.° 4.

96. García-Amador, F.V. *The Changing Law of International Claims*. Nueva York: Oceana Publications, 1984, vol. 1.

97. García-Corrochano, L. «Competence and Jurisdiction in Public International Law: International Courts in the Americas». En *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour to Tullio Treves*. Boschiero, N. *et alii.* La Haya: T.M.C. Asser Press, 1984.

98. Gardiner K. *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 2.ª edición.

99. Gazzini, T. «General Principles of Law in the Field of Foreign Investment». En *The Journal of World Investment and Trade*, 2009, vol. 10, n.° 1.

100. Gazzini, T. *Interpretation of International Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

101. George, R.P. *Entre el derecho y la moral*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2010.

102. Gertz, G. *The International Investment Regime is Stronger Than You Think. Understanding the Interplay of Diplomatic, Insurance and Legal Approaches for Protecting FDI. GEG Working Paper 2015/96.* The Global Economic Governance Program. Oxford: Oxford University, 2015.

103. Gharavi, H. «Icsid Annulment Committees: The elephant in the room. *Global Arbitration Review,* 2015, vol. 10, n.° 1.

104. Gonzáles de Cossío, F. *Arbitraje de inversión*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2009.

105. Gonzáles de Cossío, F. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, 3.ª edición.

106. González García, L. «The Role of Human Rights in International Investment Law». En *The future of Icsid and the Place of Investment Treaties in International Law: Investment Treaty Law Current Issues (Current Issues in Investment Treaty Law)*. Jansen Calamita, N. *et alii.* Londres: British Institute of International & Comparative Law, 2013.

107. Gordon Lauren, P. *The evolution of international human rights. Visions seen.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011, 3.ª edición.

108. Gourgourinis, A. «General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System». En *The European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, n.° 4.

109. Grigera-Naón, H. «Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks». *Freshfield Lectura*. Londres: Kluwer Arbitration Law, 2004.

110. Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

111. Hafner, G. «Pros and cons ensuing from Fragmentation of International Law». En *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, vol. 25.

112. Hannum, H. (ed.). *Guide to International Human Rights Practice*. Devon: Transnational Publishers LC., 2004, 4.ª edición.

113. Hanotiau, B. «L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales». En *L'arbitrage complexe, Special Supplement Bull ICC*, 2003, vol. 45.

114. Heeijin, K. *Regime Accommodation in International Law. Human Rights in International Economic Law and Policy*. Brill|Nijhoff, 2006.

115. Henckles, C. *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration.* Cambridge University Press, 2015.

116. Hertz, J.G. «Expropriation of Foreign Property». En *The American Journal of International Law*, 1991, vol. 243.

117. Higgins, R. «The Taking of Property by the State: Recent Development in International Law». En *Collected Courses of The Hague Academy*, 1982, vol. 176.

118. Higgins, R. «Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law, en Themes and Theories». En *Themes and Theories: Selectes Essays, Speeches, Writings in International Law*. Higgins, R. Oxford, 2009.

119. Hoffmann, A.K. «Counterclaims in Investment Arbitration». En *ICSID Review*, 2013, vol. 28, n.° 2.

120. Igbokwe, V.C. «Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations». En *Journal of International Arbitration*, 2006, vol. 23, n.° 4.

121. Indlekofer, M. *International Arbitration and The Permanent Court of Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International BV, 2013.

122. Jacobs, F. y R.C.A White. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1996, 4.ª edición.

123. Jansen Calamita, N.J. «International human rights and the interpretation of international investment treaties: constitutional considerations». En *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*. Baetens, F. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

124. JENKS, W.C. «The Conflict of Law-Making Treaties». *British Yearbook of International Law*, 1953, vol. 30.

125. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. «State Responsability for the Nationalization of Foreign Owned Property». En *New York University Journal of International Law and Politics*, 1978, vol. 11, n.° 2.

126. RE, Edward D. (Judge). «Human Rights, International Law and Domestic Courts». En *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 1996, vol. 4, n.° 1.

127. JUILLARD, P. «L'evolution des sources de droit des investissements». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1994, vol. 250.

128. KARAMANIAN, S.L. «Human Rights Dimensions of Investment Law». *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. En De Wet, E. y J. Vidmar. Oxford: Oxford University Press, 2012.

129. KARAMANIAN, S.L. «The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration». En *Lewis and Clark Law Review*, 2013, vol. 17.

130. KARAMANIAN, S.L. «Human Rights Dimensions of International Law». En *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights.* De Wet, E. y J. WIDMAR (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

131. KATES, M. *The Origins of International Investiment Law. Empire, Environment and Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

132. Kaufmann-Kohler, G. «Is Consistency a Myth?». En *Precedent in International Arbitration*. Gaillard, E. y Y. Banifatemi (eds.). Nueva York: Juris Publis, 2008.

133. Kaufmann-Kohler, G. *et alii*. «Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently?». En *Icsid Review*, 2006, vol. 21, n.° 1.

134. Kingsbury, B. «Foreword: Is the proliferation of international tribunals a problem?». , *New York Journal of International Law and Politics*, 1999, vol. 31.

135. Kingsbury, B. y S. Schill. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*. Nueva York: Institute for International Law and Justice - New York University, 2009.

136. Kinnear, M. «Treaties as Agreements to Arbitrate: International Law as the Governing Law». En *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Van den Berg, A. (ed.). La Haya: Kluwer Arbitration International, 2007.

137. Klabbers, J. *Treaty Conflict and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

138. Klager, R. «"Fair and Equitable Treatment" and Sustainable Development Sustainable Development in World Investment Law. En Cordonier, S. *et al*. Londres: Wölters Kluwer, 2011.

139. Kleinlein, T. «Customary International Law and General Principles. Rethinking their relationship». En *Reexamining*

Customary International Law. Lepard, B.D. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

140. Knoll-Tudor, I. «The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms». En *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Marie-Dupuy, P.E. Petersmann y F. Francioni (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2010.

141. Kolb, R.W. «Sovereign Debt: From Safety to Default». En *Wiley, The Robert W. Kolb Series in Finance*, 2011, p. 3.

142. Koskenniemi, M. y P. Leino. «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties». En *Leiden Journal of International Law*, 2002, n.° 15.

143. Krasner, D. «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables». En *International Regimes.* Krasner, D. (ed.). Nueva York: Cornell University Press, 1983.

144. Kriebaum, U. «Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights». En *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*. Reinisch, A. y U. Kriebaum (eds.), 2007.

145. Kriebaum, U. «The Nature of Investment Disciplines». En *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice.* Douglas, Z. *et alii.* (eds). Oxford: Oxford University Press, 2014.

146. Krommendijk, J. «Proportionality by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of

Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration». En *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Dupuy, P.M., E.U. Petersmann y F. Francioni (eds.). Oxford: Oxford University press, 2009.

147. Kube, V. y E.U. Petersmann. «Human Rights Law in International Investment Arbitration». En AJWH, 2016, vol. 11, n.° 1 (2016).

148. Kurtz, J. «Building legitimacy through interpretation in Investor-State Arbitration: On consistency, coherence and the identification of applicable law». En *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Douglas, Z. *et alii*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

149. Lalive, P. «The Doctrine of the Acquired Rights». En *Selected Reading on the Protection of Foreign Investment.* Texas: South Western Legal Foundation, 1964.

150. Lamond, D. «Precedent and Analogy in Legal Reasoning». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Zalta E.N. (ed.). Spring, 2016.

151. Landau, T. «Rethinking the Substantive Standards of Protection Under Investment Treaties (Response to the Report)». En *Flaws and Presumptions Rethinking Arbitration Law and Practice in New Arbitral Seat*. The Mauritius International Arbitration Conference, 2010.

152. Lauterpacht, E. *Aspects of the Administration of International Justice*. Grotius, 1991.

153. LAUTERPACHT, H. «Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties». Londres: *British Journal of International Law*, 1949, vol. 48.

154. LAUTERPACHT, H. (ed.). *Oppenheim's International Law*, 1955, vol. 1, 8.ª edición.

155. LEPARD, B.D. *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2012.

156. LEW, J.D.M. «Icsid Arbitration: Special Features and Recent Developments». En *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. Kluwer Arbitration International. Horn, N. (ed.), 2004.

157. LÓPEZ-BASSOLS, H. *Derecho internacional público y jurisprudencia internacional*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2014, 2014, 4.ª edición.

158. LOWE, V. «Changing Dimensions of International Investment Law». En *Chinese Academy of International Law*. Working paper n.° 4/2007, 2007.

159. LOWE, V. «Overlapping Jurisdiction in International Tribunals». En *Australian Yearkbook of International Law*, 1999, vol. 11.

160. MANN, H. *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2008.

161. MARBOE, I. *Calculation of compensation and damages in international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

162. Martínez, J.S. *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*. Nueva York: Oxford University Press.

163. Massouridis, P.A. «The Effects of Confiscation, Expropriation and Requisition by a Foreign Authority». En *Revue Hellenique De Droit International*, 1950, vol. 62, n.° 3 (1950).

164. Matthews, J. «Proportionality Review in Administrative Law». En *Comparative Administrative Law*. Rose-Ackerman, S., P.L. Lindseth y B. Emerson, Edward Elgar Publishing, 2017, 2.ª edición.

165. Matz-Luck, N. «Norm Interpretation across International Regimes: Competences and Legitimacy». En *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Young, M. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

166. Matz-Luck, N. «Norm Interpretation across International Regimes: Competences and Legitimacy». En *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Young, M. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

167. McLachlan, C. *et alii. International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 1.ª ed.

168. McLachlan, C. «Is there an Evolving Customary International Law on Investment?». En *Icsid Review,* 2016, vol. 31, n.° 2.

169. Mclachlan, C. «*Lis Pendens* in International Litigation». En *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 2008, vol. 336.

170. McLachlan, C. «The Principle of System Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol. 54.

171. McLachlan, C. *et alii*. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

172. McLachlan, C. «Investment Treaties and General International Law». En *The International and Comparative Law Quarterly*, 2008, vol. 57.

173. Merkouris, P. *Article 31(3)(c) of the VCLT and The Principle of Systemic Integration.* Leiden: Brill|Nijhoff, 2015.

174. Merton, T. «Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law». Oxford: Clarendon Paperback, 1991, pp. 92-95.

175. Mostafa, B. «The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law». En *Australian International Law Journal*, 2008, vol. 15.

176. Nassar, N. «Internationalization of State Contracts: Icsid, The Last Citadel». En *Journal of International Arbitration*, 1987, vol. 14, n.° 3.

177. Nelson, T.G. «History ain't changed: Why Investor-State Arbitration will survive the "New Revolution"». En *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Waibel, M. *et alii*. La Haya: Kluwer Law International, 2010.

178. Newcombe, A. General Exceptions in international investment agreements en *Sustainable development in world invest-*

ment law. Cordonier Segger, M.C. M. Gehring, y A. Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer International Law, 2011.

179. Newcombe, A. y L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009.

180. Novak, F. y L. García-Corrochano. *Derecho internacional público.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, tomos ii y iii.

181. Oellers-Frahn, K. «Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction-Problems and Possible Solutions». En *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, vol. 5.

182. Orakhelashvili, A. *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford Universty Press, 2008.

183. Orrego-Vicuña, F. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

184. Paparinskis, M. «Inherent Powers of Icsid Tribunals: Broad and rightly so». En *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Laird, I. y T. Weiler (eds.). Nueva York: Juris Publishing, 2012.

185. Parra, A.R. «Applicable Law in Investor State Arbitration». En *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

186. PARRA, R. «The Convention and Centre for Settlement of Investment Disputes». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 374.

187. PAULSSON, J. «Arbitration withouth privity». *Icsid Review,* 1985, vol. 10, n.° 2.

188. PAULSSON, J. «International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law». En *ICCA Congress Series*. Londres: Wölters Kluwer, 2007, n.° 13.

189. PAULSSON, J. «Jurisdiction and Admissibility». En ICC, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honor of Robert Biner*. París: ICC Publishing, 2005.

190. PAUWELYN, J. «Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Self-Contained Islands». En *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25.

191. PAUWELYN, J. «Fragmentation of International Law». En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2006.

192. PAUWELYN, J. «Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law». En *The Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Douglas, Zachary *et alii* (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2014.

193. PAUWELYN, J. *Conflicts of Norms in Public International Law: How WTO Rules Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

194. Pauwelyn, J. y L.E. Salles. «Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)possible Solutions». En *Cornell International Law Journal*, 2009, vol. 42, n.° 1.

195. Peces-Barba, G. y E. Fernández. *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, tomo I.

196. Pellet, A. «Commentary to article 38 of the International Court of Justice Statute». En *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Zimmeramann, A. *et alii* (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2015, 2.ª edición.

197. Pellet, A. «Police Powers or the State's Right to Regulate». En *Building International Investment Law: The First 50 Years of Icsid*. Kinnear, M. (ed.). Londres: Kluwer Law International, 2015.

198. Pérez Luño, A.E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos Editorial, 2005, 9.ª edición.

199. Peters, C.J. «Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in *Stare Decisis*». En *The Yale Journal*, 1996, vol. 105, n.° 8.

200. Peterson, L. y K.R. Gray. *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development (IISD), 2005.

201. Porras, I.M. «Constructing International Law in the East Indian Seas: Property, Soverignty, Commerce and War in Hugo Grotius De lure Praedae-The Law of Prize and Booty, or "On How to Distinguish Merchants from Pirates"». En

Brooklyn Journal of International Law. Nueva York: Brooklyn Law School, 2006, vol. 31, n.° 3.

202. Potestá, M. «Legitimate expectations in investment treaty law: Understaning the roots and limits of a controversial concept». En *Icsid Review*, 2013, vol. 28.

203. Radi, Y. «Philip Morris *vs*. Uruguay: Regulatory Measures in International Investment Law: To be or not to be compensated?». En *Icsid Review*, 2018, vol. 33, n.° 1.

204. Radit, Y. «Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: A Perspective from within the International Investment Law Toolbox». En *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. xxxvii.

205. Rafat, A. «Applicability of the Public-Purpose Principle to Cases Arising under International Law from the Expropriation of Alien Private Property». En *University of Detroit Law Journal,* 1966, vol. 43.

206. Ratner, S. «Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law». En *American Journal of International Law*, 2008, vol. 102.

207. Ratner, S.R. «Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility». *Yale Law Journal*, 2011, vol. 111, n.° 3.

208. Reinisch, A. «The use and limits of *res iudicata* and *lis pendens* as procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes». En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2004, vol. 3.

209. Reinisch, A. *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

210. Reisman, M. «The Regime for Lacunae in the Icsid Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold». En *Icsid Review*, 2000, vol. 15, n.° 2.

211. Rigo Sureda, A. «Precedent in Investment Treaty Arbitration». En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Binder, C. *et alii*. (eds.). Oxford: Oxford Scholarship, 2009.

212. Rigo Sureda, A. *Investment Treaty Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

213. Romano, C. «The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent». En *New York University Journal of International Law and Politics*. Nueva York, 2007, vol. 39.

214. Romesh, J. *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2012.

215. Root, E. «The basis of protection to citizens residing abroad». *The American Journal of International Law*, 1910, vol. 4, n.° 3.

216. Roth, A.H. *The Minimum Standard of International Law applied to aliens*. Leiden, 1949.

217. Ruzi Fabri, H. «The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for Regulatory Expropriations of the Property of Foreign Investors». *N.Y.U. Environmental Law Journal*, 2002, vol. 48.

218. SABATER A. «Towards Transparency in Arbitration (A cautious approach)». En *Berkeley International Law Publicist*. Nueva York, 2010, vol. 5.

219. SACERDOTI, G. «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1997, vol. 269.

220. SALACUSE, J.W. «BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries». En *The International Lawyer*, 1990, vol. 24.

221. SALACUSE, J.W. «The Treatification of International Investment Law». En *Law and Business Review of the Americas*, 2007, vol. 13.

222. SALACUSE, J.W. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 2.ª edición, 2015.

223. SALLES, E. *Forum Shopping in International Adjudication*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

224. SCHACHTER, O. «International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1982, vol. 178.

225. SCHILL, S.W. «International Arbitrators as System-Builders». En *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 2012, vol. 106.

226. Schill, S.W. «Illegal Investments in International Arbitration». En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, vol. 11, n.° 2.

227. Schlemmer-Schulte, S. «Fragmentation of International Law: The Case of International Finance & Investment Law *versus* Human Rights Law». En *Global Business & Development Law Journal*, 2012, vol. 25.

228. Schreuer *et alii. The Icsid Convention: A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 2.ª edición.

229. Schreuer, C. «Coherence and Consistency in International Investment Law». En *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum.* Echandi, R. y P. Sauvé (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

230. Schreuer, C. «Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration». En *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2014, vol. 1, n.° 1.

231. Schreuer, C. y C. Reiner. «Human Rights and International Investment Arbitration». En *Human Rights in International Investment Law and Arbitration.* Dupuy, P.M. *et alii.* Oxford: Oxford Scholarship, 2009.

232. Scott, J.B. *Reports to the Hague Conference of 1899 and 1907*, 1917.

233. Shany, Y. «Jurisdiction and Admissibility». En *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Romano, C.P.R. *et alii.* (eds.). Oxford: Oxford Scholarship, 2013.

234. Shany, Y. *The Competing Jurisdiction of International Court and Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

235. Shawcross, H. «The problems of Foreign Investment in International Law (102)». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law,* 1961.

236. Shelton, D. *Soft Law*, *Public Law and Legal Theory Working Paper n.° 322*. Washington D.C.: The George Washington University Law School, 2008.

237. Shihata, I.F.I. «Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes». *Icsid Review,* 1986, vol. 1.

238. Shihata, I.F.I. y A.R. Parra. «Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the Icsid Convention». En *Planning efficient arbitration proceedings: The law applicable in international arbitration*. Jan Van den Berg, A. (ed.). Londres: Kluwer Law International, 1996.

239. Shore, L. y L. Tan. «Investment Treaty Tribunales, Human Rights and International Law». En *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers.* Rovine, A.W., 2014, vol. 8.

240. Silberman Abella, R. «International Law and Human Rights: The Power and the Pity. *McGuill Law Journal.* Canadá, 2010.

241. Simma B. y D. Pulkwoski. «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law». *The European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, n.° 3.

242. Simma, B. «From Bilateralism to Community Interest in International Law». En *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1994, n.° 250.

243. Simma, B. «Foreign Investment Arbitration: A place for human rights?». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, vol. 60, n.° 3.

244. Simma, B. y D. Pulkwoski, «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law». En *The European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, n.° 3.

245. Simma, B. y P. Alston. «The Sources of Human Rights Law: Custom, *jus cogens* and principles». En *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, n.° 82.

246. Simma, B. y T. Kill. «Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps towards a Methodology». En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Binder, C. *et alii.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

247. Simma. B. *et alii*. *The Charter of United Nations: A commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 3.ª edición, vol. 3.

248. Sinclair, I. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester: Manchester University Press, 1984, 2.ª edición.

249. Snodgrass, B. «Protecting Investor's Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle». En *Icsid Review*, 2006, vol. 21, n.° 1.

250. Sohn, L. B. y R. B. Baxter. «Responsability of the States for Injuries to the Economic Interests of Aliens». En *American Journal of International Law*, 1961, vol. 55.

251. Sornarajah, M. *International law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 3.ª edición.

252. Spiermann, O. «Applicable Law». En *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Muchlinski, P. *et alii*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

253. Sprankling, J.G. *The International Law of Property*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

254. Stern, B. «Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes». En *Icsid Review*, 2007, vol. 22, n.° 2.

255. Stone Sweet, A. «Proportionality, General Principles of Law and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez». En *New York University Journal of International Law and Politics*, 2014, vol. 46.

256. Taillant, D. y Bonnitcha, J. «International Investment Law and Human Rights». En *Sustainable Development in World Investment Law.* Cordonier Segger, M., M.W. Gehring y A. Newcombe (eds.). Londres: Kluwer Law International, 2011.

257. Tamburini, F. «Historia y destino de "La doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?». En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* 2002, vol. 24.

258. Teitel, R. *Humanity's Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

259. Teitel, R. y R. Howse. «Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order». En *New York Journal of International Law and Politics*, 2009, vol. 41.

260. Thomas Johnson Jr, O. y J. Gimblett. «From Gunboats to BITs: The evolution of modern international investment law». En *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*. Sauvant, K.P. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

261. Thomas, A.C. QC y H.K. Dhillon. «Applicable law under International Investment Treaties». En *Singapore Academy Law Journal*, 2014, vol. 26.

262. Titi, A. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Nomos, 2014.

263. Trakmond, E. y N.W. Ranieri (eds.). *Regionalism in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

264. Treves, T. Customary International Law. En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

265. Ulloa, A. *Derecho Internacional Público.* Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1938, 2.ª edición, tomo I.

266. Vadi, V. *Public Health in International Investment Law and Arbitration*. Oxfordshire: Taylor & Francis Group, 2013.

267. Van Aken, A. «Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law». En *Finnish Yearbook of International Law*, 2006, vol. xvii, p. 94.

268. Van-Harten, G. y M. Loughlin. «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». En *The European Journal of International Law*, 2006, vol. 17.

269. Vattel, E. *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature applied to The Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Philadelphia: T. & J. W. Johnson & Co., 1858, 6.ª edición.

270. Verdross, A. «Regles Internationales concernant le traitement des étrangers». *Rcadi,* 1931-III, n.º 37.

271. Viñuales, J.E. «Customary Law in Investment Arbitration». En *The Italian Journal of International Law*, 2014, vol. 23.

272. Viñuales, J.E. «Human rights and investment arbitration: The role of *amicus curiae*». En *Revista Colombiana de Derecho Internactional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006, n.° 8.

273. Viñuales, J.E. «Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments» En *Icsid Review*, 2017, vol. 32, n.° 2.

274. Walde, T. «The Specific Nature of Investment Arbitration». En *New Aspects of International Investment Law.* Kahn, P. y T. Walde (eds.). Leiden: Nijhoff, 2007.

275. Wang, W. «Note: The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions». En *Icsid Review*, 2017, vol. 13, n.° 2.

276. Weiner, S. «Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of "Legitimate" Regulatory Purposes». En *International Law Forum*, vol. 5.

277. Wells Sheffer, M. «Bilateral Investment Treaties: A friend or foe to human rights?». En *Denver Journal of International Law*, 2010, vol. 39, n.° 3.

278. Whiteman, M.M. «*Jus Cogens* in International Law, with a projected list». En *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1977, vol. 7.

279. Young, M. «Introduction». En *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Young, M. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

II. Jurisprudencia

Tribunales arbitrales de inversión

1. *Abalclat y otros vs. la República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/07/5, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad.

2. *ABCI Investments N.V. c/* République tunisienne. Affaire Cirdi n.° ARB/04/12, *oppinion dissidente du Professeur Brigitte Stern*.

3. *Abel A Hamadi Al Tamimi vs. Sultanate of Oman. Icsid Case* n.° ARB/11/33, *award*.

4. ADC *Affiliate Limited and* ADC *& ADMC Management Limited vs. The Republic of* Hungary. *Icsid Case* n.° ARB/03/16, *award*.

5. *ADF Group Inc. and United States of America*. *Icsid Case* n.° ARB (AF)/00/1, *award*.

6. *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona and Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*. *Icsid Case* n.° ARB/03/19, *order in response to a petition for transparency and participation* as *amicus curiae.*

7. *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia*. Caso n.° ARB/02/3, *decision on respondent's objections to jurisdiction.*

8. *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. y la República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/03/17, resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*.

9. *Alphaprojektholding Gmbh vs. Ukraine. Icsid Case* n.° ARB/07/16, *award*.

10. *Ambiente Ufficio S.p.A. and others and the Argentina Republic. Icsid Case* n.° ARB/08/9, *decision on jurisdiction and admissibility.*

11. *Ambiente Ufficio S.p.A. and others and the Argentina Republic. Icsid Case* n.° ARB/08/9, *dissenting opinion of* Santiago Torres Bernárdez.

12. *Amco Asia Corporation and other vs. Republic of Indonesia. Icsid Case* n.° ARB/81/1, *decision on the application for annulment.*

13. *Amco Asia Corporation and other vs. Republic of Indonesia. Icsid Case* n.° ARB/81/1, *decision on jurisdiction*.

14. *Anglia Auto Accesories Limited vs. The Czech Republic. SCC Arbitration Case* n.° V 2014/181, *final award.*

15. *Apotex Holding and Apotex Inc vs. The United States of America. Icsid Case* n.° ARB (AF)/12/1, *procedural order on the participation of the applicant, Mr. Barry Appleton, as a non-disputing party*.

16. *Asian Agricultural Products Ltd. vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, *award*.

17. *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. (Aucoven) c/ Republica Bolivariana de Venezuela.* Caso Ciadi n.° ARB/00/5, laudo.

18. *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. (Aucoven) c/ República Bolivariana de Venezuela*. Caso Ciadi n.° ARB/00/5, decisión sobre competencia.

19. *AWG Group Ltd. vs. The Argentina Republic*. Uncitral, *separate opinion of arbitrator Pedro Nikken*.

20. *Azurix Corp. y la República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/01/12, laudo.

21. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sayani vs. Islamic Republic of Pakistan. Icsid Case* n.° ARB/03/29, *award*.

22. *Bear Creek Corporation vs. Republic of Peru. Icsid Case* n.° ARB/14/21, *Procedural Order* n.° 5.

23. *Bear Creek Mining Corporation c/ República del Perú.* Caso Ciadi n.° ARB/14/21, laudo.

24. *Bear Creek Mining Corporation vs. Republic of Peru*. *Icsid Case* n.° ARB/14/21, opinión parcialmente disidente profesor Philippe Sands Q.C.

25. *Bernardus Henricus Funnekotter and other vs. Republic of Zimbabwe. Icsid Case* n.° ARB/05/6, *award*.

26. *Bernhard Von Pezold and other vs. Republic of Zimbabwe y Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited and Hangani Development Co. (Private) Limted vs. Republic of Zimbabwe. Icsid Case* n.° ARB 10/25, *Procedural Order* n.° 2.

27. *Bernhard Von Pezold and other vs. Republic of Zimbabwe y Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited and Hangani Development Co. (Private) Limted vs. Republic of Zimbabwe. Icsid Case* n.° ARB/10/15, *award*.

28. *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. vs. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, *Award of Jurisdiction and Liability* [*Case Report*, *Cambridge Law Reports*, 1989].

29. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs. Tanzania. Icsid Case* n.° ARB/05/22, *Procedural Order* n.° 5 *on amicus curiae*.

30. *Burlington Resources Inc. vs. Republic of Ecuador. Icsid Case* n.° ARB/08/5, *decision on reconsideration and award*.

31. *British Caribbean Bank Limited (Turks & Caicos) and the Government of Belize. PCA Case* n.° 2010-18, *award*.

32. *Cambodia Power Company c. Cambodia and Electricité du Cambodge LLC. Icsid Case* n.° ARB/09/18, 2011, *decision on jurisdiction*.

33. *Canfor Corporation vs. United States, Tembec et al vs. United States and Terminal Forest Products Ltd. vs. United States.* Uncitral, *preliminary question*.

34. *Canfor Corporation vs. United States, Tember et al vs. United States y Terminal Forest Products Ltd. vs. United States.* Uncitral, *order of the Consolidation Tribunal.*

35. *Caratube International Oil Company LLP vs. Republic of Kazakhstan*. *Icsid Case* n.° Arb/08/12, *award*.

36. *Champion Trading Company, Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba vs. Arab Republic of Egypt*. *Icsid Case* n.° ARB/02/9, *decision on jurisdiction*.

37. *Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) vs. Government of Canada.* Uncitral, *award*.

38. *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd vs. Republic of Indonesia. Icsid Case* n.° ARB/12/14, *award*.

39. *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. vs. Government of Canada*. *PCA Case* n.° 2009-04, *award on jurisdiction and liability*.

40. *CMS Gas Transmission Company and The Republic of Argentina. Icsid Case* n.° ARB/1/18, *award*.

41. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. the Republic of Costa Rica. Icsid Case* n.° ARB/96/1, *final award*.

42. *ConocoPhillips Petrozuata, ConocoPhillips Hamaca BV and ConocoPhillips Gulf of Paria BV vs. the Republic of Venezuela. Icsid Case* n.° ARB/07/30, *decision on respondent request for reconsideration, dissenting opinion of George Abi-Saab*.

43. *Copper Mesa Mining Corporation vs. Ecuador. PCA Case* n.° 2012-2, *award*.

44. *Copper Mesa Mining Corporation vs. The Republic of Ecuador. PCA Case* n.° 2012-2, *award*.

45. *Corn Products International Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos y Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients America Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos.* Caso Ciadi n.° ARB (AF)/04/5, orden del Tribunal de Acumulación.

46. *David Aven y otros y la República de Costa Rica.* Caso n.° UNCT/15/3, laudo final.

47. *Desert Line Projects LLC vs. Republic of Yemen. Icsid Case* n.° ARB/05/17, *award*.

48. *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. (Duke) c/ República del Ecuador.* Caso Ciadi n.° ARB/04/19, laudo.

49. *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) vs. The Czech Republic. SCC Case* n.° 088/2004, *partial award*.

50. *Eco Oro Minerals Corp. vs. Republic of Colombia*. *Icsid Case* n.° ARB/16/41, *Procedural Order* n.° 6.

51. *EDF (Services) Limited and Romania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/13, *award*.

52. *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. vs. Republic of Argentina*. *Icsid Case* n.° ARB/03/23, *award*.

53. *Emilio Agustín Maffezini c/ el Reino de España. Caso Ciadi* n.° ARB/97/7, decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción.

54. *Emmis International Holding B.V., Emmis Radio Operating B.V. y Mem Magyar Electronic Media Kereskedelemi* És *Szolgáltató KFT. vs. Hungary*. *Icsid Case* n.° ARB/12/2, *decision on respondent's objection under Icsid Arbitration Rule n.° 41* (5).

55. *Encana Corporation c/ República de Ecuador.* Uncitral, laudo arbitral.

56. *Enron and Poderosa Assets L.P. vs. The Argentine Republic. Icsid Case* n.° ARB/01/3, *decision on jurisdiction*.

57. *Eureko B.V. and the Slovak Republic.* Uncitral, *award on jurisdiction, admissibility and suspension.*

58. *Fireman's Fund Insurance Company y los Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.° ARB (AF)/02/1, laudo.

59. *Flemingo DutyFree Shop Private Limited vs. The Republic of Poland*, *Uncitral arbitration*, *award*.

60. *Fraport AG Frankfurt Airport Services WorldWide vs. Republic of the Phillipines. Icsid Case* n.° ARB/03/25, *award*.

61. *Frontier Petroleum Services Ltd. vs. Czech Republic*, *final award.*

62. *Generation Ukraine Inc. vs. Ukraine*. *Icsid Case* n.° ARB/00/9, *award*.

63. *Glamis Gold Ltd. vs. United States of America.* Uncitral, *award*.

64. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Kenneth Hill and Arthur Montour, Jr. vs. The Government of the United States of America*, Uncitral, *award*.

65. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Kenneth Hill and Arthur Montour, Jr. vs. The Government of the United States of America*, *Claimant's Memorial, Merits Phase*.

66. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG vs. Republic of Ghana*. *Icsid Case* n.° ARB/07/24, *award*.

67. *Hesham Talaat M. AlWarraq vs. Republic of Indonesia*, *final award*.

68. *Hicee B.V. and The Slovak Republic*. *PCA Case* n.° 2009-11, *partial award*.

69. *I.P Busta and J.P Busta vs. The Czech Republic*. *SCC Arbitration Case* n.° V2015/014, *award*.

70. *Iberdrola Energía S.A. c/ La República de Guatemala*. *Caso Ciadi* n.° ARB/09/5, laudo.

71. *ICS Inspection and Control Services Limited vs. Argentine Republic. PCA Case* n.° 2010-9, *award on jurisdiction*.

72. *Impregilo S.p.A. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/07/17, laudo.

73. *Inceysa Vallisoletana SL. y República del Salvador.* Caso Ciadi n.° ARB/03/26, laudo.

74. *Infinito Gold LTD. vs. Republic of Costa Rica. Icsid Case* n.° ARB/14/5, Procedural order n.° 2.

75. *Ion Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. vs. Romania. Icsid Case* n.° ARB/05/20, *decision on jurisdiction and admissibility*.

76. *Ion Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. vs. Romania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/20, *award*.

77. *Ionanis Kardassopoulos vs. Georgia. Icsid Case* n.° ARB/05/18, *decision on jurisdiction*.

78. *Itera International Energy LLC. and Itera Group NV vs. Georgia. Icsid Case* n.° ARB/08/7, *decision on admissibility*.

79. *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. y Agurdino-Chimia JSC vs. Republic of Moldova,* SCC, *award*.

80. *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine*, *Icsid Case* n.° ARB/06/18, *award on jurisdiction*.

81. *Klockner Industrie-Anlagen GmbH and other vs. Republic of Cameroon*, *decision on annulment*.

82. *Lanco International Inc. vs. The Republic of Argentina. Icsid Case* n.° ARB/97/16, *decision on jurisdiction*.

83. *Les Laboratoires Servier S.A.S., Biofarma S.A.S. y Arts et Technique du Progres S.A.S. vs. Republic of Poland*. Uncitral, *award*.

84. *LG&E Energy Corp c/ la República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad.

85. *Limited Liability Company Amto and Ukraine*. *SCC Case* n.° 080/2005, *award*.

86. *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c/ República del Ecuador.* Caso Ciadi n.° ARB/03/6, laudo.

87. *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c/ La República del Salvador.* Caso Ciadi n.° ARB/03/6, decisión sobre anulación.

88. *Malaysan Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia. Icsid Case* n.° ARB/05/10, *decision on the application for annulment*.

89. *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. vs. Republic of Albania. Icsid Case* n.° ARB/11/24, *award*.

90. *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c/ Costa Rica.* Caso Ciadi n.° ARB/08/1, laudo.

91. *Metal-Tech Ltd. vs. The Republic of Uzbekistan. Icsid Case* ARB/10/3, *award*.

92. *Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos.* Caso Ciadi n.° ARB (AF)/97/11, laudo.

93. *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. y República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/5, laudo sobre el fondo.

94. *Methanex Corporation and United States of America*. Nafta, *final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, part II*.

95. *Methanex Corporation and United States of America*. Uncitral, *Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as amici curiae*.

96. *Middle East Cement Shipping & Handling Co. S.A. vs. Arab Republic of Egypt. Icsid Case* n.° ARB/99/6, *award*.

97. *Mobil Corporations Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holdings Ltd., mobil Venezolana de Petróleos Inc., Mobil Cerro Negro Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Inc. and Bolivarian Republic of Venezuela. Icsid Case* n.° ARB/07/27, *decision on jurisdiction*.

98. *Mondev International Ltd. vs. United States of America*. *Icsid Case* n.° ARB (AF)/99/2, *final award*.

99. *Monsieur Joseph Houben c/ La Republique du Burundi.* Affaire Cirdi n.° ARB/13/7, *sentence*.

100. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile. Icsid Case* n.° ARB/01/7, *award*.

101. *National Grid PLC y República Argentina*, Cnudmi, decisión sobre competencia.

102. *Orascom TMT Investments S.A.R.L. vs. People's Democratic Republic of Algeria. Icsid Case* n.° ARB/12/35, *award*.

103. *P.L. Holdings S.A.R.L. vs. Republic of Poland*, *SCC Rules. Arbitration Case n.° V* 2014/163, *award*.

104. *Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador.* Caso Ciadi n.° ARB/09/12. *Amicus curiae* de 25 de julio de 2014 del *Center for International Environmental Law*.

105. *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) vs. The Republic of Albania. Icsid Case* n.° ARB/07/21, *award*.

106. *Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania. Icsid Case* n.° ARB/05/8, *award*.

107. Patrick H. Mitchell vs. The Democratic Republic of Congo. Icsid Case n.° ARB/99/7, *award* (*extracts*).

108. Patrick H. Mitchell vs. The Democratic Republic of Congo. Icsid Case n.° ARB/99/7, *decision on the application for annulment of the award*.

109. Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company y la República del Ecuador. Caso Ciadi n.° ARB/06/11, laudo.

110. Philip Morris Brands Sárl. y Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos y República Oriental de Uruguay. Caso Ciadi n.° ARB/10/7, laudo.

111. Phillip Morris Brand Sárl., Phillip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay. Caso Ciadi n.° ARB/10/07, opinión concurrente y disidente señor Gary Born.

112. Phoenix Actions Ltd. vs. The Czech Republic. Icsid Case n.° ARB/06/5, *award*.

113. Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria. Icsid Case n.° ARB/03/4, *award*.

114. Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria. Icsid Case n.° ARB/03/24, *decision on jurisdiction*.

115. Pope & Talbot Inc. vs. the Government of Canada. Uncitral, *interim award*.

116. Quasar de Valors SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A.y ALOS 34 S.L. and The Russian Federation, *SCC Arbitration*, *award*.

117. *Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. vs. Plurinational State of Bolivia*. Caso Ciadi n.° ARB/06/2, decisión sobre jurisdicción.

118. *Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. vs. Plurinational State of Bolivia. Icsid Case* n.° ARB/06/2, *award*.

119. *Ronald S. Lauder and The Czech Republic*. Uncitral, *final award*.

120. *RosInvestCo UK Ltd. and The Russian Federation*, *SCC Case* n.° V 079/2005, *award on jurisdiction*.

121. *S.D. Myers Inc. and Government of Canada*. Uncitral, *partial award*.

122. *Saipem S.p.A. vs. The People's Republic of Bangladesh. Icsid Case* n.° ARB/05/7, *decision on jurisdiction*.

123. *Salini Construtori S.P.A. and Italstrade S.P.A. vs. Kingdom of Morocco*. *Icsid Case* n.° ARB/00/4, *decision on jurisdiction*.

124. *Saluka Investment B.V. c/ Czech Republic*, *Uncitral Arbitration, partial award*.

125. *SAUR International S.A. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad.

126. *Sempra Energy International and Argentina Republic. Icsid Case* n.° ARB/02/16, *award*.

127. *Sempra Energy International vs. Argentina. Icsid Case* n.° ARB/02/16, *decision on Argentina's application for annulment of the award*.

128. *Señor Eudoro Armando Olguín c/ República de Paraguay.* Caso Ciadi n.° ARB/98/5, laudo.

129. *Señor Tza Yap Shum c/ la República del Perú.* Caso Ciadi n.° ARB/07/6, decisión sobre jurisdicción y competencia.

130. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company and the Government of Mongolia.* Uncitral, *award on jurisdiction and liability*.

131. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ La República de Paraguay.* Caso Ciadi n.° ARB/07/29, decisión sobre jurisdicción.

132. *SGS Société Genérale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines. Icsid Case* n.° ARB/02/6, *decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*.

133. *Siemens A.G. and The Argentine Republic. Icsid Case* n.° ARB/02/8, *award*.

134. *Société Generale (in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este S.A.) vs. The Dominican Republic. LCIA Case* n.° UN 7927, *award on preliminary objections to jurisdiction*.

135. *SouthAmerica Silver Limited c/ Estado Plurinacional de Bolivia.* Caso PCA n.° 2013-15, *respondent's Counter-Memorial*.

136. *SouthAmerica Silver Limited c/ Estado Plurinacional de Bolivia.* Caso PCA n.° 2013-15, laudo.

137. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt. Icsid Case* n.° ARB/83/3, *award on merits*.

138. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. [SPP] vs. Arab Republic of Egypt.* ICSID, *first decision on jurisdiction*.

139. Spyridon Roussalis vs. Romania. Icsid Case n.° ARB/06/1, *award*.

140. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Intergrales del Agua S.A. and The Argentina Republic. *Icsid Case* n.° ARB/03/17, *Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken.*

141. Swisslion DOO Skopje vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Icsid Case n.° ARB/09/16, *award*.

142. Técnicas Medioambientales S.A. Tecmed c/ Estados Unidos Mexicanos. Caso Ciadi n.° ARB (AF)/00/2, laudo.

143. Telefónica S.A. and The Argentine Republic. Icsid Case n.° ARB/03/20, *decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*.

144. The Canadian Cattlemen for Fair Trade vs. United States of America. Uncitral, *award on jurisdiction*.

145. The Renco Group Inc. c/ La República de Perú. Uncitral, laudo parcial sobre jurisdicción.

146. The Rompetrol Group N.V. vs. Romania. Icsid Case n.° ARB/06/3, *award*.

147. Total S.A. vs. Argentina Republic. Icsid Case n.° ARB/04/1, *decision on liability*.

148. Toto Costruzione Generali S.P.A. c/ The Republic of Lebanon. Icsid Case n.° ARB/07/12, *decision on jurisdiction*.

149. Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. vs. Republic of Turkey. Icsid Case n.° ARB/11/28, *decision on annulment*.

150. United Parcel Service America Inc. and Government of Canada, *decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as «Amici Curiae»*.

151. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia. Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Republic of Argentina. Icsid Case* n.° ARB/07/26, *award*.

152. Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. c/ República Bolivariana de Venezuela. Caso Ciadi n.° ARB/13/11, laudo.

153. Vanessa Ventures Ltd. vs. The Bolivarian Republic of Venezuela. Icsid Case n.° ARB (AF)/04/6, *decision on jurisdiction*.

154. Veteran Petroleum Limited (Cyprus) and the Russian Federation, Uncitral, *interim award on jurisdiction and admissibility*.

155. Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende y República de Chile. Caso Ciadi n.° ARB/98/2, laudo.

156. Vladimir Berschader and Moise Berschader vs. The Russian Federation. SCC Case n.° 080/2004, *award*.

*157. Waste Managment Inc. y Estados Unidos Mexicano*s (I). Caso Ciadi n.° ARB (AF)/98/2, laudo arbitral.

158. Wena Hotels Ltd. vs. Arab Republic of Egypt, *decision on annulment*.

159. William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. and The Government of Canada. PCA Case n.° 2009-04, *award on jurisdiction and liability*.

160. Windstream Energy LLC vs. Government of Canada. Uncitral Arbitration, award.

161. Wintershall Aktiengesellschaft c/ República Argentina. Caso Ciadi n.° ARB/04/14, laudo.

162. WNC Factoring Ltd. vs. Czech Republic. Uncitral, *PCA Case* n.° 2014-34, *award*.

163. Yaung Chi OO Trading Pte. Ltd. vs. The Government of the Union of Myanmar. Asean LD Case n.° ARB/01/1, *award*.

164. Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation. PCA Case n.° AA 227, *interim award on jurisdiction and admissibility*.

165. Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation, *PCA Case* n.° AA 227, *final award*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

166. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, sentencia (fondo, reparaciones y costas).

167. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia (fondo, reparaciones y costas).

168. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia (fondo, reparaciones, costas).

169. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, voto razonado del exjuez A. Cancado Trindade.

170. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Sentencia (fondo, reparaciones, costas).

171. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

172. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia (fondo, reparaciones, costas).

173. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia (fondo, reparaciones, costas).

174. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva n.° OC-18/03.

175. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinion Consultiva n.° OC-16/99.

176. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *López Ostra vs. Spain*, *judgment*.

177. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos vs. Russia*, *Application* n.° 14902/04, *judgment*.

Corte Permanente Internacional de Justicia/Corte Internacional de Justicia

178. Aegean Sea Continental Shelf (Greece vs. Turkey), *judgment*, 1978.

179. Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom), *merits*, 1953.

180. Asylum (Colombia v. Perú), *judgment*, 1950.

181. *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, 2007.

182. *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. United States of America vs. Mexico*, *judgment*, 1989.

183. *Case Concerning Kasiliki/Sedudu Island* (*Botswana/Namibia*), declaración de la ex-jueza R. Higgins, 1999.

184. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, *merits*, 1986.

185. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco,* judgment, 1952.

186. *Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium vs. Spain)*, 1970.

187. *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, *judgment*, 1929.

188. *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran)*, *judgment*, 1980.

189. *Case of the S.S. Wimbledon (United Kingdom of Great Britain. vs. Japan)*, *judgment*, 1923.

190. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany vs. Poland)*, *judgment*, 1925.

191. *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania), preliminary objections-dissenting opinion by* Dr. Igor Daxner, 1948.

192. *Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Article 2)* (Greek *vs*. Turkey), *advisory opinion*, 1925.

193. *Interhandel Case (Switzerland vs. United States of America), judgment,* 1959.

194. *Islands of Palma Case (United States vs. The Netherlands)*, *award*, 1928.

195. *La Grand (Germany vs. United States of America), judgment*, 2001.

196. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, *separate opinion* Judge B. Torres Hernández, 1992.

197. *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece vs. Great Britain), jurisdiction-judgment,* 1924.

198. *Nuclear Test Case (Australia vs. France)*, *judgment*, 1974.

199. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom), order of provisional measures*, 1992.

200. *Reparation for injuries suffered in the service of the Nations, advisory opinion*, 1949.

201. *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia vs. South Africa*), *preliminary objections-judgment*, 1962.

202. *The Factory at Chorzow* (Germany *vs*. Poland), *interpretation of judgments* n.os 7 and 8 - *dissenting opinion of judge* Anzilotti, 1928.

203. The Panevezys-Saldutiskis Railway Case (Estonia vs. Lithuania), judgment, 1939.

Otra jurisprudencia

204. Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil, Medida Cautelar n.° 382/10, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

205. Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention, (*Ireland vs. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*), *final award*.

206. Dolan vs. City of Tigard, Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

207. George W. Hopkins (U.S.A.) vs. United Mexican States, *award*, Comisión Mixta de Reclamaciones México-Estados Unidos de Amé-rica.

208. GPF GP S.á.r.l. vs. Republic of Poland, *High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales*.

209. *Guyana vs. Suriname*, *award*, tribunal arbitral constituido de conformidad al Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

210. Harry Roberts (U.S.A.) vs. United Mexican States, *award*, Comisión Mixta de Reclamaciones México-Estados Unidos de América.

211. L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) vs. United Mexican States, *award*, Comisión Mixta de Reclamaciones México-Estados Unidos de América.

212. *Marguerite de Joly de Sabla (United States) vs. Panama*, *award*.

213. *Mox Plant Case (Ir. vs. U.K.)*, *Order on Provisional Measures, International Tribunal for the Law of the Sea*.

214. *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) vs. United Mexican States*, *award*, Comisión Mixta de Reclamaciones México-Estados Unidos de América.

215. *Occidental Exploration and Production Co. vs. Republic of Ecuador*, *English Court of Appeal*.

216. *Penn Central Transportation Co. vs. New York City*, Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

217. *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, *decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, International Court for The Former Yugoslavia-Chamber of Appeals*.

218. *The Channel Tunnel Group Limited and France Manche S.A. vs. The Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Le Ministre de l'equipment, des transports, de l'amenagément du territoire, du tourism et de la mer du Government de la Republique Francaise*, *partial award*, *Appendix*.

III. Tratados

Tratados de Inversión

Los tratados de inversión citados fueron todos recuperados de la base de datos *International Investment Agreements Database*, administrada por la *United Nations Conference on Trade and Development*. Se

puede acceder en línea a esta base de datos en el siguiente link: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent

1. *Accord entre la Republique du Congo et le Royaume d'Espagne sur le promotion et la protection reciproques du investissements*.

2. *Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République du Pérou sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*.

3. Acuerdo Comercial entre la República de Argentina y la República de Chile.

4. Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones.

5. Acuerdo entre la República del Perú y la República Portuguesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

6. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre España y Bosnia y Herzegovina.

7. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España.

8. *Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments*.

9. *Agreement between Japan and the Republic of Peru for the Promotion, Protection and Liberalization of Investment*.

10. *Agreement between Japan and the State of Israel for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment*.

11. *Agreement between the Belgian-Luxembourg Economic Union and the Government of the Republic of Peru on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*.

12. *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*.

13. *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Peru concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*.

14. Agreement between the Italian Republic and the Lebanese Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, article 7.3.

15. *Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*.

16. *Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*.

17. *Agreement concerning the reciprocal promotion and protection of investments between Bosnia and Herzegovina and The Government of the State of Qatar*.

18. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of The Netherlands*.

19. *Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People`s Republic of*

China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations.

20. Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investment Among Member States of the Organization of the Islamic Conference (OIC).

21. *Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates*.

22. *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union*.

23. *Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore*.

24. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

25. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

26. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

27. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

28. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Cuba sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

29. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino de Dinamarca sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

30. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

31. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular de China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

32. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

33. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Venezuela sobre Promoción y Protección de Inversiones.

34. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Paraguay sobre Promoción y Protección de Inversiones.

35. Convenio entre la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia sobre Promoción y Protección de Inversiones.

36. *Free-Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America* (Cafta).

37. *Free-Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of The People's Republic of China*.

38. *Free-Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile*.

39. *Model Text of the Bilateral Investment Treaty of the Government of the Republic of India*.

40. *Model Text of the Bilateral Investment Treaty of the Kingdom of Norway*.

41. *Model Text of the Bilateral Investment Treaty of the United States* (2012).

42. *Pan-African Investment Code* (PAIC).

43. *Protocol of Finance and Development del South African Development Community*.

44. *Protocol to the Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*.

45. *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*.

46. *South-African Model Bilateral Investment Treaty*.

47. *The United States-Singapore Free-Trade Agreement*.

48. *Trade and Investment Framework Agreement between the Government of the United States of America and the Economic Community of West African States (Supplementary Act).*

49. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan).

50. Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

51. Tratado sobre la Carta de la Energía.

52. Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de la República de Argentina y el Gobierno del Estado de Qatar.

53. Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investment.

54. Treaty between the United States of America and the Argentina Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment.

Otros Tratados

55. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, 1981.

56. Carta Árabe de los Derechos Humanos.

57. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969.

58. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Documento n.° A/CONF.39/27, 1969.

59. Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

60. Convención Interamericana sobre el Reconocimiento de los Derechos Civiles de la Mujer, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

61. Convención Relativa a los Derechos de Extranjería, Segunda Conferencia Internacional Americana, 1901-1902.

62. Convención sobre Asilo, Sexta Conferencia Internacional Americana, 1928.

63. Convención sobre condiciones de los Extranjeros, Sexta Conferencia Internacional Americana, 1933.

64. Convención sobre derechos y deberes de los Estados, Séptima Conferencia Internacional Americana, 1933.

65. Convención sobre Nacionalidad, Séptima Conferencia Internacional Americana, 1933.

66. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 1950.

67. Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 1952.

68. Tratado sobre Extradición de Delincuentes y sobre la Protección contra el Anarquismo, Segunda Conferencia Internacional Americana, 1902.

IV. Otras fuentes

1. American Law Institute (ed.). *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, 1986.

2. Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración sobre el derecho al desarrollo, resolución n.° 41/128, 4 de diciembre de 1986.

3. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. «Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional». Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, n.° A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

4. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Informe preliminar sobre la protección diplomática del señor John R. Dugard, Relator Especial.* Documento n.° A/CN.4/506, 7 de marzo y 20 de abril de 2000.

5. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Informe preliminar sobre la protección diplomática del señor Mohamed Bennouna, Relator Especial*. Documento n.° A/CN.4/484, 04 de febrero de 1998.

6. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones*. Documento n.° A/47/10, 4 de mayo-24 de julio de 1992.

7. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Protección Diplomática Informe del Grupo de Trabajo*. Documento n.° A/CN.4/L.553, 1998.

8. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Protección Diplomática Informe del Grupo de Trabajo*, n.° A/CN.4/L.537, 12 de mayo-18 de julio de 1997.

9. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática. En *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II.

10. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Quinto Informe sobre la protección diplomática del señor John R. Dugard, Relator Especial.* Documento n.° A/CN.4/538, 4 de marzo de 2004.

11. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Segundo Informe sobre la protección diplomática del señor John R. Dugard,* Relator Especial. Documento n.° A/CN.4/514, 28 de febrero, 27 de julio y 7 de agosto de 2001.

12. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Séptimo Informe sobre la protección diplomática del *señor John R. Dugard,* Relator Especial. Documento n.° A/CN.4/567, 7 de marzo de 2006.

13. Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. *Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*. Documento n.° A/CN.4/671, Informe de Georg Nolte, Relator Especial.

14. Comisión de Libre Comercio del TLCAN. *Nota Interpretativa de ciertas disposiciones del Capítulo 11*, 31 de julio de 2001.

15. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. *Observación general sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*. Documento n.° E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.

16. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo. Acta final y documentos conexos. Documento n.° E/CONF.2/78, Nueva York, 1948.

17. Corporate Europe Observatory y Transnational Institute. *Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financers are fuelling an investment arbitration boom*, 2012.

18. García-Amador, F.V. «Fourth report on State Responsibility by Mr. F.V. García-Amador, Special Rapporteur». Documento n.° A/CN.4/119. En *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, vol. II.

19. García-Amador, F.V. «State Responsibility». Documento n.° A/CN.4/106. En *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, vol. II.

20. Human Rights Committee. *General Comment n.° 31*. Documento n.° CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1326, 2004.

21. International Bank for Reconstruction and Development, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18 de marzo de 1965, 1993.

22. International Institute for Sustainable Development y Worldwide Fund. *Private Rights, Public Problems. A guide to Nafta's controversial chapter on investor rights,* 2001.

23. International Law Comission. *The Report of the Law Commission on the work of its fifth-third session. Official Records of the General Assembly*, *fifty-sixth session*. *Supplement* n.° 10 (Documento n.° A/56/10).

24. International Law Commission. *Draft of Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*. Documento n.° A/61/10, 2006.

25. Juez G. Guillaume. «*Address by HE Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the UN General Assembly*». 26 de octubre de 2000.

26. León XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum sobre la situación de los obreros*, 5 de mayo de 1891.

27. OECD. Líneas Directrices de la OECD para Empresas Nacionales. OECD Publishing, 2013.

28. Primera Conferencia Internacional Americana. Resolución «Reclamaciones e Intervención Diplomática», adoptada el 18 de abril de 1890.

29. The World Bank Group. *Legal Framework for Foreign Investment. The Report to the Development Committe and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, vol. 2.

30. Unctad. *Foreign Direct Investment and Development*. *Unctad Series on Issues on International Investment Agreements*. UNCTAD/ITE/IIT/10. New York y Ginebra, 1999, vol. i.

31. Unctad. *Informe sobre las inversiones en el mundo 2018*. Nueva York y Ginebra, 2018.

32. Unctad, *International Investment Agreements: Key Issues*, Nueva York y Ginebra, 2004, vol. 1.

33. Unctad. *Investment Policy Framework for Sustainable Development,* UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, p. 6. Recuperado de: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

34. Unctad. *South-South Cooperation in International Investment Agreements. Unctad Series on International Investment Policies for Development*. Nueva York y Ginebra, 2005.

35. Unctad. *World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance*. Nueva York y Ginebra, 2015.

36. United Nations Human Rights Council. *Implementation of General Assembly Resolution n.° 60/251 of 15 March 2006 entitled* «*Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts*» —Report of the Special Representative of the Secretary—General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Documento n.° A/HRC/4/035.

37. Wood, M. (Special Rapporteur/International Law Commission). *First report on formation and evidence of customary international law*. 17 de mayo de 2013.

El rol de los derechos humanos en el
arbitraje internacional de inversión
se terminó de imprimir en el mes de
enero del 2020, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Miguel Aljovín 414, Urb. Santa Rita,
Miraflores, teléfono: 620-5795
Lima 18, Perú