

La carga de respetar del *international rule of law*: hacia una valoración de la conducta del inversionista en el análisis del TJE

Laura Aristizábal Gutiérrez

Sofía Jaramillo Cuartas

Trabajo de Grado

Escuela de Derecho

Universidad EAFIT

Asesor José Alberto Toro V.

27 de septiembre de 2019

Tabla de contenido

Tabla de siglas	i
Tabla de casos	iii
Introducción	1
I. Trato justo y equitativo	5
1.1. Origen	5
1.2. Contenido	9
1.2.1. Expectativas legítimas	10
1.2.2. Trato discriminatorio y arbitrario	16
1.2.3. Debido proceso	17
1.3. Otros elementos dentro del trato justo y equitativo	19
1.3.1. Transparencia	19
1.3.2. Buena fe	20
1.3.3. Proporcionalidad y razonabilidad	21
1.3.4. Soberanía	22
1.4 Problemas derivados de la ambigüedad del concepto	24
II. Críticas al estándar del trato justo y equitativo desde una visión integral del régimen de inversiones	26
2.1. Críticas generales al régimen de inversiones	27
2.2. Reformas necesarias al sistema	30
2.2.1 Salvaguardar el derecho a regular	30
2.2.2. Problemas al mecanismo de solución de diferencias relacionadas con la inversión	34
2.2.3. Soluciones a los problemas relativos al mecanismo de solución de diferencia	39
III. El inversionista como actor del derecho internacional	43
3.1. Una visión positiva del rol del inversionista en el Estado	43
3.2. Una visión crítica del rol del inversionista	45

IV. Inexistencia de obligaciones en cabeza de las CMN	48
4.1. Tentativas de responsabilizar a las empresas en materia de derechos humanos	48
4.2. Mecanismos en el derecho internacional para buscar responsabilizar a las CMN	51
V. El análisis de la conducta de las CMN en el arbitraje de inversiones	54
5.1. Valoración de la conducta del inversionista para determinar la jurisdicción del tribunal	54
5.2. Valoración de una conducta del inversionista acorde con el respeto de los derechos humanos: análisis del caso de Urbaser c. Argentina	60
5.3. La carga del inversionista como sujeto parcial del derecho internacional	62
VI. El respeto del international rule of law: la carga del Inversionista como sujeto parcial del derecho internacional	68
6.1. Concepto del international rule of law	68
6.2 Denegación de beneficios por incumplimiento de la carga de respetar el rule of law en cabeza de las CMN: un análisis desde los méritos	74
VII. La valoración de la conducta del inversionista en sede de méritos al abordar el análisis del TJE	77
7.1. Posibilidad de evaluar la conducta del inversionista en el TJE desde el concepto del estándar	78
7.2 Posibilidad de evaluar la conducta del inversionista en el TJE desde la teleología del estándar	81
7.3. Valoración de la conducta dentro de los diferentes subestándares del TJE	85
7.4. Posibilidad de evaluar la conducta del inversionista en el TJE desde la teleología del estándar	88
Conclusión	94
Referencias	98

Tabla de siglas

AII	Acuerdo Internacional de Inversión
APPRI	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
ASEAN	Asociación de Naciones del Sureste Asiático
ATS	Alien Torts Statute
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CMN	Compañías Multinacionales
DDHH	Declaración Universal de Derechos Humanos
IED	Inversión Extranjera Directa
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OMC	Organización Mundial del Comercio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RSE	Responsabilidad Social Empresarial
SCC	Cámara de Comercio de Estocolmo
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLCAN	Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte

UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

Tabla de casos

Nombre del Caso	Referencia	Fecha decisión
Achmea v. Eslovaquia	Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic)	Award, 2 de diciembre de 2012
ADC v. Hungría	ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16	Award, 2 de octubre de 2006
ADF group v. Estados Unidos,	ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1.	Award, 9 de junio de 2003
AES Summit v. Hungría	AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömu Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22	Award, 23 de septiembre de 2010
Allan Fosk Kaplún v. Bolivia,	Quiborax S.A., Minerales Metálicos S.A no. y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI No se. ARB / 06/2	Decision on jurisdiction 27 de septiembre de 2012
Amto v. Ucrania	Limited Liability Company Amto v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005	Final Award 26 de marzo de 2008

APL v. Sri Lanka	Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3	Award, 27 de junio de 1990
Azanian v. México	Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2	Award, 1 de noviembre de 1999
Biwater v. Tanzani	Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22	Award, 42 de julio de 2008
Cas Co v. Argentina	Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9	Award, 5 de septiembre de 2008
Charanne v. España	Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012	Award, 21 de enero de 2016
CME v. República Checa	CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL	Award, 14 de marzo de 2003
CMS v. Argentina	CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8	Award, 12 de mayo de 2005
EDF (Services) Limited v. Romania	No. ARB/05/13, decisión. para. 216	Award, 8 de octubre de 2009
Electrabel v. Hungría	Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No.	Award, 25 de noviembre

	ARB/07/19	de 2015
eskoslovenska obchodni banka, a.s. v. República Eslovaca	Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4	Decision of the Tribunal on Respondent's Further and Partial Objection to Jurisdiction, 1 de diciembre de 2000
Estados Unidos v. Italia	Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)	1989
Eureka v. Republica Checa	Eureka B.V. v. Republic of Poland, Partial Award	Partial Award, 19 de agosto de 2005
Feldman v. México	Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico)	Award, 16 de diciembre de 2002
Frontier v. Republica Checa	Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, UNCITRAL	Award, 12 de noviembre de 2010
Genin v. Estonia	Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2	Award, 25 de junio de 2005
Glamis v. Estados Unidos	Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL	Award, 8 de junio de 2009

Impregilo v. Pakistán	Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3	Decision on jurisdiction, 22 de abril de 2005
Ioannis Kardassopoulos v. Georgia	Ioannis Kardassopoulos v. La República de Georgia, Caso CIADI No se. ARB / 05/18	Decision on jurisdiction 6 de julio de 2007
Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. v. Egipto	Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. v. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No se. ARB / 04/13	Decision on jurisdiction 16 de junio de 2006
Jesner v. Arab Bank	Joseph Jesner, et al., Petitioners v. Arab Bank, PLC, No. 16-499, 584 U.S. Supreme Court (2018)	Abril 24 de 2018
Lauder v. República Checa	Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL	Final award, 3 de septiembre de 2001
LG&E v. Argentina	LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1	Award, 25 de julio de 2005
Loewen v. E.E.U.U	Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3	Award, 26 de junio de 2003

Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Malaysia	Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10	Award on jurisdiction 17 de mayo de 2007
Mondev v. Estados Unidos	Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2	Award, 11 de octubre de 2002
MTD v. Chile	MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7	Award, 25 de mayo de 2004
Novenergia v. España	Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063	Final Award, 15 de febrero de 2018
OEPC v. Ecuador	Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467	Final Award, 1 de julio de 2004
Parkerings v. Lituania	Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8	Award, 11 de septiembre de 2007
Penn Central v. New York	Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 Corte Suprema de los Estados Unidos	1978

Philip Morris marcas Sàrl, Philip Morris productos S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay	Philip Morris marcas Sàrl, Philip Morris productos S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay, Caso CIADI No se. ARB / 10/7	Decision on jurisdiction 2 de julio de 2013
Phoenix v. República Checa	Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5	Award, 15 de abril de 2009
Plama v. Bulgaria	Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24	Award, 27 de agosto de 2008
Pope & Talbot v. Canadá	Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL	Decision by the Tribunal, 6 de septiembre de 2000
PSEG v. Turquía	PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5	Award, 19 de enero de 2007
RFCC v. Marruecos	Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6	Award, 22 de diciembre de 2003

Romero v. Drummond Co., Inc y Flomo v. Firestone Nat. Rubber Co., LLC,	Boimah FLOMO, et al., Plaintiffs–Appellants, v. FIRESTONE NATURAL RUBBER CO., LLC, Defendant–Appellee.No. 10–3675.	Decision 22 de julio de 2011
Salini v. Marruecos	Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4	Decision on Jurisdiction, 31 de julio de 2001
Saluka v. República Checa	Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL	Partial Award, 17 de marzo de 2006
Sempra v. Argentina	Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16	Award, 28 de septiembre de 2007
Stand Construcción Turismo Comercio e Industria Co. Inc. v. Pakistán	Stand Construcción Turismo Comercio e Industria Co. Inc. v. Pakistán ICSID Case No. ARB/04/13	Decision on jurisdiction, 14 de noviembre de 2005
Tecmed v. México	Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2	Award, 29 de mayo de 2003
Thunderbird v. México	International Thunderbird Gaming Corporation v. The United	Award, 26 de enero de 2006

	Mexican States, UNCITRAL	
Tradex v. Albania	Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, 1996	Award, 29 de abril de 1999
TSA v. Argentina	TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, Award	Award, 19 de diciembre de 2008
Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic	Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26	Award, 8 de diciembre de 2016
Victor Pey Casado v. Chile	Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2	Decision on Jurisdiction, 8 de mayo de 2002
Waste Management v. México	Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3	Award, 30 de abril de 2004

Introducción

La interdependencia entre economías ha generado que la inversión extranjera surja como una bandera para la globalización económica, la cual ha sido defendida en las políticas de gobierno, como la fuente principal de desarrollo económico. La razón de esto radica principalmente en que la transferencia de capital genera ingresos para el Estado y un aumento en los recursos productivos, lo cual tiene efectos en el desarrollo de un territorio. Así, después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados empezaron a crear estrategias para fomentar la inversión extranjera y abrir sus mercados a nivel internacional. Con esto surgen iniciativas como los acuerdos de libre comercio, la creación de la OMC y los acuerdos de protección de las inversiones en la búsqueda de promover lo que se consideró como una importante fuente de desarrollo. Con la proliferación de los acuerdos de protección a la inversión en la década de los sesenta y con el comienzo de las demandas de inversión en los noventa, se fue creando un sistema de protección autónomo, el cual se erigió en una *lex specialis* del derecho internacional. Como parte de este sistema se construyen unos estándares propios a este nuevo régimen, como lo son la expropiación con una debida compensación, el trato justo y equitativo, o la prohibición de discriminar frente a otros inversionistas o nacionales.

No obstante, el rol creciente del inversionista en la sociedad, así como las nuevas exigencias globales de propender por un desarrollo sostenible, han derivado en fuertes críticas a un sistema pensado para la defensa y protección del derecho de propiedad del inversionista. De igual forma, el régimen como se encuentra hoy estructurado derivó en una limitación de la potestad regulatoria del Estado incluso frente a medidas legítimas y que buscan el bien común. Esta limitación se explica no solo desde la filosofía que inspiró el sistema, cuyo enfoque era la protección del inversionista, sino también desde la textura abierta de los estándares y el alto margen de interpretación que estos han permitido a los árbitros.

La necesidad de cambio en el sistema se evidencia en las modificaciones que comenzaron a operar dentro de los acuerdos de protección vigentes para buscar un balance entre las obligaciones y derechos de cada parte, así como en el debate recurrente en el tema por los Estados y autores del mismo. Si bien las propuestas de modificación pasan por la creación de una corte de apelaciones o incluso por la configuración de una corte internacional de inversiones, la cual modificaría por completo un sistema construido alrededor del arbitraje ad hoc; estos cambios implican no solo tiempo sino también

una gran voluntad política por parte de los Estados. Sin embargo, la pregunta se centra en determinar si el régimen cada vez más deslegitimizado puede esperar a que estos cambios tengan lugar.

En virtud de lo anterior, este trabajo de grado se centra en proponer un cambio desde el régimen de inversión a través de la interpretación que realizan los árbitros de los estándares que hoy conforman este campo jurídico, para así lograr operar el balance necesario para su continuidad. La propuesta se centra en identificar si la conducta del inversor puede constituir un elemento de análisis en el estándar del trato justo y equitativo, para establecer un límite a la protección otorgada al inversor en el régimen internacional de las inversiones.

Este objetivo tiene relevancia en la medida de que las compañías multinacionales, en adelante CMN, representan hoy verdaderos agentes de la sociedad internacional, con impactos reales en las comunidades donde se instalan. No obstante, no existen en cabeza suya obligaciones jurídicas que las vinculen a nivel internacional con la protección de los derechos humanos. Este trabajo de grado no pretende que el régimen de inversiones se torne en una corte de derechos humanos, lo cual desconfiguraría por completo el sistema. Por el contrario, se parte de la base de que el inversionista al hacer uso de un mecanismo de adjudicación del orden internacional sí debe cumplir con los presupuestos básicos de este orden, como lo es el *rule of law* desde un punto sustantivo, el cual conlleva al respeto de los derechos humanos. De no respetarse este presupuesto base del sistema, se propone que opere una denegación de beneficios, no solo en sede jurisdiccional sino también en la etapa de méritos al analizarse el estándar de trato justo y equitativo. Se parte de este estándar por su textura abierta y naturaleza evolutiva que se le ha asignado en la doctrina.

En este sentido, este escrito abordará en un primer momento la evolución y concepto del TJE como piedra angular del sistema y el que permitiría una adecuación del mismo. En el segundo capítulo, se analizarán las críticas efectuadas al TJE y cómo estas reflejan los graves problemas que afronta el régimen de inversiones en términos más amplios. En tercer lugar, se dará cuenta del fenómeno que dio lugar a la creación de este régimen específico del derecho internacional, para explorar sus ventajas y desventajas. En el cuarto capítulo se analizará la inexistencia de obligaciones jurídicas en cabeza de las CMN en lo relativo a la protección de derechos humanos, a pesar de su importante rol en la comunidad. No obstante, en el capítulo quinto se abordará la capacidad parcial que deberán detentar las CMN en la medida que hagan uso de un mecanismo de adjudicación internacional, como lo es un arbitraje CIADI o UNCITRAL, y lo cual tiene como consecuencia que las CMN deban respetar los

cimientos propios a este orden. Luego en el sexto capítulo, se explicará la denegación de beneficios que podrá operar con base en una concepción sustancial del *rule of law*, este como cimiento último del derecho internacional. Por último, en el capítulo final, se propone que una denegación de beneficios en sede de méritos podría efectuarse en el análisis del TJE, con base en un desconocimiento del *rule of law*, para lo cual se analiza el estándar desde su concepto, teleología y uso en la práctica arbitral.

I. Trato justo y equitativo

Dentro de los múltiples estándares de protección que se han desarrollado en el derecho internacional de las inversiones, el trato justo y equitativo, constituye hoy la piedra angular del sistema (Perrone, 2015). La importancia que se le atribuye a este parámetro de actuación del Estado se evidencia de la práctica actual, presente en la mayoría de los acuerdos de inversión, su ambigüedad ha llevado a que este se convierta en un elemento central a toda demanda en el campo. No obstante, a pesar de su creciente desarrollo teórico por los tribunales arbitrales y por la literatura, este continúa rodeado de las más importantes preguntas dentro del derecho internacional de las inversiones como representa el límite que se debe trazar con la soberanía del Estado (Klager, 2011). De lo anterior, se deriva la necesidad de entrar a efectuar en un primer momento, un análisis acerca de las bases teóricas del concepto, su evolución, así como su aplicación dentro del marco de las disputas de inversión.

1.1. Origen

Contrario a otros estándares de protección los cuales tuvieron su origen fuera del marco del derecho de las inversiones, como lo son el trato nacional, la no discriminación, la compensación luego de una expropiación o el derecho al debido proceso, el trato justo y equitativo surge precisamente con la proliferación de los acuerdos de inversión luego de finalizar la Segunda Guerra Mundial (Salacuse, 2010). De acuerdo a la literatura (Klager, 2011; Salacuse, 2010), parece evidenciarse que este tuvo su origen en los esfuerzos para crear un tratado multilateral para la protección de la inversión extranjera. Un deber de otorgar un trato justo y equitativo formaba parte de los textos de la Carta de La Habana en 1948, del acuerdo económico de Bogotá de este mismo año y del borrador de convenio de la OCDE de 1968. Si bien estos intentos fracasaron debido a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo homogéneo entre los Estados, el concepto alcanzó a permear a los actores del derecho internacional hasta el punto en que una alusión al trato justo y Equitativo se encuentra presente en la amplia mayoría de los acuerdos de inversión. Su primera mención expresa en un instrumento vinculante se observa en los tratados de amistad, comercio y navegación de Estados Unidos con Uruguay e Irlanda celebrados en el escenario post segunda guerra mundial, momento a partir del cual su incorporación se tornó sistemática (Wilson, 1951).

Para Sornarajah (2015) este estándar nace como una respuesta a la crisis de protección al inversionista cuando, a partir de los laudos arbitrales y de modificaciones a los tratados, se empezó a cerrar el

ámbito de aplicación de la expropiación debido al poder del Estado de regular en su territorio. Por lo que se debió buscar otro estándar para declarar la responsabilidad del Estado cuando sus medidas fueran en detrimento de los intereses del inversionista. Con base en esto los árbitros empezaron a cumplir funciones *quasi* legislativas para desarrollar el alcance del concepto de TJE que se encontraba en los tratados pero que era poco usado en las demandas de inversión. A partir de su propio término, este presenta una conexión con el concepto de justicia, lo cual podría inferirse que los mismos tratadistas, al otorgarle dicho nombre, quisieron relacionarlo con ideas de justicia que deberían ser integradas al derecho internacional de las inversiones (Klager, 2011).

Rawls en *The Law of Peoples* (1993) desarrolla una noción de justicia internacional frente a la cual las personas y no los Estados convienen en unos principios comunes de justicia. Sin embargo, las personas se dividen en tres tipos de pueblos: el primero es un grupo “liberal” que adoptan principios de justicia del orden interno. El segundo grupo son los “decentes jerárquicos” los cuales, aunque no son liberales y democráticos, reconocen una idea común de justicia y se adhieren a los derechos humanos. Por último, se encuentra el grupo de los Estados no organizados y las sociedades agobiadas que por sus circunstancias políticas y económicas no pueden alcanzar un régimen organizado. Una sociedad internacional permite posiciones y valores diferentes entre los tres grupos siempre y cuando exista un consenso acerca de una serie de valores existentes sobre el cual se basa la ley del pueblo.

Con base en la teoría de Rawls, Klager (2011) propone que, respecto al trato justo y equitativo, a pesar de sus múltiples formulaciones en los instrumentos internacionales, existe un punto en común creado a partir de los laudos arbitrales. El trato justo y equitativo “como principio común, no significa la racionalización de todos los sistemas jurídicos y económicos nacionales, pero sólo la identificación de un consenso de principios que se superpongan” (Klager, 2011).

En términos generales, la mención al trato justo y equitativo se expresa de manera independiente, pero en algunos acuerdos esta se presenta de manera conjunta con otros estándares de protección, como lo son el trato mínimo o el trato más favorable. En este segundo caso, se configura el importante debate si se debe interpretar el estándar de manera autónoma o si su protección se encuentra determinada por los otros criterios de conducta con los que se conjuga.

Cuando su formulación se vincula con el estándar del trato más favorable o de nación más favorecida, los cuales datan del desarrollo del comercio del siglo XIX (Salacuse, 2010), la pregunta que surge es

si en realidad estos no establecen, en cabeza del Estado receptor, un mismo patrón de conducta en cuanto en ambos se busca la igualdad y la no discriminación de los inversores. Sin embargo, la ventaja de darle una interpretación independiente al estándar del trato justo y equitativo se encuentra en que, para determinar que existe una violación a la protección debida al inversor, no se debe examinar el trato dado a un tercero, ya sea a un nacional o frente a un inversor de otro Estado, sino que basta con demostrar que una conducta fue en sí misma injusta o inequitativa en términos absolutos.

Ahora bien, en cuanto a la formulación del estándar, el mayor interrogante se presenta cuando este se encuentra formulado de manera conjunta con el estándar mínimo de trato. En la práctica de las inversiones, esta pregunta se ha llevado hasta el punto de afirmar que estos representan protecciones equivalentes, y que en realidad el trato justo y equitativo expresa convencionalmente el mínimo trato debido al inversor por la costumbre internacional (Klager, 2011). Al adoptarse esta posición se limita en gran medida el alcance del estándar, ya que el inversor tiene derecho a una menor protección por parte del Estado receptor, quien solo sería responsable por una actuación chocante a todas luces en el derecho internacional como estableció el famoso tribunal en el caso de *Neer*.¹ Esta posición la adoptan en su gran mayoría países desarrollados, tal y como evidencia el tratado modelo de protección recíproca de inversión de Estados Unidos en su versión de 2004, el tratado modelo de Canadá o el borrador 77 del Código de las Naciones Unidas acerca de la conducta de compañías transnacionales, del cual participaron las grandes economías mundiales (Robinson, 1985). Asimismo, la expresión máxima de esta posición se encuentra en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos y México, en adelante TLCAN, en el cual se relacionan ambos conceptos de manera explícita por cuanto el encabezado del artículo 1105, el cual consagra el trato justo y equitativo, se intitula: “nivel mínimo de trato”. Sin embargo, fue necesario que se pronunciara la Comisión de Libre Comercio del TLCAN para zanjar la discusión y establecer que la voluntad de los Estados contratantes era la equiparación del trato justo y equitativo con el estándar mínimo de trato internacional, puesto que tribunales previos a dicha decisión de interpretación habían comenzado a diferenciar entre ambos niveles de protección.² Si bien hoy la mayoría de tribunales arbitrales conformados para conocer de una disputa en virtud del TLCAN aceptan la interpretación efectuada por la Comisión, el alcance dado al estándar a la luz de este instrumento no puede extenderse automáticamente a las disposiciones

¹ “El tratamiento de un extranjero, para constituir una conducta inaceptable en el derecho internacional, debe ser equivalente a un atropello, a la mala fe, a un descuido intencional del deber, o a una acción gubernamental lejos de cualquier mínimo de conducta internacional” (traducción propia). Este caso se desarrolló en el marco de la Comisión constituida por la Convención General de Daños firmada entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América (1923).

² Por ejemplo, ver la decisión *S.D Myers v. Estados Unidos*.

de otros tratados de inversión, en la medida en que la formulación de muchos de estos no hace referencia expresa al estándar mínimo de trato.

A su vez, se constatan importantes argumentos a favor de una interpretación autónoma del TJE. En este sentido, se ha expresado que si los Estados hubieran querido equiparar ambos niveles de protección, así lo hubieran estipulado en los acuerdos de inversión. Esto solo parece haber ocurrido en el texto del TLCAN. Por otro lado, Salacuse (2010) expone que carecería de sentido que los Estados en vía de desarrollo hubieran aceptado una consagración convencional a través de un acuerdo de inversión de un estándar mínimo de trato, dado que la existencia misma de este principio en la costumbre internacional era objeto de debate para algunos países. De igual forma, de la evolución del concepto se constata que este surge conjuntamente con la creación y desarrollo del derecho de las inversiones, por lo que parecería razonable pensar que este buscaba alcanzar una protección adicional a aquella que ya se encontraba disponible al inversor en el marco general del derecho internacional. Si bien esta interpretación del alcance del estándar pareciera ser la más razonable, Salacuse también evidencia que los tratados tampoco señalan una voluntad de querer consagrar una mayor protección a la luz de este estándar (2010). A pesar de que no parece existir una respuesta precisa acerca de cuál debe ser el alcance de la norma, lo cierto es que independiente de la interpretación que se acoja, los tribunales deberán analizar en cada caso si una determinada conducta fue justa y equitativa, con las complejidades propias de la respectiva situación. A su vez, en ningún caso podrá negarse que el umbral para que un comportamiento se considere como violatorio del TJE es sumamente elevado. Así lo señala de manera enfática el tribunal *AES Summit v. Hungría* en las siguientes palabras:

Como el tribunal S.D Myers determinó, la identificación de una violación de la obligación de “trato justo y equitativo” debe hacerse a la luz de la alta deferencia que el derecho internacional generalmente extiende al derecho de las autoridades nacionales de un país de regular asuntos dentro de sus propias fronteras. (traducción propia) (CIADI, 2010)

En conclusión, si bien hoy continúa el debate acerca de cuál es el estándar de protección que prescribe el trato justo y equitativo a favor de los inversores, lo cierto es que su análisis no puede efectuarse en abstracto. Las circunstancias específicas a cada caso determinarán una posible violación al estándar, así como el respeto a la potestad soberana del Estado, facultad que como se evidenciará a continuación constituye la base del sistema.

1.2. Contenido

Una vez señalado el debate acerca del alcance del TJE, se pasará a determinar su contenido. En la mayoría de los acuerdos de inversión que lo consagran, no se efectúa ninguna referencia a aquello que se deberá entender como un trato justo y equitativo. Esta circunstancia, así como la naturaleza ambigua de los calificativos que lo caracterizan, ha hecho de este estándar una importante fuente de debate entre los agentes del derecho de inversiones. Lo anterior ha llevado a que los tribunales le otorguen un mayor ámbito de aplicación al estándar, donde se han incluido principios de derecho internacional como la buena fe, el estoppel y la aquiescencia (Klager, 2011).

La ambigüedad subyacente del TJE se evidencia aún más en el siguiente punto: el análisis acerca de aquello que puede considerarse como justo y equitativo depende de las circunstancias concretas de cada caso, tal como se estableció en el laudo de *Waste Management* (CIADI, 2004) o por el tribunal *Mondev* (CIADI, 2001). No obstante, en los últimos años los tribunales de arbitraje, acompañados por la doctrina y los practicantes de la materia, han comenzado a dotar de contenido esta disposición mediante la identificación de unos comportamientos generales que podrían caracterizar una violación del TJE.

Para lograr establecer los criterios generales de este estándar, representa una práctica habitual entre los árbitros buscar apoyo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.³ Como herramientas de interpretación, la Convención establece la posibilidad de recurrir al sentido natural de las palabras, al contexto en que se celebró el Tratado y por último al preámbulo del mismo. El sentido natural de lo que es justo o aquello que deberá entenderse como equitativo no ofrece mayor claridad, en la medida de que estos adjetivos se han entendido incluso como sinónimos dentro de su sentido literal (Muchlinski, 2013). Por su parte el análisis del contexto y el preámbulo del Tratado ha llevado a algunos tribunales a observar que el fin de la celebración de este tipo de acuerdos va más allá de la simple protección de la inversión como se evidencia en el texto del laudo *Saluka v. República Checa* (UNCITRAL, 2006). Lo anterior, ha generado que se les dé un peso relativo a los diferentes estándares de protección, como se desarrollará más adelante, pero lo cual no permite una comprensión más clara del contenido del TJE. Por lo tanto, al no ser suficiente el tratado, los árbitros

³ Ratificada por Colombia por la ley 32 de 1985.

han recurrido a otras decisiones arbitrales y a la literatura del tema para tratar de esclarecer su contenido. Así, se evidencia la necesidad de definir la protección dada al inversor con base en las consideraciones de los diferentes tribunales y los cuales en términos generales entienden que el Trato Justo y Equitativo impone al Estado: 1) un respeto a las expectativas legítimas del inversor, 2) un trato no discriminatorio y no arbitrario, 3) el respeto al debido proceso (Salacuse, 2010). Adicionalmente, algunos tribunales han comenzado a señalar nuevos elementos de análisis cuando se ocupan del trato justo y equitativo como la necesaria transparencia en las relaciones con el inversor, la buena fe de este último o la soberanía del Estado (Klager, 2011). Todos estos elementos se desarrollarán en mayor detalle a continuación.

1.2.1. Expectativas legítimas

En las decisiones arbitrales de los últimos años se observa cómo el respeto de las expectativas legítimas se ha convertido en el elemento principal de la protección otorgada al inversor bajo el TJE, llegando incluso a identificarlo como único elemento del mismo.⁴ Si bien este continúa siendo un concepto amplio, el cual deberá examinarse con respecto a las circunstancias específicas del caso, la definición establecida en el caso *Thunderbird* ha sido acogida por diferentes tribunales. En este laudo se identificó el concepto como la situación en la que una conducta del Estado “crea expectativas razonables en el inversor para actuar de acuerdo a esta, por lo que un incumplimiento de las expectativas así generadas podría ocasionar daños al inversor.” (traducción propia) (UNCITRAL, 2006).

De igual manera, la protección de una expectativa legítima se encuentra en la noción misma de promoción de la inversión, la cual enmarca el desarrollo del régimen internacional de protección de las inversiones. En este sentido, el Estado a través de los acuerdos de inversiones, de su legislación, de sus regulaciones, de sus actuaciones y en general de sus políticas, promete al inversor que, de comprometer un determinado capital y recursos en dicho Estado, este generará utilidades. Esta promesa constituye el elemento central de la decisión de invertir del agente económico, y desde el desarrollo de la materia se ha considerado como injusta la violación de dicho compromiso. La noción

⁴ Ver *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID No. ARB/01/7, Decisión de nulidad. para. 66-78 (21 marzo 2007), *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID No. ARB/01/08, Decisión de nulidad. para. 89 (25 septiembre 2007), *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL-PCA, decisión parcial. para. 302 (17 marzo 2006), *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID No. ARB/05/13, decisión. para. 216 (8 octubre 2009).

no es ajena a los diferentes sistemas nacionales. Así, la protección que en estas se ofrece al inversor nacional, cuando sus expectativas se ven defraudadas, constituye una justificación de su aplicación en el derecho internacional. Klager en su libro “Trato justo y equitativo en el Derecho Internacional de las Inversiones” identifica instituciones propias a la Unión Europea, al derecho norteamericano o incluso a principios como el de retroactividad o de *pacta sunt servanda* las cuales dan cuenta de la protección de las expectativas de los particulares en los derechos nacionales (2011).

En la Unión Europea, sobre todo en el marco de la Corte Europea de Derechos Humanos, se ha considerado que las personas pueden confiar legítimamente en las declaraciones o decisiones de la administración que les son notificadas, o incluso en conductas consistentes por parte de las autoridades. Sin embargo, para afirmar dicha protección se han desarrollado criterios de ponderación para decidir si prevalece el bien público o las expectativas privadas del particular (Rubiales, 2000). A su vez en Estados Unidos, las expectativas legítimas constituyen uno de los elementos para identificar la existencia de una expropiación compensable como estableció la Corte Suprema de Justicia en el caso de *Penn Central v. Nueva York* en 1978 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 1978). De acuerdo al sistema interno americano, se deberá evaluar la razonabilidad de las expectativas que se alegan, cuyo análisis incluye la valoración de las diferentes circunstancias del caso de acuerdo a una prescripción de justicia. De igual forma, como ya se mencionó, Klager también identifica en la irretroactividad que se predica de ciertas nuevas leyes, como un mecanismo de protección de las expectativas legítimas de una persona con respecto a una situación jurídica ya consolidada bajo la normatividad anterior. No obstante, frente a esta última forma de protección, cabe aclarar que se trata de una limitación excepcional al poder legislativo, quien por norma general detenta una amplia potestad para modificar el marco regulatorio en cuanto a políticas económicas y sociales.

Finalmente, el autor también encuentra que la protección de una expectativa creada legítimamente puede justificarse a partir del principio de *pacta sunt servanda*, el cual se reconoce como un principio del derecho internacional y como una expresión de la buena fe. Así, los tratados de protección a la inversión deberían entenderse como un pacto que vincula al Estado, y cuya interpretación deberá efectuarse de buena fe. No obstante, al analizar este punto se evidencia una complejidad propia del sistema de inversiones, y es que se trata de un régimen en el cual se celebra un contrato entre un particular y un Estado, lo que invita a cuestionar la naturaleza de tal acto. No existe un consenso en la doctrina si se trata de contratos internacionales, cuasi internacionales, nacionales o si se trata de

una categoría totalmente sui generis, lo que en sí mismo limita el traslado automático de este principio (Dolzer & Shreurer, 2012).

Luego de evidenciar cómo este subestándar del TJE, constituye un reflejo de mecanismos propios de diferentes sistemas nacionales, se pasará a analizar el alcance que se le ha dado en la materia objeto del presente trabajo: el régimen internacional de protección de la inversión. En la medida de que los tratados se caracterizan por cláusulas vagas y principios generales, son los tribunales arbitrales quienes han delimitado el concepto. Del análisis de las decisiones de dichos foros se constata que para que una expectativa pueda considerarse como legítima esta: (1) no podrá basarse en las motivaciones o consideraciones subjetivas del inversor, es decir, una representación del Estado deberá ser necesaria, (2) esta deberá ser razonable y justificada a la luz de las circunstancias. Estos dos elementos fueron abordados de manera especial por el tribunal *Saluka v. República Checa* (Potesta, 2014).

El primero de estos requisitos para la constitución de una expectativa legítima hace referencia a la necesidad de que exista una representación por parte del Estado, entendida como aquellas condiciones ofrecidas específicamente al inversor y que lo llevaron a efectuar la inversión (*Plama v. Bulgaria*, CIADI, 2008). Hoy se acepta de manera general que las representaciones del Estado podrán ser formales, materializadas en su mayoría a través de un contrato, o representaciones derivadas de intercambios informales o de la conducta reiterada de la administración como afirman Dolzer y Shreurer a partir de la práctica arbitral (2008). No obstante, con base en decisiones como *Frontier v. República Checa* (UNCITRAL, 2010) o *Feldman v. México*, (CIADI, 2002) se entiende que estas representaciones deberán ser suficientemente precisas y libres de toda ambigüedad. Asimismo, ciertos tribunales de arbitraje han incluido la estabilidad del marco jurídico como una protección adicional bajo el TJE, justificando así la creación de expectativas legítimas a partir de una regulación. A continuación, se abordará el análisis de cada uno de estos factores.

(i) Expectativas legítimas derivadas de la estabilidad de un marco jurídico

La identificación de la estabilidad como un elemento que puede originar una expectativa legítima contó con su mayor desarrollo en el marco de los tribunales que se ocuparon de las múltiples demandas de inversión luego de la adopción de las medidas por parte del gobierno argentino para intentar solventar la crisis a principios de los 2000. En la gran mayoría de estos laudos se acepta que un determinado marco legal puede modificarse; para estos aquello que configura realmente la defraudación de una expectativa legítima se encuentra en el desmonte de todo el marco legal que atrajo la inversión como sugirió el Tribunal de *CMS v. Argentina* (CIADI, 2005). En este mismo sentido se puede citar tribunales como *OEPC v. Ecuador* (LCIA, 2004) o *PSEG v. Turquía* (CIADI, 2007) en los cuales la estabilidad de las reglas del juego de cara al inversor tuvo un rol determinante en el análisis del estándar del trato justo y equitativo.

Como contraposición al análisis acerca de la estabilidad, múltiples tribunales se han referido a la potestad regulatoria del Estado y a la necesaria implementación de políticas públicas por parte del mismo. De la protección de una expectativa legítima no debe derivarse una inmovilización de las normas del Estado. Uno de los tribunales más enfáticos en este sentido fue el de *Parkerings v. Lituania* (CIADI, 2007) quien afirmó que sólo podía predicarse un compromiso de estabilidad de existir una cláusula de estabilización expresa, puesto que para este una modificación regulatoria obedecía a una concreción de un simple riesgo negocial. En todo caso, como ya se estableció previamente, el análisis de la legitimidad de una expectativa se encontrará supeditada a la existencia de una representación por parte del Estado receptor y a las circunstancias que rodearon la misma. En este sentido, el ya referido Tribunal encontró que el análisis de dichas circunstancias pasa por la consideración de la conducta del Estado, de su ambiente político y de la debida diligencia del inversor.

(ii) Expectativas legítimas derivadas de una representación informal

De la práctica arbitral y de las diferentes legislaciones internas, se ha reconocido que una determinada representación, no derivada de un acuerdo contractual o de una decisión unilateral del Estado como lo son el otorgamiento de un permiso o de una licencia, puede constituir un incentivo al inversor acerca de la rentabilidad de la misma. Lo anterior corresponde al concepto desarrollado por Klager como estabilidad de una conducta administrativa (2011). Para el autor, la protección de expectativas

generadas en estos términos se justifica en la necesaria consistencia que debe detentar la conducta de un Estado y sobre la cual, los particulares deben poder confiar legítimamente. Tribunales como *Tecmed v. México*⁵ (CIADI, 2003) o *Metalclad v. México*⁶ (CIADI, 2000), y *MTD v. Chile*⁷ (CIADI, 2004) constituyen ejemplos del alcance que se le ha dado a esta forma de expectativa. Frente a este último laudo cabe resaltar cómo se tratan diferentes entidades del Estado como un solo sujeto de cara a responsabilidad internacional, lo que traslada la carga al Estado de actuar de manera consistente frente a los particulares, de acuerdo al artículo 4 del Borrador de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.⁸

No obstante, diversos tribunales arbitrales expresan como condición necesaria de la creación de una expectativa legítima, la existencia de una representación informal lo suficientemente precisa de la cual el inversor pudiera derivar una condición ofrecida específicamente a este, y la cual supusiera a su vez la razón de la inversión. El elemento teleológico mencionado constituye un componente necesario para activar la protección bajo las expectativas legítimas como lo establecieron tribunales como *Sempra v. Argentina* (CIADI, 2007) o *Glamis v. EE. UU.* (CIADI, 2009), decisiones en las cuales se habla de un compromiso casi contractual.

Frente a este tema cabe resaltar la posición del Tribunal *Thunderbird v. México* (CIADI, 2006), en el cual se denegó la protección de una expectativa legítima con fundamento en una conducta administrativa. En el caso, se trataba de un oficio expedido por el gobierno mexicano en el cual se autorizaba, de cumplirse con las condiciones referidas en el mismo documento, la utilización de

⁵ En este caso el inversionista alegaba una violación al TBI de México-España debido a que no le renovaron una licencia que tenía sobre la operación de un relleno sanitario. En el caso se entendió una violación a las expectativas legítimas debido a que el gobierno le había asegurado la renovación de la licencia y fue la municipalidad quien la denegó.

⁶ Metalclad recibió el permiso para construir un vertedero de residuos peligrosos, sin embargo, después de iniciada la construcción, el Municipio de Guadalupe notificó a Metalclad que estaba operando sin permiso municipal de construcción. Metalclad solicitó un permiso municipal y, mientras tanto, completó la construcción del vertedero. La Municipalidad rechazó la solicitud de Metalclad, además, más tarde el Gobernador emitió un Decreto Ecológico declarando un área natural protegida que abarcaba el vertedero y por lo tanto lo cerró permanentemente.

⁷ Un inversionista de Malasia decide desarrollar un proyecto urbanístico en Chile para lo que se requería una recalificación de la destinación del territorio, el cual hasta el momento sólo permitía explotación agrícola. Si bien el proyecto contaba con la aprobación de la Comisión de Inversión Extranjera, y del alcalde de la municipalidad, la agencia encargada de operar dicha recalificación se negó por considerarlo contrario a la ley.

⁸ Artículo 4.- Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

ciertas máquinas de juego. Con posterioridad, y con base en la prohibición existente en el Estado receptor de obtener rentabilidad por medio de juegos de azar, las instalaciones del inversor fueron clausuradas. Para el Tribunal, el nivel de precisión requerido para entender que existía una expectativa legítima no podía derivarse del oficio remitido al inversor.

(iii) Expectativas legítimas derivadas de un compromiso contractual

Frente a la posibilidad de invocar un compromiso contractual como fundamento para la creación de una expectativa protegida por el derecho internacional de las inversiones, confluyen diferentes posiciones. Por un lado, se encuentran aquellas decisiones arbitrales en las cuales se ha defendido que un incumplimiento contractual no puede derivar en una violación del trato justo y equitativo, en cuanto convertiría el estándar en un equivalente a una cláusula paraguas (Salacuse, 2010). En palabras del tribunal *Waste Management*, un arbitraje de inversiones no representa un foro para resolver disputas contractuales ni un seguro frente a las malas decisiones negociales (CIADI, 2004). Por otro lado, se evidencian aquellas decisiones en los cuales sí se ha extendido la protección de expectativas legítimas a la existencia de un compromiso contractual como son el tribunal *CME v. República Checa* (UNCITRAL, 2003) o *Eureka v. Polonia* (UNCITRAL, 2005), en la medida que estos forman parte del marco legal de la inversión. Frente a esta segunda posición, el elemento central para determinar si dicho incumplimiento contractual debe protegerse por el derecho internacional de las inversiones pareciera encontrarse en determinar si este se derivó de un abuso del poder soberano del Estado tal y como establecieron tribunales como *Impregilo v. Pakistán* (CIADI, 2005) o *RFCC v. Marruecos* (CIADI, 2003). Asimismo, en el laudo de *Parkerings v. Lituania*, el Tribunal encontró que sólo si el incumplimiento contractual no tuvo remedios en las cortes locales podría ser objeto de un arbitraje de inversiones (CIADI, 2007).

Con base en lo anterior, Klager (2011) concluye que en principio una expectativa legítima sí puede derivarse de un contrato, lo cual permite una protección del mismo a través del estándar del trato justo y equitativo. Para el autor, dicha protección no se limita a los contratos estatales, sino que esta se refiere a toda intervención al marco legal en el cual se desarrolló la relación contractual en virtud del ejercicio del poder soberano del Estado. No obstante, como se evidencia de los diferentes laudos citados, el alcance del trato justo y equitativo frente a los contratos celebrados por el inversor no es claro. El problema radica en la difícil tarea de diferenciar entre la actividad comercial y la actividad soberana de cada Estado, el cual es transversal a todo el derecho internacional de las inversiones.

Como una conclusión preliminar, Salacuse propone que un simple incumplimiento contractual no activa la protección del TJE, mientras que un incumplimiento derivado del ejercicio del poder soberano sí podría hacerlo, no obstante, es evidente que la línea puede ser difusa (2010).

1.2.2. Trato discriminatorio y arbitrario

En la mayoría de los acuerdos de inversión se hace referencia a estas dos pautas de conducta como parte de un mismo subestándar dentro del TJE (Salacuse, 2010). Inclusive, para autores como Klager este podría resumirse como un mandato de no discriminación, en el cual la única diferencia entre ambos reside en que la discriminación en sentido estricto se predica cuando existe una inversión comparable. Así, en ambas conductas el eje central del debate para determinar si una actuación del Estado puede calificarse como arbitraria o discriminatoria, se encuentra en la existencia de una base racional para adoptar la decisión en cuestión, en la cual jugarán con especial interés las circunstancias particulares del caso. Asimismo, el Tribunal *AES v. Hungría* (CIADI, 2010) encontró que en todo caso, el umbral para calificar una medida como injustificada en el derecho internacional, no depende de un juicio valorativo del mismo sino en un análisis de su irracionalidad.

En este sentido, cabe recordar la decisión de la CIJ en el caso de *Elsi*, en la cual la Corte estableció que la arbitrariedad de una medida no depende de la legalidad de la decisión en un sistema nacional, sino que por el contrario se refiere a una decisión que “choca con el sentido de propiedad jurídica” (CIJ, 1989, *Estados Unidos v. Italia*). Igualmente, en dicha decisión el Alto Tribunal también describió una conducta discriminatoria como aquella en que se evidencia un trato intencional contra un extranjero, en favor de un nacional, y el cual no es adoptado contra otro nacional en iguales circunstancias.

Un examen similar para determinar la existencia de una conducta discriminatoria es adoptado por el tribunal de *Saluka v. República Checa*, quien encuentra que se debe tener en cuenta si la conducta ocurrió en: 1) Casos en circunstancias similares, los cuales son 2) tratados de manera diferente 3) sin una razón justificable (CIADI, 2006).

De lo anterior, se evidencia que, en el marco del derecho de inversiones, se observa cómo una conducta arbitraria o discriminatoria puede efectivamente constituir una violación al estándar del trato

justo y equitativo, de acuerdo a lo defendido por tribunales como Saluka (UNCITRAL, 2004) o Thunderbird (CIADI, 2006). Sin embargo, es claro que el derecho internacional no se impone un deber automático de igualdad entre los Estados, a menos que estos se hayan comprometido a esto a través de una cláusula de trato nacional o de nación más favorecida (Dolzer & Stevens, 1995). Por el contrario, este principio expresado en términos de “no discriminación o no arbitrariedad” configura una protección contra una diferenciación con una connotación negativa, es decir, con tintes de injusticia, arbitrariedad o discriminación. En todo caso, el compromiso de no adoptar medidas discriminatorias o arbitrarias implica un ejercicio de ponderación para determinar la razonabilidad de una medida.

1.2.3. Debido proceso

Este principio se enmarca en la garantía que tiene el inversor de que se cumplirá con un estándar básico de justicia tanto ante escenarios judiciales como administrativos (Paulsson, 2005). Así, el contenido del mismo parece originarse en una idea de justicia natural por cuanto, el respeto a un debido proceso se concibe como un trato mínimamente justo y equitativo al inversor, y el cual dota de legitimidad y estabilidad el sistema de inversiones (Klager, 2011).

No obstante, en la práctica arbitral este no se ha entendido desde una concepción amplia que permita una evaluación de la legalidad de la medida, sino que se ha analizado desde un punto de vista restrictivo que no pretende evaluar la denegación de justicia, sino determinar si se estructuró una mala administración de la misma (Salacuse, 2010). En términos generales, la violación de este principio se refiere entonces a un derecho de acceso a cortes, a tener audiencias públicas, a que se desarrollen los procesos en tiempos razonables y de acuerdo al debido proceso legal de cada Estado (Klager, 2011).

Esta aproximación al principio se observa de manera reiterada en los laudos arbitrales, en los cuales se reafirma que el foro de una disputa arbitral no debe constituirse en una corte de apelación, y en donde solo una decisión a todas luces contraria a un sentido de propiedad jurídica podría ser violatorio del TJE⁹. Adicionalmente, en algunos casos tales como *Loewen v. EE. UU*, se ha planteado como requisito sustantivo de esta protección del derecho de inversiones, se deben haber agotado todos los procedimientos internos (CIADI, 2003). Sin embargo, esta condición no es pacífica en la literatura o

⁹ Ver casos *Azinian v. Mexico*, CIADI, 1999, *Mondev v. EE. UU*, CIADI, 2002 y *Amto v. Ucrania*, SCC, 2008.

en la práctica arbitral, y ha dado lugar a múltiples críticas, por cuanto este requisito es raramente exigido por los acuerdos de inversiones, y cuando se establece se trata más de una condición de admisibilidad que un requisito sustancial.¹⁰ Por el otro lado, están quienes defienden que la responsabilidad del Estado es única a nivel internacional, por lo que podría configurarse por una decisión adoptada por cualquiera de sus cortes internas (Bjorklund, 2005). Incluso, para ciertos tribunales como *Waste Management v. México*, encontraron que a pesar de que el uso de los mecanismos internos no constituye un requisito para la protección del debido proceso, su uso o no de estos sí permitiría un mejor análisis de la violación del estándar del TJE (CIADI, 2004). En todo caso, independiente de cuál posición se acoja, lo que se evidencia con claridad es que un examen por un órgano internacional, en cuanto a la evaluación de la justicia presente en un proceso nacional, solo se justifica de encontrarse una falla sustancial en el mismo.

Por otro lado, en cuanto el debido proceso administrativo, siempre se deberá garantizar mecanismos para que el inversor defienda sus derechos de inversión. Esta posibilidad deberá ser independiente de la razón por la cual se adoptó una medida, de acuerdo a la posición adoptada por el tribunal en el caso de *ADC v. Hungría* (CIADI, 2006).

En conclusión, se observa cómo para determinar la violación del estándar del TJE por una falta al debido proceso, se debe diferenciar entre un simple error por parte de las autoridades nacionales, y una injusticia manifiesta por parte de las mismas. Solo en el segundo de estos escenarios podrá activarse la protección consagrada en el derecho internacional de las inversiones. Las actuaciones que hasta ahora han derivado en una violación del TJE con base en un irrespeto del debido proceso en la práctica arbitral, se identifican principalmente en una ausencia manifiesta de cualquier forma de proceso, en la falta de respuesta oportuna al inversor, o cuando este tipo de conductas se han presentado de manera conjunta con otras formas de hostilidad frente particular protegido (Klager, 2011).

¹⁰ Para las críticas a esta aproximación del debido proceso se puede ver: J.A Baccari (2003).

1.3. Otros elementos dentro del trato justo y equitativo

1.3.1. Transparencia

El principio de transparencia se fundamenta en la buena gobernanza del Estado. Para que un inversionista pueda desarrollar su inversión debe conocer las normas aplicables a esta. La justicia en este principio implica la revelación de información por parte del Estado al inversionista, que permitan a este último llevar a cabo su inversión contribuyendo así a sus expectativas legítimas y a un debido proceso. Si bien la inclusión de este principio ha sido controversial dentro del TJE, algunos tribunales arbitrales como *Metaclad v. México* han empezado a incluirlo en el estudio del caso, en este caso el Tribunal determinó que el TJE “incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte.” (CIADI, 2000). Ahora bien, la transparencia ha sido invocada de manera complementaria como apoyo a otros principios del TJE y no como principio independiente.

Sin embargo, la protección ofrecida al inversionista encuentra un límite en la carga al inversionista de informarse por su cuenta. El Estado no se encuentra obligado a proveer información al inversionista que pudo haber sido obtenida por sus propios medios. Tampoco se debe informar sobre una regulación en particular o una norma si los textos se encuentran públicos y accesibles al inversor (Klager, 2011).

Al no encontrarse de manera independiente, la transparencia no tiene mucho peso para determinar la responsabilidad del Estado, simplemente se presenta en el discurso argumentativo de otros principios. Mientras no se desarrolle una noción específica de este concepto en el derecho de las inversiones, la transparencia no contribuye en gran medida al análisis de balance que realizan los tribunales en el caso concreto para determinar la responsabilidad del Estado frente a una violación al estándar de TJE.

1.3.2. Buena fe

Los tribunales de inversión han interpretado la buena fe como un elemento inherente al TJE. El tribunal en el caso de *MTD v. Chile* encontró que el TJE es una norma amplia frente a la cual se acepta que abarca normas fundamentales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad.

Es por esto que, si las acciones de un Estado son tomadas de mala fe, se estaría violando el estándar de TJE a la luz de los tratados de inversión. No obstante, cabe resaltar que la mala fe no representa un elemento necesario para la violación del estándar. Un Estado podría tratar a un inversionista de manera injusta y discriminatoria sin que necesariamente actúe de mala fe como fue establecido en el caso de *Tecmed v. México* (CIADI, 2003). Lo anterior puesto que encontrar la mala fe de un Estado podría resultar difícil en aspectos probatorios debido a que los gobiernos por lo general argumentan que la acción tomada tiene un fin de política pública (Salacuse, 2010). Incluso los tribunales no se centran en determinar la mala fe del Estado, sino que se analiza principalmente la afectación al inversionista.

En este sentido, la buena fe se entiende como un principio en el que se fundamenta el estándar del TJE, además también puede ser vista en la ejecución de las obligaciones de ambas partes en razón de la inversión. No obstante, como se ha encontrado en los laudos arbitrales, esta difiere significativamente cuando se aplica en relación con la demanda o con la defensa. Es por esto que la mala fe del inversionista se ha visto más como una excepción, tanto de jurisdicción como de competencia que como un estándar el cual el inversionista deba cumplir.

En conclusión, se evidencia como si bien este principio del derecho internacional no ha fundamentado una declaratoria de responsabilidad por parte del Estado en el marco del régimen de inversiones, este sí supone un elemento de análisis en el mismo que permitiría un mayor balance en la relación de Inversor-Estado. Dicho balance se muestra necesario puesto que como se desarrollará más adelante, la falta de este ha generado una crisis de legitimidad en el sistema.

1.3.3. Proporcionalidad y razonabilidad

La proporcionalidad es un concepto igual de vago que el concepto del trato justo y equitativo analizado. Sin embargo, este ha sido incluido en diferentes regímenes legales tanto nacionales como internacionales, como la Corte Europea de Justicia y la OMC (Stone Sweet & della Cananea 2014). En estos se ha analizado la proporcionalidad con base en un balance entre intereses, valores y principios de los diferentes actores.

El test de proporcionalidad originado en el sistema alemán de derecho administrativo ha sido tomado como referencia por otros órganos jurisdiccionales como la Corte Europea de Justicia y el Órgano de Apelaciones de la OMC (Stone Sweet & della Cananea, 2014). Hoy en día los sistemas constitucionales en los que se incluyen declaraciones de derechos humanos, se utiliza el test para estudiar derechos contrapuestos, como ocurre en el sistema colombiano. En estos foros se ha construido un test que a grandes rasgos consta de tres etapas de análisis: un análisis desde la adecuación de la intervención estatal, uno desde la exigencia o necesidad y finalmente uno desde la denominada proporcionalidad en sentido estricto. La adecuación se refiere a un análisis fáctico, en el cual lo que se busca determinar es si a través de la intervención estatal que deriva en una limitación de un derecho se logra efectivamente el fin público buscado. Acto seguido, el análisis desde la necesidad se equipara a establecer si no existe otra medida menos gravosa para alcanzar el mismo fin mandado por el bien común. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto parte de una relación causal entre fines y medios utilizados para su consecución (Blanke, 2010).

Para Franck (1995) el concepto de TJE se relaciona con el concepto de justicia en el ámbito internacional entendido como *fairness*. De acuerdo con este autor, este concepto se compone de dos aspectos: por un lado, un elemento procesal relacionado con el debido proceso en la promulgación de la norma, y por el otro se trata de un aspecto más sustantivo de las ideas de justicia distributiva y equidad. Estos dos aspectos presentan tensión debido a que el primero busca una estabilidad del régimen jurídico mientras que en el otro se relaciona en mayor medida con un cambio en la distribución de recursos.

En este sentido, un discurso de justicia en los laudos arbitrales deberá buscar un balance en la tensión entre la estabilidad pretendida por el inversionista y el cambio que implica la acción regulatoria del

Estado. Frente a este discurso surge el análisis de proporcionalidad de la medida del Estado para determinar si verdaderamente existe un balance entre los intereses contrapuestos de las partes en el derecho internacional de las inversiones.

Aunque la noción de proporcionalidad haya sido utilizada en algunos tribunales arbitrales y algunos lo analizan partiendo del test mencionado con anterioridad, todavía no se encuentra consolidada como un estándar en la práctica de inversiones. Este concepto ha sido estudiado desde la razonabilidad de la medida, la legitimidad de las expectativas del inversionista o la existencia de un trato diferenciado justificable (Klager, 2011). En este sentido recae en el Estado la carga de la prueba de la razonabilidad de la medida estatal para alcanzar los intereses buscados, así como el hecho que esta constituía la opción menos restrictiva de los derechos del inversionista.

Asimismo, los tribunales deben tener en cuenta que las normas de protección a los inversionistas compiten con otras normas del ordenamiento internacional y nacional, como lo son aquellas que derechos humanos y protección al medio ambiente. Sin embargo, estos no pueden consolidarse como una corte de apelación en la que se debate sobre la pertinencia de la decisión interna tomada por el Estado. Es por esto que el análisis frente al trato justo y equitativo deberá recaer principalmente en los medios tomados para alcanzar los fines propuestos y no la decisión interna como tal, de lo contrario la decisión de los árbitros perdería su legitimidad.

1.3.4. Soberanía

Cuando se analiza el trato justo y equitativo es claro que este se contrapone al principio de soberanía de los Estados, establecido en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y el cual supone la base de todo el derecho internacional.¹¹ En una concepción clásica del concepto, la soberanía se entendía como una potestad del ejercicio supremo de autoridad dentro de las fronteras de un determinado territorio, lo cual se traducía en una imposibilidad de derivar una responsabilidad internacional del Estado por las medidas internas del mismo. No obstante, hoy la soberanía se encuentra dentro del

¹¹ “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII” (Carta Naciones Unidas, 1945, art. 2.7).

sistema del derecho internacional y no por encima del mismo, en la medida de que dicho orden se estructura alrededor del consentimiento de cada Estado de someterse al mismo. (H. Steinberger, 2002)

Así, en el contexto del derecho internacional de las inversiones, los Estados expresan su consentimiento a través de acuerdos de protección a la inversión, por lo que aceptan limitar su soberanía. Sin embargo, de acuerdo a Klager, esto no debería llevar a una exclusión total del análisis de este principio a la luz de las disputas de inversión, puesto que en ninguna medida la firma de este tipo de acuerdos implica una renuncia al ejercicio del poder soberano (2011).¹²

Al sistema tener su base en el consentimiento de los Estados, su continuidad depende precisamente de que el análisis de los estándares que le son propios se efectúe de acuerdo a la autonomía de cada Estado para regular sus asuntos internos (UNCTAD, 2003). Esta afirmación encuentra una mayor fuerza en cuanto se constata las recientes evoluciones del sistema como son: la denuncia de Ecuador del convenio CIADI y de todos sus tratados de protección a la inversión, la renegociación del TLCAN anunciada por el Gobierno de Trump o la negativa del propio gobierno colombiano a suscribir nuevos acuerdos de promoción y protección recíproca a la inversión (APPRI).

Si bien hasta hoy la soberanía no se ha reconocido como un elemento del trato justo y equitativo, lo cierto es que múltiples decisiones arbitrales sí la han reconocido como un contrabalance a la protección debida al inversor. En este sentido, se pueden citar tribunales como *Pope & Talbot v. Canadá*, *Thunderbird v. México*, *Saluka v. República Checa*, entre otros. De lo anterior, se evidencia la necesidad de enfatizar en un concepto relativo de soberanía que permita reconciliar los intereses competitivos del inversor y del Estado. Como ya se desarrolló en el punto anterior, la ponderación de los diferentes intereses permite que la argumentación y el peso que se le atribuye a cada hecho se torne más transparente. Así, de acuerdo a la propuesta de Klager, el erigir la soberanía como un principio autónomo del TJE permitiría alcanzar en mayor medida dicha transparencia.

¹² Esto se afirma de acuerdo al artículo 2(1) de la Carta de Naciones Unidas sobre derechos económicos y sociales, el cual prescribe la soberanía permanente frente a los recursos naturales.

1.4. Problemas derivados de la ambigüedad del concepto

De lo abordado hasta ahora se evidencia cómo el trato justo y equitativo no constituye una obligación clara en cabeza de los Estados. A partir del informe de inversión mundial (World Investment Report) de la UNCTAD (2015) se evidencia como en un inicio este se planteó como una protección residual que debía proteger al inversor contra aquellas conductas indebidas que no se encontraran cubiertas por los demás estándares, e incluso se concibió como una herramienta para lograr prácticas de buena gobernanza por parte de las partes contratantes. Sin embargo, de la evolución del sistema se observa cómo este se comenzó a utilizar para controvertir todo tipo de conducta por parte del Estado que conllevara un efecto negativo para el inversor, constituyéndose así en un elemento central a toda demandada de inversión (Dolzer, 2012). Si bien en un principio este no jugaba un rol central en el debate arbitral, puesto que los inversores fundamentaban sus pretensiones principalmente en una expropiación indirecta (Sornarajah, 2015), los Estados se defendieron argumentando su derecho soberano a regular. Por lo tanto, el sistema se tornó hacia la determinación de la responsabilidad del Estado a partir de violaciones al estándar del TJE (Perrone, 2015).

Inicialmente, el foco de atención del derecho de las inversiones se concentró en darle un ámbito de aplicación a este nuevo estándar que no había sido interpretado de manera previa. El contenido que le fue atribuido se basó en un ejercicio de creación subjetivo por parte de un número reducido de árbitros, como se demuestra en el estudio adelantado por Sergio Puig (2014), particulares que son designados por las partes para resolver las controversias en materia de inversión.¹³ La textura abierta y ambigua de los calificativos que conforman el estándar, en la medida de que las nociones de justicia o equidad no prescriben obligaciones legales, permitieron un margen de interpretación amplio por parte de dichos paneles nombrados de manera ad hoc y cuya legitimidad se encuentra fuertemente cuestionada (UNCITRAL, 2018). La falta de legitimidad del sistema se constata en las múltiples críticas efectuadas al mismo no solo por estudiosos del tema como lo sería Sornarajah (2015), Ten Cate (2013) o Roberts (2014), sino también diferentes sectores de la sociedad civil como Corporate Europe Observatory (2019) o el TNI (Transnational Institute, 2012 & 2017).¹⁴ A lo anterior se le debe

¹³ De acuerdo al estudio adelantado por Puig en el 2014, el total de las nominaciones se encontraba dentro del 10% de toda la muestra (Puig, 2014).

¹⁴ Para conocer mejor las críticas planteadas desde la sociedad civil ver: Corporate Europe Observatory (2019) <https://corporateeurope.org/en/international-trade/2019/01/take-action-strike-blow-against-corporate-power->

adicionar el debate acerca de la relación del estándar con otros principios del derecho internacional consuetudinario y por lo tanto acerca del umbral de análisis que se debe considerar para determinar una violación al mismo (OCDE, 2017). Asimismo, la integración del respeto de las expectativas legítimas del inversor a la luz de este principio del derecho de inversiones, y el amplio alcance que dicha protección puede tener, ha suscitado fuertes críticas en cuanto implica una limitación a la capacidad de regular del Estado por el interés general (Corporate Europe Observatory, 2019).

2019 o Transnational Institute (2012) <https://www.tni.org/en/briefing/profitting-injustice> Transnational Institute (2017) <https://www.tni.org/en/publication/isds-in-numbers>

II. Críticas al estándar del trato justo y equitativo desde una visión integral del régimen de inversiones

Las críticas efectuadas acerca del trato justo y equitativo en el capítulo anterior constituyen un reflejo de los problemas que permean todo el sistema, por lo que hoy se cuestiona la misma viabilidad de este (Van Harten, 2017). De acuerdo al Reporte del Grupo de Trabajo número 3 de UNCITRAL en la reunión del 2 de noviembre de 2018, la pregunta ya no se centra en determinar si se necesita un cambio en el régimen de protección a la inversión, sino por el contrario en determinar qué se debe cambiar y cuándo. La inquietud acerca de la legitimidad del sistema, unido a un cambio de paradigma global hacen necesario una reforma integral del mismo. Hoy se habla de un imperativo de desarrollo sostenible, inexistente hace 50 años cuando se firmaron los primeros TBI y el cual representa la guía para la creación de toda política pública. Se evidencia a su vez, un nuevo panorama de inversión en el que los Estados en vía de desarrollo ya no son sólo receptores de capital, sino que también constituyen fuente de inversión. Por último, luego de la crisis de 2008 y en el marco de las obligaciones que instituye en cabeza de los Estados el móvil del desarrollo sostenible, se observa un Estado más regulador y que interviene de manera activa en la economía y en la política ambiental. Así, se evidencia con claridad la necesidad de la reforma que debe intervenir en el régimen de inversión para asegurar su continuidad en un contexto sustancialmente diferente a aquel que le dio origen.

El informe de la inversión global de la UNCTAD del 2015, previamente citado, recopila la discusión que se ha dado en el tema e identifica los siguientes puntos claves de reforma. En primer lugar, se establece la necesidad de salvaguardar el derecho a regular de los Estados en miras del desarrollo sostenible. En segundo lugar, se habla de la modificación que debe intervenir en los mecanismos de solución de controversias relacionadas con la inversión. En tercer lugar, se establece la necesidad promover y facilitar la inversión extranjera, y la cual deberá efectuarse en todo caso de manera responsable. Por último, se encuentra que el régimen deberá alcanzar una mayor consistencia.

Estos desafíos de reforma, los cuales tocan tanto puntos sustanciales como procedimentales, (Schill, 2018) surgen de la evolución que ha tenido este régimen, por lo que se comenzará con un breve recuento de este proceso. Lo anterior, se revela de una gran importancia puesto que permite

comprender mejor aquello que se debe cambiar. Acto seguido, se pasará a efectuar un desarrollo de los puntos de reforma ya mencionados y a las soluciones propuestas.

2.1. Críticas generales al régimen de inversiones

Dentro del derecho internacional de inversiones existen alrededor de 3,200 acuerdos de protección a las inversiones vigentes, firmados desde los años 50. De este número, en el 2017, se firmaron 18 AII nuevos, este fue el año con el menor número de tratados firmados desde 1983. Además, la terminación efectiva de los tratados excedió el número de aquellos firmados (UNCTAD, 2018).¹⁵ Esto demuestra un cambio en la perspectiva que se tenía del sistema en sus inicios.

El arbitraje de inversiones cuenta con alrededor de 60 años de funcionamiento, luego de la firma del primer TBI en 1959 entre Alemania y Pakistán en el cual ya se consagraba un mecanismo de solución de disputas, y a lo largo de su vigencia han transcurrido diferentes periodos históricos y económicos que se ven reflejados en el proceso evolutivo de los tratados y los laudos arbitrales. Este régimen global de las inversiones comenzó a expandirse a gran escala con la firma de TBI a partir de una visión neoliberal de atraer flujos de inversión desde Estados desarrollados hacia Estados en vía de desarrollo, ofreciendo un marco jurídico estable a cambio de una transferencia de capital. Ahora bien, en cuanto al arbitraje, es en la década de los años 90 que los inversores descubren este mecanismo y el número de demandas de inversión aumenta significativamente, lo cual revela el poder de los AII para proteger a los inversores (UNCTAD, 2018). En esta década, incluso a pesar de las demandas, también se evidenció una renegociación de los TBI de primera generación para incluir estándares de protección faltantes. El primer laudo de un caso fundamentado en un tratado fue promulgado en 1990 en la disputa entre *APL v. Sri Lanka* (CIADI), el cual desencadenó nuevos casos y un rápido incremento en los años 2000.

Después de este periodo de expansión de las demandas, los Estados comenzaron a entender a partir de las interpretaciones que los árbitros daban a los tratados, los defectos en el sistema que perjudicaban a los mismos Estados firmantes. En primer lugar, los Estados desarrollados comenzaron a recibir demandas de inversión por violaciones a los estándares de protección. Por ejemplo, en el

¹⁵ En el informe de la UNCTAD (2018) se demuestra cómo en el 2017 se firmaron 18 acuerdos contra los 23 que fueron denunciados.

caso del NAFTA, el mecanismo de inversiones había sido pensado inicialmente para la protección de los inversionistas en México, pero con la proliferación de las demandas, surgieron casos contra Estados Unidos y Canadá.

Adicionalmente, los Estados subdesarrollados empezaron a cuestionarse si realmente la protección dada al inversionista en los tratados era necesaria para generar flujos de inversión, o incluso si dichos flujos eran tan beneficiosos que otras consideraciones deberían pasar a un segundo plano. Aunque los AII eran importantes para atraer inversión, estos no eran el factor determinante ya que había otras variables contingentes que influían en el proceso de decisión del inversor.

En segundo lugar, este momento de crisis surge además porque a través de las decisiones arbitrales se amplió el margen de aplicación de los tratados. La jurisdicción se extendió a otros instrumentos financieros debido a la amplitud del significado de inversión, y se dieron fenómenos de *forum shopping*¹⁶ en el que los inversionistas constituían vehículos de inversión para favorecerse de los tratados firmados por un Estado. Adicionalmente, la interpretación de la cláusula de nación más favorecida dio un giro inesperado al permitirle a los inversores beneficiarse no solo de los acuerdos pactados por su Estado nacional sino también por cualquier otra cláusula que resultara más amigable dentro de los tratados firmados por el Estado anfitrión.

En 2008, la crisis económica financiera de Estados Unidos, sumada con la de Asia y Argentina, demostraron la importancia de un régimen regulatorio sólido para mantener la economía, incluso para las inversiones (Sornarajah, 2015). Por su parte la Comisión Europea propuso en un documento de propuestas de reforma al sistema, la inclusión del derecho de regular de los Estados y una reformulación al mecanismo de solución de disputas.¹⁷ El arbitraje de inversiones que se encontraba vigente desencadenó en la idea de un mecanismo negativo que afectaba la reputación de los Estados, los condenaba a pagar daños cuando menos podían asumirlos, los exponía a una serie de reclamaciones que se derivaban de la misma situación económica y política, y los constreñía a tomar medidas regulatorias con amenazas de arbitraje (Sornarajah, 2015). Hasta tal punto se extendieron las críticas al sistema por parte del bloque europeo que, en 2018, luego del caso de *Achmea v. Eslovaquia*, la Corte Europea de Justicia estableció que no eran posibles las demandas de inversión fundamentadas

¹⁶ Se refiere a la práctica en la cual el demandante de una reclamación, en caso de existir concurrencia de jurisdicciones, escoge la corte que le será más favorable a su pretensión (Cornwell Law school, n.d.).

¹⁷ "Investment in TTIP and beyond – the path for reform", mayo de 2015. Comisión Europea.

entre tratados firmados por Estados de la Unión Europea. Este argumento se propuso sobre la base que los tribunales arbitrales no tenían la facultad para interpretar la legislación de la Unión. A partir del caso mencionado, los Estados miembro plantearon terminación de los TBI intra europeos y desde enero de 2019 se decidió terminar con todos los TBI vigentes entre Estados de la Unión Europea con un plazo de un año hasta diciembre de 2019 (Casey, 2019).

Fue en este momento de crisis del sistema cuando además de los factores anteriores, las ONG decidieron participar en el debate. El rol preponderante de las organizaciones no gubernamentales se constató en cómo la oposición presentada por estas durante la negociación del acuerdo multilateral de inversión, promovido por la OCDE entre 1995 y 1998, constituyó una de las razones principales por la cual esta iniciativa fracasó (Kurtz, 2001). No obstante, el papel de las mismas en el ámbito del arbitraje de inversiones continuó no solo a través de la movilización de la opinión pública (Kurtz, 2001), sino también a través del lobby que cada organización comenzó a adelantar de acuerdo a su agenda ambiental, cultural o de derechos humanos. Se generó así una resistencia contra los laudos de arbitraje y un movimiento de intervención en estos procesos a través de *amicus curiae*. En el caso de Bechtel en Bolivia, esta compañía de nacionalidad estadounidense recibió una concesión para suministrar agua, servicio que se encontraba previamente en el sector público. Su subsidiaria, Aguas del Tunari, en el Estado Receptor aumentó el precio del agua un 50% lo que llevó a disturbios en la ciudad. La empresa demandó bajo el TBI Bolivia-Holanda y de alguna manera la controversia llegó al público, generando protestas por más de cuatro años a favor del derecho humano al agua. Aunque el caso de Bechtel terminó en arreglo, se evidencia como la presencia de las ONG en los procesos arbitrales promueven presión tanto a los árbitros como a las compañías sobre intereses superiores a los económicos. La aparición de esta resistencia fue un factor determinante para inducir nuevos cambios en la regulación de inversiones (Sornarajah, 2015).

Las preocupaciones ante los defectos en el arbitraje de inversiones llevaron a que algunos Estados hayan tomado medidas drásticas al denunciar los acuerdos firmados. En el caso de América Latina, Estados como Ecuador, Bolivia y Venezuela decidieron denunciar el Convenio CIADI en 2010, 2007 y 2012 respectivamente. Esto fue visto como una alternativa para bloquear las posibles demandas por parte de sus inversionistas extranjeros. Sin embargo, esta medida resulta poco conveniente puesto que es común que en los acuerdos se incluyan cláusulas de supervivencia a la protección de las inversiones, las cuales estarán protegidas por un periodo de 10 o 20 años después de la denuncia de los tratados. De los Estados mencionados, entre la fecha de la denuncia y agosto de 2019, Bolivia ha

recibido catorce demandas de inversión, Venezuela ha recibido veintitrés y Ecuador ha recibido siete.¹⁸ Esto demuestra que denunciar los tratados no es el mecanismo más eficiente para corregir las fallas en el sistema. Ahora bien, desde otra perspectiva, luego de 2008, otros Estados han propuesto una reorientación del sistema de inversiones a nivel global, teniendo en cuenta las tendencias políticas y económicas del momento y objetivos como el desarrollo sostenible. Como resultado, se han estructurado reformas a los AII y los Estados han propuesto nuevos modelos de TBI para incluirlos en futuras negociaciones.

2.2. Reformas necesarias al sistema

De esta evolución y del desarrollo que tuvo el sistema se pueden derivar ciertas lecciones que encauzan los caminos de reforma propuestos. En primer lugar, se evidencia que los AII contienen riesgos que no se habían establecido por las partes contratantes en un inicio. Así, cláusulas vagas y cuyo contenido no se determinó de manera previa y juiciosa, se constituyeron en verdaderas obligaciones jurídicas, y las cuales suponen el fundamento hoy de la responsabilidad del Estado en materia de inversiones. En este sentido, es necesario que la nueva generación de tratados integre en su contenido cláusulas menos ambiguas y que limiten en mayor medida el margen de interpretación de los agentes llamados a resolver una controversia. En segundo lugar, es claro que los AII tienen limitaciones como mecanismos para promover la inversión y que su efectividad depende de su interrelación con otros factores para fomentar un buen clima inversionista en el Estado anfitrión. No obstante, estos también representan una oportunidad para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible, debido al importante rol que cumple un inversor en un Estado en materia medioambiental, social o laboral. Por último, la evolución del sistema permite entrever el vasto alcance que tienen los acuerdos de inversión por cuanto tocan muchas esferas del marco regulatorio de un Estado. En este sentido, se precisa de una mayor interacción y discusión que permita alcanzar coherencia con las demás políticas nacionales y con las obligaciones internacionales de las partes.

2.2.1. Salvaguardar el derecho a regular

Uno de los objetivos primordiales de la conclusión de un tratado de protección de inversión, se encuentra en la promoción de la misma a través de la creación de un buen clima inversionista. Para

¹⁸ Cifras tomadas de Investment Policy Hub de la UNCTAD. <https://investmentpolicyhubold.unctad.org>

lo anterior, es claro que se acepta un cierto límite a la capacidad de regular del Estado (Klager, 2011). La estabilidad de un marco regulatorio permite un adecuado desarrollo de la actividad del inversor extranjero por cuanto otorga a los procesos dentro del Territorio certeza jurídica y transparencia, premisas básicas para toda práctica comercial adecuada como se ha reconocido por tribunales como *OEPC v. Ecuador* (LCIA, 2004) o *PSEG v. Turquía* (CIADI, 2007). Sin embargo, los límites establecidos a dicha capacidad regulatoria, a la soberanía del Estado, se llevaron hasta puntos insostenibles derivando en un *freezing effect* de la misma. Lo anterior, adquiere una mayor fuerza si se adoptan posiciones en línea con lo defendido por tribunales como *Saluka v. República Checa* (CIADI, 2006) o *Cas. Co v. Argentina* (CIADI, 2008) en las cuales se reitera que la protección de la inversión no puede entenderse como el único fin buscado por este tipo de acuerdos. Así, este elemento de la reforma se centra en establecer un punto intermedio entre la necesidad del Estado de regular para alcanzar objetivos del desarrollo sostenible o para implementar medidas económicas y financieras, pero sin que esto constituya una oportunidad para disfrazar medidas proteccionistas o discriminatorias que desincentiven la inversión. Esta posibilidad del Estado de regular ha obtenido tal relevancia que incluso hoy se habla del derecho al desarrollo del Estado (Sornarajah, 2015). Es decir, será necesario encontrar un balance entre la debida protección del inversor extranjero y el espacio regulatorio que requiere el Estado (OCDE, 2017).

Los límites al poder regulatorio, se originan en la interpretación que se les ha dado por parte de los árbitros a las disposiciones relacionadas con el de trato debido al inversor, sobre todo frente a los estándares de la nación más favorecida, del trato justo y equitativo y de la expropiación indirecta (UNCTAD, 2015). El debate acerca de la naturaleza de una medida regulatoria con un efecto adverso en la inversión extranjera se da principalmente al analizar supuestas violaciones a estas cláusulas. En consecuencia, se encuentra que, junto con la estructuración de excepciones de orden público, al clarificar y limitar el contenido de estos estándares problemáticos se puede proteger ese derecho estatal de regular (Roberts, 2018). Se pasará a explicar cada una de estas disposiciones, así como las opciones de reforma propuestas.

Frente a la cláusula de nación más favorecida, se estructuran múltiples críticas en la medida que más allá de proteger en contra de medidas discriminatorias con respecto a inversores de terceros Estados, se han utilizado para acceder a estándares más favorables de protección contenidos en otros AII,

dando lugar a un *cherry picking*.¹⁹ Esto genera graves problemas por cuanto limita las ventajas adquiridas como fruto de la negociación específica de cada tratado y podría suponer a su vez un límite a los esfuerzos ya emprendidos por rebalancear ciertos instrumentos de protección a la inversión. Como posibles formas de mejoras se ha propuesto: a) excluir la aplicación de la cláusula a las disposiciones de los tratados, b) evitar su aplicación frente acuerdos posteriores, c) establecer que solo podrá aplicar frente inversores en iguales circunstancias (UNCTAD, 2015).

En lo referente al estándar del trato justo y equitativo, ya se enunciaron de manera previa los problemas que se han derivado de la interpretación extensiva que se le ha dado a este estándar, así como las críticas de legitimidad que lo permean. Principalmente, se observa una limitación al poder regulatorio del Estado a partir del estudio de las expectativas legítimas del inversor, en las cuales se llega a aceptar que incluyen un respeto a la estabilidad del marco jurídico.²⁰ Se argumenta así, que no existe una legitimación para que un grupo de particulares nombrados de manera ad hoc, analice las medidas adoptadas por el Estado en la búsqueda de satisfacer intereses de orden público (Sornarajah, 2015). Las reformas en este punto se centran entonces en reducir el margen de interpretación que podrá tener un tribunal.

Algunas de las vías de reformas propuestas por la UNCTAD se resumen en los siguientes puntos. En un primer lugar, se ha planteado que el TJE deberá referirse expresamente a su relación con el mínimo estándar de trato o a principios de la costumbre internacional, como podría evidenciarse en el criterio expuesto en el caso *Neer*.²¹ Como una segunda vía, se propone que las nuevas cláusulas establezcan listas abiertas de aquellas conductas que las partes consideren violatorias al TJE, ya sea que se expresen de manera positiva o de manera negativa. Sin embargo, en esta opción la crítica se mantiene puesto que la misma textura abierta de la lista deja espacio para la interpretación de los árbitros. Como contraposición a esta reforma, se presenta la idea de estructurar una lista cerrada de obligaciones que se derivan del TJE, en cuyo caso será necesario que las partes acuerden una revisión periódica de las

¹⁹ De acuerdo al diccionario de Oxford en línea esta expresión da cuenta del sustantivo de escoger de manera selectiva (la cosa, oportunidad, etc más beneficiosa o rentable) de aquello que está disponible (Oxford English dictionary, 2019).

²⁰ Ver CIADI, 2005, *CMS v. Argentina*; CIADI, 2015, *Electrabel v. Hungría*; CIADI, 2018, *Novenergia v. España*.

²¹ Esto se evidencia en la propuesta del Tratado modelo Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), en el cual en su artículo 5 en el cual se consagra el TJE propone como una primera opción de formulación del estándar, su vinculación expresa con la costumbre internacional, específicamente con el estándar del caso *Neer*.

conductas contenidas en estas.²² Por último, se evalúa posibilidad de eliminar por completo el TJE o de consagrarlo únicamente en el preámbulo de los tratados, pero de acuerdo al análisis de la UNCTAD lo anterior derivaría en una reducción importante de la protección del inversor en virtud del tratado. Este camino de reforma constituye una práctica ya en desarrollo por parte de los diferentes Estados, quienes adoptan tratados de segunda generación, en la cual se identifican con mayor precisión los estándares de protección otorgados a los inversionistas, o a través de comisiones de interpretación conjunta de las disposiciones contenidas en el tratado que limiten el margen de intervención del árbitro. El reporte realizado por el grupo III de trabajo de UNCITRAL identifica lo anterior como una medida que los Estados deberán adoptar en pro de una mayor uniformidad y coherencia de las decisiones (UNCITRAL, 2018).

Otra de las cláusulas problemáticas frente a la necesidad de salvaguardar el derecho regulatorio del Estado se encuentra en la expropiación indirecta, entendida como el efecto de medidas que en sí mismas no constituyen una toma de propiedad por parte del Estado, pero las cuales tienen un efecto equivalente. Esta disposición se ha utilizado para atacar cualquier medida con un efecto negativo en la inversión de la persona natural o jurídica protegida por el tratado, sin que se diferencie entre aquello que constituye una expropiación compensable y el diseño legítimo de políticas públicas. Las soluciones que se han propuesto para conservar el espacio regulatorio en virtud de este tipo de cláusulas se encuentran en los siguientes elementos. Primero, establecer en el contenido de la disposición, criterios ya analizados en algunos laudos arbitrales, para determinar cuándo se está frente a una expropiación como la duración de la medida, el impacto económico de la misma, un beneficio obtenido por el estado, o la naturaleza de la medida adoptada, es decir, el fin de la misma (OCDE, 2004). Segundo, definir explícitamente aquello que no constituye una expropiación, en gran medida caracterizadas por ser regulaciones efectuadas de buena fe y encaminada a la persecución de un fin público. Por último, se ha propuesto eliminar la mención a una expropiación indirecta, pero a causa del importante rol que ha jugado este estándar de trato al inversor, lo anterior podría derivar en una percepción de una disminución sustancial de la protección ofrecida al inversor.²³

Otra forma de garantizar el espacio regulatorio del Estado se encuentra en establecer excepciones expresas en los instrumentos internacionales a la responsabilidad del Estado en materia de

²² En el Tratado- Modelo de Promoción de la Inversión de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN por sus siglas en inglés), se adopta una visión limitada del TJE en el cual se limita la responsabilidad del Estado por una violación a esta protección, en caso de denegación de justicia.

²³ Esta opción se adoptó en el TBI entre Marruecos-Serbia (2013).

inversiones. Si bien estas no son determinantes puesto que su ausencia en el tratado no implica que un Estado no pueda justificar una decisión en términos de política pública, su disposición literal sí permite una mayor certeza y previsibilidad para el Estado. Dichas excepciones podrían seguir varios modelos tales como determinar de manera expresa cuáles serán las políticas públicas exentas, determinar un nexo de proporcionalidad y causalidad entre el fin y la medida adoptada, incluir un elemento de excepcionalidad frente este eximente de responsabilidad, o establecer una guía de interpretación a la medida.²⁴

En conclusión, se requiere de una reforma sustancial del régimen de inversores. La interpretación dada a las cláusulas que en la actualidad gobiernan el sistema, no permiten un espacio suficiente para un Estado que necesita intervenir en mayor medida en pro de la búsqueda del desarrollo sostenible. Los estándares que mayor problema ocasionan se encuentran en: la nación más favorecida, el TJE y la expropiación indirecta. Una limitación y clarificación de los mismos, permitiría dar respuesta a las críticas acerca de los límites insostenibles a una atribución propia del Estado como supone la soberanía. A su vez, estructurar una lista de excepciones a la responsabilidad del Estado en materia de inversiones podría contribuir a una mayor certeza y predictibilidad del régimen. Asimismo, esto permitiría enfrentar el nuevo rol del Estado que implica un mayor campo regulatorio.

2.2.2. Problemas al mecanismo de solución de diferencias relacionadas con la inversión

Ahora se referirá al necesario cambio que deberá intervenir en el mecanismo de solución de diferencias y que da cuenta del desafío procedimental que se encuentra en la base de las críticas al sistema. Si tuviera que resumirse en una frase los problemas evidenciados en el modelo actual, bastaría con decir que en un principio este se diseñó tomando como ejemplo el arbitraje comercial ad hoc, utilizado para resolver conflictos entre dos particulares, y se trasladó sin mayores cambios al régimen de inversiones, en el cual el debate acerca de temas de interés público se encuentra en la base del sistema (Bernasconi-Osterwalder, 2015).

²⁴ Ejemplos claros de estas formulaciones se encuentran en los Tratados Modelos propuestos por la Comunidad de Países de África Austral (artículo 25). Incluso en el Tratado Modelo propuesto por el Commonwealth, las excepciones a la responsabilidad del Estado no se plantean como defensa sino como derechos del Estado. En el caso de Colombia, se establecieron los casos que podrían considerarse como violaciones al estándar de TJE, además se planteó un test de proporcionalidad para los casos en los que se analiza una expropiación indirecta.

De la adopción de un modelo insuficiente a los temas objeto de debate en una controversia relacionada con la inversión extranjera, se derivaron las siguientes críticas, las cuales se pronunciaron debido al fuerte aumento de los arbitrajes de inversión en los últimos años. i) Falta de legitimidad del sistema y de transparencia, ii) decisiones erróneas e inconsistentes, iii) parcialidad y dependencia de los árbitros, y iv) costo y tiempo de los procesos arbitrales. (UNCTAD, 2013). Estos cuatro puntos se desarrollarán con mayor profundidad a continuación.

(i) Falta de legitimidad del sistema y transparencia

Las críticas acerca de la legitimidad del sistema versan en su amplia mayoría acerca de la naturaleza del tribunal y el tipo de decisiones que son objeto de análisis en estos foros. En este sentido, se debate acerca de la justificación jurídica para que un tribunal conformado por tres particulares nombrados de manera ad hoc, analicen las medidas que un Estado adopta en la búsqueda de un fin público (Franck, 2015).

Si bien en un principio esta conformación del tribunal buscaba que las disputas de inversión fueran resueltas por un cuerpo técnico y neutral en una *lex specialis* como supone el derecho internacional de las inversiones, se ha encontrado un efecto inverso. Los árbitros deben decidir sobre temas tan variados como salud pública, medio ambiente, medidas prudenciales o tributarias, cuestiones sobre los cuales no siempre cuentan con la experticia necesaria para adoptar una determinación con un fundamento técnico. Por otro lado, la neutralidad inicialmente defendida como una ventaja del sistema, puesto que permitía escapar la parcialidad de los tribunales nacionales, se ha tornado en una crítica al mismo. Los árbitros, quienes generalmente son nacionales europeos o de Norte América (Puig, 2014),²⁵ y cuentan con una formación predominantemente comercial y occidental, desconocen el contexto del país en el cual se efectuó la inversión y cuya decisión tendrá importantes implicaciones económicas para el mismo, de encontrarse una responsabilidad por una decisión del Estado (Sornarajah, 2015).

Asimismo, la falta de transparencia supone una importante fuente de reproche del sistema (UNCITRAL, 2018). Muchos de los procesos que se resuelven en estos foros cuentan con confidencialidad en su desarrollo, independiente de los temas que se encuentran dentro de la esfera

²⁵ De acuerdo al informe estadístico del CIADI para 2019-1, un 64% de los árbitros nombrados bajo el convenio CIADI en los casos registrados este año, pertenecen a las nacionalidades enunciadas (CIADI, 2019).

del interés público. Lo anterior por cuanto se buscó transponer un tipo de mecanismo de solución de controversias que nació en el derecho del comercio internacional, el cual regula conflictos entre privados y tiene como bandera la confidencialidad que ofrece a las partes, a temas que afectan el orden público de los Estados y en el cual este no actúa como particular sino como poder soberano (Dupuy, 2009). Si bien esto mejoró en los últimos años, lo que se evidencia en el conjunto de reglas CIADI de 2006, así como en los reglamentos UNCITRAL 2013 y 2014, hoy muchos de las disputas de inversiones pueden continuar gozando de confidencialidad si ambas partes así lo quieren.

Por último, el sistema también recibió múltiples críticas del hecho que este ha generado un movimiento denominado “planeación de nacionalidad” (UNCTAD, 2015), que podría ser caracterizado como un fraude al sistema. En este, las grandes multinacionales buscan estructurar su inversión con el único propósito de beneficiarse de un acuerdo de protección a la inversión, y por lo tanto del mecanismo CIADI.

(ii) Decisiones “erróneas” e inconsistentes²⁶

Otro eje importante de las críticas que se han suscitado frente a este sistema se encuentra en el contenido mismo de las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales. Al tratarse de paneles decisorios conformados para la resolución de una disputa puntual, se ha evidenciado la adopción de interpretaciones legales disímiles, por diferentes tribunales, frente a disposiciones iguales, o en todo caso, fuertemente similares, tal y como da cuenta el informe específico sobre el tema elaborado por UNCITRAL en el 2018. Un ejemplo emblemático de este punto se encuentra sin duda en los casos de *CME v. República Checa* (UNCITRAL, 2003) y *Lauder v. República Checa* (UNCITRAL, 2001).²⁷ Si bien en el primero de estos se trataba de la sociedad quien acudía al CIADI, y en el segundo era su inversionista principal quien buscaba la protección de sus derechos de inversión, los hechos sobre los que se fundamentaban las pretensiones correspondían a las mismas violaciones por partes del Estado. A pesar de lo anterior, mientras que en el primero no se encontró una responsabilidad de la República Checa, en el segundo sí se determinó un actuar indebido por parte del Estado. Esta situación envuelve así, la pregunta acerca del verdadero significado de los estándares de protección a

²⁶ Esta caracterización de las decisiones se toma textual del informe presentado por la UNCTAD en 2012.

²⁷ Estos casos se refirieron a las reclamaciones efectuadas por el señor Lauder, nacional americano, quien, a través de su compañía alemana, que después pasó a ser CME (Central European Media) compañía holandesa, invirtió en una compañía de televisión en la República Checa. Sin embargo, a través de intervenciones del Consejo de Medios Checos, se alegó en ambos casos una interferencia con la propiedad de Lauder.

la inversión, los cuales constituyen hoy una práctica homogenizada, y acerca de la previsibilidad misma del sistema. No puede decirse que hoy exista una seguridad jurídica en virtud del derecho de inversiones, puesto que no se tiene de antemano una certeza acerca de la forma en que el tribunal decidirá una determinada controversia.

Adicionalmente, en la medida de que el régimen sigue una lógica propia al arbitraje comercial en la cual el laudo en principio es definitivo y solo existe una posibilidad de control excepcional denominada anulación, se cuenta con una baja posibilidad de revisión de las decisiones arbitrales a pesar de la importancia de los temas que en estas se tratan. La opción de revisión dada por los comités de anulación se encuentra fuertemente limitada a temas jurisdiccionales de acuerdo al artículo 52(1) del reglamento CIADI. Un ejemplo en este sentido se encuentra de manera clara en el pronunciamiento del comité de anulación del laudo de *CMS v. Argentina* quien dictaminó que este no podía pronunciarse acerca de los errores manifiestos en derecho que encontraba en la decisión del tribunal (CIADI, 2007).

Ahora bien, por la naturaleza ad hoc que tienen este tipo de comités, estos también pueden adoptar decisiones diferentes en casos similares por lo cual tampoco se puede predicar una previsibilidad de este mecanismo. Incluso, lo cierto es que una revisión excesiva de laudos arbitrales también derivaría en una falta de legitimidad y seguridad jurídica del sistema, puesto que se pondría en entredicho las competencias de los árbitros para adoptar decisiones válidas y frustraría el objetivo de ofrecer una decisión expedita y segura a las partes.

(iii) Parcialidad y dependencia de los árbitros

Si bien en un inicio la conformación de tribunales ad hoc buscaba precisamente la independencia de los árbitros frente a los sistemas nacionales del Estado receptor de la inversión, duras críticas en este aspecto igual se han suscitado. En términos generales, se ha identificado que los árbitros son nombrados por las partes, luego de intensos estudios para determinar aquellos perfiles que podrían tener una posición más cercana a la de la parte interesada (Puig, 2014). A su vez, también se identificó como problemático la rotación de los practicantes de la materia quienes, frente a un determinado conflicto pueden actuar como árbitros, y en el siguiente como representantes de una de las partes. En palabras de Van Harten (2017), en el sistema del CIADI no se logran garantizar los principios básicos

de un sistema judicial independiente, como lo podrían ser un salario predeterminado o unas calificaciones objetivas para la nominación de los árbitros en un determinado asunto (2017).

(iv) Costo y tiempo del proceso

El arbitraje de inversiones representa el mejor ejemplo de las críticas efectuadas al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, en cuanto este se ha revelado como un método largo y costoso, contrario a como se había presentado en sus inicios. De acuerdo al estudio adelantado por la OCDE en 2012, un arbitraje tiene una duración promedio de más de tres años. Asimismo, según lo encontrado por la OCDE en su informe del 2018 relativo al costo del arbitraje, se estableció que para el 2014 el costo promedio de la defensa de una demanda arbitral representaba un costo de más de 10 millones de dólares por parte, cifra en la cual un 88% correspondía al consejo legal (OCDE, 2018). Por ejemplo, un caso concreto frente al costo del arbitraje se da cuenta en la reciente revelación por parte de Australia de 39 millones de dólares en su defensa por la ley de empaquetamiento sin marca contra la tabacalera Philip Morris (The Guardian, 2018). Este se evidenciaba como necesario debido a la poca claridad presente en las normas del derecho de inversiones y para cuya interpretación se requiere de importantes estudios casuísticos. Este tipo de cifras representan una carga significativa para las finanzas de países con economías medias, y quienes se ven obligados a contratar con firmas multimillonarias para evitar las consecuencias de encontrarse la responsabilidad del Estado.

Frente estos problemas estructurales del sistema, la UNCTAD, UNCITRAL y diferentes foros internacionales han comenzado a proponer reformas de índole procedimental que den respuesta a estas inquietudes.²⁸ Si bien adoptar cambios a las obligaciones sustanciales que fundamentan este régimen son necesarias y pueden generar un respiro al sistema, estas son insuficientes. Para dar verdadera respuesta a la crisis de legitimidad del régimen de inversiones se requiere de una reforma holística. Así, los caminos de cambio propuestos a los mecanismos de resolución de controversias en materia de inversión se pueden identificar en tres grandes grupos. En primer lugar, se evidencian aquellas propuestas que conservan el sistema actual pero modifican algunos de sus elementos. En segundo lugar, se encuentran aquellas opciones que adicionan nuevos elementos al régimen existente. Por último, están quienes propugnan por reemplazar el mecanismo actual en su totalidad (Roberts, 2018). Se explicará entonces las propuestas presentes en cada grupo.

²⁸ Ver UNCTAD, 2015, Informe del desarrollo de la inversión mundial y OECD, 2012, Investor- State Dispute Settlement.

2.2.3. Soluciones a los problemas relativos al mecanismo de solución de diferencia

(i) Reformar el sistema actual

Este grupo de reformas pretenden mantener los mecanismos existentes en el régimen de inversiones, pero buscando una mayor legitimidad del sistema, un mayor control de las partes en cuanto a la interpretación dada a sus tratados, así como la construcción de un proceso más rápido y eficiente. En este sentido, algunos de los pasos identificados hacia estos objetivos se encuentran resumidos en los siguientes puntos.

En primer lugar, una mayor transparencia del proceso se puede conseguir a través del acceso público a toda la documentación de los trámites arbitrales y a las audiencias que se celebren. Este objetivo también podría alcanzarse a través de la creación de espacios que posibiliten la intervención de terceros interesados por medio de figuras como los *amicus curie* (UNCTAD, 2012). Asimismo, en cuanto a la independencia de los árbitros se ha propuesto establecer reglas de calificación para ser árbitro, una lista específica de quien puede serlo o códigos de conducta arbitral como se ha pretendido por la Comisión Europea (Bernasconi-Osterwalder, 2015). Otras soluciones encaminadas a fortalecer el rol que juegan las partes contratantes de una disputa de inversión se encuentran en establecer comisiones de interpretación vinculantes de las disposiciones del tratado o en crear comisiones técnicas frente a ciertos temas conformadas por las partes y que deberán conocer de la controversia de manera previa al tribunal. En cuanto a las reformas enfocadas en una reducción de costos y tiempos del proceso se ha buscado establecer mecanismos para desestimar pretensiones caracterizadas como frívolas (UNCITRAL, 2018).

En un segundo lugar, otra de las reformas a los mecanismos existentes se encuentra en una limitación del acceso al arbitraje internacional para así reducir el riesgo de condena de los Estados. Dicha limitación puede intervenir de varias maneras. Esto puede lograrse a través de la exclusión de ciertas materias de la jurisdicción de los tribunales de arbitraje por su sensibilidad o buscando que sólo pueda invocarse violaciones a las disposiciones sustantivas del tratado.²⁹ También se ha pretendido establecer un período de caducidad para poder acceder a estos mecanismos de resolución de

²⁹ En el Tratado-Modelo propuesto por la ASEAN se establece que los temas de regulación cambiaria no podrán ser invocadas ante la jurisdicción del tribunal.

controversias, de establecer medios para prevenir el abuso de los tratados a través de figuras como la denegación de beneficios, o incluso de retornar al consentimiento del Estado específico a cada disputa.

En tercer lugar, se ha discutido la opción de canalizar ciertos temas sensibles al mecanismo de solución de controversias entre Estados. Con esta opción se permite mantener el sistema actual previsto en mecanismos como el CIADI o UNCITRAL, pero excluyendo de su competencia temas de fuerte impacto nacional, los cuales se verán sujetos a un arreglo directo entre los Estados. Un ejemplo de los temas que pueden ser objeto de exclusión son las medidas prudenciales o alegaciones de expropiación por medidas tributarias.³⁰ Este tipo de soluciones se adoptaron en el TBI entre Canadá-China en 2012, en el tratado modelo de Noruega o incluso en el TLCAN.

Por último, se ha propuesto retomar la exigencia presente en otras áreas del derecho internacional de agotar los remedios nacionales antes de acudir a los mecanismos internacionales. Si bien la forma en que se consagre esta exigencia podrá variar en cada tratado, en cuanto se exija agotar la totalidad de los mecanismos internos o si por el contrario el foro internacional podrá habilitarse luego de transcurrido un determinado tiempo de debate en los escenarios internos. Con esta exigencia se busca que los inversores internacionales se encuentren en igualdad de condiciones que los nacionales quienes no tienen a su disposición instrumentos internacionales, así como la reducción del número de demandas arbitrales en cuanto se ha defendido que en muchos Estados se cuenta con jurisdicciones técnicas y caracterizadas por sus prácticas de buena gobernanza. No obstante, existen quienes se encuentran en contra de estas propuestas dado que lo consideran como un retroceso del régimen. En sistemas nacionales con pocas garantías, esto podría suponer una forma de establecer una demora injustificada a la protección del inversor e incluso derivar en mayores críticas de legitimidad al sistema puesto que el arbitraje internacional se podría convertir en un centro de revisión de decisiones adoptadas por los jueces nacionales. Asimismo, frente a ciertos tribunales nacionales será necesario que se incorporen los tratados a los derechos nacionales para que los jueces locales puedan fundamentar sus decisiones en los mismos (UNCTAD, 2015).

³⁰ Un ejemplo de esto se encontraba en el borrador del Tratado-Modelo Noruego que excluía las medidas tributarias de la jurisdicción del régimen de inversiones y debía resolverse a través de una comisión técnica conformada por expertos de ambas partes contratantes.

(ii) Adicionar nuevos elementos al sistema existente

Los nuevos elementos propuestos como adicionales al sistema se encuentran en la promoción de los medios alternativos de solución de disputas y en el muy mencionado foro de apelación uniforme de las decisiones de los tribunales arbitrales. El camino propuesto en los medios alternativos de disputas se divide en dos aspectos, el primero en reforzar métodos no obligatorios, los cuales podrán encontrarse dispuestos en los TBI o en las normas internas de cada Estado. Este tipo de mecanismos podrán ser ventajosos en la medida de que un tercero imparcial busca encontrar una solución basada más en lo que es percibido como justo por las partes y menos en las disposiciones legales aplicables al caso. Una defensa importante de esta solución la sostiene Susan Franck en su artículo “Predicting outcomes in investment treaty arbitration”, como un mecanismo real y efectivo de reducción de costos y aumento de predictibilidad del arbitraje. El segundo aspecto se refiere al desarrollo interno de políticas de prevención de disputas entre los cuales podría encontrarse la creación de una agencia especial para disputas de inversiones y de asegurar canales efectivos de comunicación entre el inversor, las agencias del estado y dentro del mismo gobierno (Frank, 2015).

Por otro lado, la propuesta de crear un foro de apelaciones uniforme se ha abordado en diferentes ocasiones.³¹ Se ha planteado que esta permitiría alcanzar una mayor consistencia, corregir decisiones erróneas y posibilitar la predictibilidad del sistema. Sin embargo, la eficacia de esta propuesta se encuentra limitada por el mismo diseño actual del régimen, el cual se encuentra consagrado en multiplicidad de textos legales. A su vez, esto podría aumentar el tiempo y el costo de las disputas de inversiones, y habría aún lugar a resolver todos los aspectos prácticos de dicha iniciativa como el apoyo necesario de varios países, los mecanismos de financiación de tal foro, su lugar de sesión, entre otros, en la medida de que este constituiría en sí mismo un panel permanente de decisión. Lo cierto es que esta propuesta por los cambios que implica a la lógica que envuelve el sistema, así como de la necesaria iniciativa política que requiere, se acerca en mayor medida a una modificación total del sistema.

³¹ Esta opción se ha planteado en varios TBI celebrados por Estados Unidos en los que se establecen los mecanismos en caso de crearse una corte de apelación. Ver por ejemplo el TLC entre EE. UU. -Chile o EE. UU.-República Dominicana.

(iii). Modificación total del sistema

En este sentido, la principal de las propuestas se centra en la creación de una Corte Internacional de Inversión. Esta buscaría dar pie a un foro institucional, reemplazando los tribunales ad hoc cuya legitimidad tanto se ha criticado. Este mecanismo permitiría una mayor legitimidad, consistencia e imparcialidad por parte de los decisores de los conflictos, por cuanto estos últimos dejarían de ser particulares nombrados de acuerdo a los intereses de las partes, y se constituirían en jueces nombrados por los Estados parte. Los problemas frente a esta alternativa se evidencian principalmente en el desafío de lograr el consenso necesario para la conformación de tal institución.

No obstante, también se han propuesto como alternativas al régimen internacional de las inversiones, y a su mecanismo de solución de disputas, un retorno al pasado. Lo anterior se explica en opciones que se han debatido en los últimos años como lo suponen la posible reclamación únicamente ante las cortes nacionales o de limitar a los Estados como únicos agentes con capacidad para actuar en el contexto internacional (Van Harten, 2018). El problema frente a la primera de estas alternativas se encuentra en que dicha opción solo podría ofrecer una garantía suficiente al inversor en aquellos Estados en que existen cortes independientes, técnicas y transparentes. Frente a la segunda propuesta, cabe la posible politización del sistema, el cierre de la posibilidad de acceso a estas instancias por parte de las empresas medianas, e implicaría repensar la implementación de las decisiones adoptadas por los tribunales (UNCTAD, 2015).

De los puntos desarrollados en este capítulo se observan los importantes desafíos que tiene el régimen de inversiones para lograr su continuidad. Este ha sufrido de fuertes críticas de legitimidad, las cuales se basan en un sistema poco transparente, inconsistente, costoso y que ha derivado en una limitación fáctica de la soberanía del Estado. El necesario consentimiento de estos últimos sobre el cual se fundamenta todo el sistema ha demostrado que, de no emprenderse la reforma, el régimen dejará de acogerse por los diferentes Estados quienes ya son renuentes al mismo. Se precisa de un balance entre la protección a la inversión, pero también de salvaguardar el poder de regular (Klager, 2011). No obstante, se evidencia que las reformas que se han propuesto en los distintos foros tomarán tiempo para su materialización y sobre todo una alta voluntad política de los Estado.

III. El inversionista como actor del derecho internacional

Una vez analizado el sistema que rige el régimen de inversión, se evidencia que este se planteó como un mecanismo para proteger al inversionista y promover así el flujo de capital necesario al desarrollo. No obstante, muchas de las críticas analizadas con anterioridad, sobre todo aquellas que se refieren a los estándares de protección, se centran en el desbalance observado en el sistema, por cuanto se protege sobremanera al inversionista, derivando en una limitación del poder soberano del Estado (UNCITRAL, 2018). Por lo anterior, se muestra necesario pasar a analizar: i) el rol del inversionista en un Estado receptor para encontrar la justificación a su protección, y ii) el compromiso que debe adquirir este agente con el Estado en el cual se instala debido a su impacto e interacción con una determinada comunidad, así como por el motor del desarrollo sostenible. Esto puesto que analizar el rol que juega el inversionista en una comunidad, tanto desde un punto de vista positivo como negativo constituye un punto central en la justificación de la protección ofrecida al mismo, así como para permitir que opere el balance que precisa el sistema.

3.1. Una visión positiva del rol del inversionista en el Estado

La inversión extranjera ha sido vista en los últimos años como un mecanismo de crecimiento económico de los Estados. La IED es la principal fuente externa de financiación para las economías en desarrollo, esta constituye el 39% del total de las fuentes de financiación entrantes en las economías en desarrollo como grupo (UNCTAD, 2018). La razón principal de esto radica “en una mayor cantidad de capital en el país receptor, mayores recursos productivos, se traducen directamente en efectos positivos en su crecimiento” (BID, 2018). Para Spinova y Ougate (2017), existen tres maneras en que la IED contribuye al bienestar del país receptor: el mercado laboral, a través del cual se demandará mano de obra calificada; mediante el aumento de los ingresos fiscales para el gobierno, a través del cual se incrementará la alfabetización y se mejorará la atención de la salud de la sociedad; y los beneficios del empleo y un mayor ingreso de los hogares, lo que confiere a esta última un gran poder de compra. Con base en lo anterior, la instalación de empresas multinacionales en los Estados receptores, además del ingreso de capital al Estado, genera efectos indirectos en la sociedad de este Estado, los cuales constituyen externalidades en la economía conocidos como efectos de desbordamiento (BID, 2018).

El BID (2018) propone dos tipos de externalidades que se producen a partir de la IED. En primer lugar, las externalidades tecnológicas hacen referencia a la transferencia de *know how* y de tecnología entre empresas extranjeras y compañías locales. Estas permiten al país receptor obtener conocimiento por parte de otros Estados con una mayor experticia en un tema. Además, la información de las CMN se propaga en el Estado receptor a través de la interacción entre los gerentes de diferentes niveles, la movilidad de estos, y la relación entre las empresas locales e internacionales. En segundo lugar, las externalidades pecuniarias se producen cuando las compañías que entran a un mercado incrementan la demanda de insumos intermedios. Esto, a su vez, aumenta la calidad y el número de productos intermedios producidos debido a los estándares exigidos por la multinacional.

Además de lo anterior, el ingreso de compañías multinacionales tendrá factores importantes en el mercado laboral del Estado receptor al requerir capital humano para realizar su actividad productiva. De igual forma no solo aumenta la demanda laboral, sino que, Javorcik (2014) a través de estudios empíricos demuestra que las empresas multinacionales pagan salarios más altos que las empresas locales. Debido a las estructuras organizacionales de las empresas, en sus reglamentos se incluyen lineamientos de equidad salarial que limiten o disminuyan las diferencias salariales entre países (BID, 2018).

Por último, desde el punto de vista cultural, algunos estudios muestran cómo la IED contribuye de manera positiva en algunas disyuntivas sociales como la equidad de género. En el informe de inversiones de la UNCTAD (2018), se muestra como las “las empresas multinacionales que se encuentran entre las 100 más importantes del mundo y las economías en desarrollo están liderando los esfuerzos destinados a lograr consejos de administración más equilibrados en materia de género”. Por otro lado, un estudio del CESifo (2017) demuestra que las multinacionales de Estados que tienen una mayor cultura de equidad de género tienden a contratar de manera proporcional más mujeres y nombrarlas administradoras, lo cual genera repercusiones indirectas en las empresas locales. Lo anterior ha sido evidenciado no solo en el ámbito de género sino también en otras conductas culturales que se replican en los Estados receptores de la inversión.

De esto se evidencia cómo a partir de la inversión extranjera se producen beneficios para la sociedad receptora a través de la transferencia de capital que permite mejorar las condiciones de vida de la población a través de diferentes políticas públicas. Adicionalmente, y en especial para los países en vía de desarrollo, la instalación de las CMN permite plantear un modelo a seguir en el cual las

empresas locales implementan buenas prácticas y absorben conocimientos tecnológicos que contribuye en sus modelos de negocios y a su vez en beneficios para sus empleados.

3.2. Una visión crítica del rol del inversionista

Las críticas acerca del impacto de la inversión extranjera directa en un territorio tienen una relación necesaria con la discusión dada alrededor de las Compañías Multinacionales, cuya estructura presupone la inversión en determinados países a través de la división de sus cadenas de suministro en búsqueda de un principio de eficiencia (Giuliani, 2008). Si bien no existe una definición homogénea acerca de aquello que constituye una multinacional, como ya revelaba la versión de 1977 de la Guía para Empresas Multinacionales de la OCDE, estas se caracterizan por una operación internacional con un impacto real en la gobernanza global (Lambooy, 2010). De acuerdo con el estudio adelantado por el Instituto de Estudio de Políticas Públicas, varias Compañías Multinacionales se encuentran junto con algunos Estados, en la clasificación de las 100 economías más grandes del mundo (Babic, Heemskerk & Fichtner, 2018). Este rol fundamental de las CMN se fortaleció a su vez a partir del modelo neoliberal adoptado desde los años 90, la apertura de los mercados globales, el desarrollo de los acuerdos de inversión, y la adopción de políticas de privatización que permitieron reafirmar la posición favorable a este tipo de compañías (Ruggie, 2017).

A pesar de que la relación entre Estado-CMN genera diferentes aproximaciones teóricas frente a sus causas o formas de interrelación, estos agentes cuentan con la verdadera posibilidad de definición de políticas públicas y de promoción del desarrollo sostenible. (Vargas, Duque, Herrera & Rios, 2011). Especialmente, importantes discusiones se generan alrededor del impacto de la actividad de dichos particulares en la protección de derechos humanos, tanto positivos como negativos (Giuliani, 2010). Hoy sería ingenuo pensar que solo el Estado tiene una responsabilidad frente a la promoción de los derechos humanos en el escenario internacional cuando se da cuenta del rol de las CMN (McCorquodale, 2014).

Lo anterior se afirma, no solo en virtud del poder natural de las empresas para influir en las condiciones laborales o medioambientales de la comunidad donde desarrolla su actividad, sino también en la medida de que estas compañías, en el marco de procesos de privatización, pasan a realizar funciones que antes le eran propias al Estado y las cuales cumplen un rol fundamental en la garantía de los derechos humanos de los ciudadanos (Kriebaum, 2007). Ejemplos de estas

transferencias de funciones esenciales al sector privado se encuentran en el sector de las telecomunicaciones, la infraestructura, la educación, la sanidad o la seguridad. Así, se observa en el caso de las pensiones obligatorias en Bolivia administradas por el banco español BBVA, en el de las cárceles estadounidenses gestionadas por particulares, o en aquel del sector de la electricidad el cual se encuentra globalmente en manos de la multinacional francesa EDF, la italiana Enel o la española ENDESA (Observatorio de Multinacionales para América Latina, 2012). Incluso en el caso colombiano, se podrían citar los casos, ya en sede CIADI, de inversionistas que prestaban servicios propiamente públicos, como lo son el caso de Claro S.A. y de Electricaribe (sector de las telecomunicaciones y la energía eléctrica domiciliaria respectivamente). De esta manera, el deber de las multinacionales con la sociedad se torna más relevante, puesto que su impacto es directo con respecto al efectivo respeto de los derechos de los ciudadanos.

Al analizar la forma de operación de las CMN se encuentra que estas se estructuran a través de del fenómeno denominado como cadena de valor global, el cual, si bien no cuenta con una definición comprensiva del término, puede identificarse como la deslocalización de la producción de un producto con el fin de reducir costos operacionales, un mayor acceso a recursos o a tecnología. Aunque hasta la fecha no existen estudios completos en los cuales se analice a fondo los impactos tanto positivos, como negativos de la inversión extranjera directa, aquellos adelantados hasta ahora sí parecieran confirmar la existencia de algunas desventajas de esta forma de organización económica sobre todo en países desarrollados (Giuliani, 2010).

Si bien en un inicio el movimiento de protección de los derechos humanos se centró en las violaciones acarreadas por parte de los Estados, esto ha ido cambiando en los últimos años. De acuerdo con Ratner (2001) “hemos presenciado un impresionante y novedoso fenómeno en las estrategias de protección de derechos humanos: un cambio de perspectiva de los actores globales preocupados por la protección de derechos humanos. Se pasó de una atención casi exclusiva de las violaciones cometidas por el Estado, a un análisis riguroso de la actividad desarrollada por el sector empresarial, en especial aquella de las multinacionales”. En Colombia, lo anterior es especialmente cierto al tratarse de un país con un histórico conflicto interno en el cual las multinacionales, como Coca Cola o Chiquita Brands han jugado una parte determinante en su continuidad, tal y como afirma el estudio desarrollado en 2016 por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, órgano suscrito a las Naciones Unidas. Asimismo, se identificó que uno de los sectores de inversión con mayor índice de violación de derechos humanos se encontraba en el sector extractiva (Ruggie, 2007), el cual

representa hoy en Colombia el 44% de la totalidad de la inversión extranjera directa (Banco de la República, 2019).

No obstante, la pregunta acerca de la razón por la cual se le debería atribuir responsabilidad en la protección de los derechos humanos, se encuentra en la base del problema. Si bien las discusiones acerca de la personalidad jurídica de estos agentes son frecuentes, estas están llamadas a ser reevaluadas en el marco del contexto internacional actual (Ruggie, 2007). Hoy las CMN cuentan con importantes derechos en el marco de los tratados de protección a la inversión y con la capacidad de determinar estándares globales en diferentes sectores. En virtud de lo anterior, se puede afirmar que las CMN se han constituido por lo menos en actores del sistema internacional como defendía la profesora Higgins ya en 1995. En este sentido las corporaciones deberían tener una responsabilidad respecto a los derechos en los cuales su actividad tiene un impacto, pues con el poder se desprenden responsabilidades (Ruggie, 2007).

Del desarrollo anterior, se muestra cómo los inversionistas tienen un rol fundamental en el desarrollo social y económico de un país, sobre todo en un momento en que el agente privado realiza actividades que anteriormente se encontraban en cabeza del Estado, y en virtud del papel que puede jugar en la promoción del desarrollo sostenible como sostiene la UNCTAD (2015). Esta preocupación ha llevado a la creación de instrumentos de Responsabilidad Social Empresarial en los cuales se evidencia el interés por la protección de los Derechos Humanos por parte de las CMN como lo son los principios Ruggie y la Guía para empresas Multinacionales de la OCDE. Si bien estos mecanismos responden a un *soft law*, alrededor de estos se ha comenzado a hablar de una debida diligencia de las empresas en la protección de derechos humanos, constituyéndose así en una real expectativa social. De conformidad con lo anterior, hoy en día el inversionista tiene un deber con respecto a la comunidad de la cual es parte, consagrado en instrumentos internacionales, por lo que su actuar no se puede fundamentar únicamente en la maximización de utilidades. Se encuentra que parte del problema de deslegitimación del régimen de inversiones se encuentra precisamente en desconocer esta responsabilidad del agente privado al momento de valorar una disputa Estado-Inversor. Reconocer el rol del inversionista en una comunidad constituye un elemento central al balance del sistema que se propone en los diferentes foros puesto que se precisa conocer el rol y peso que se tiene a cada lado de la ecuación.

IV. Inexistencia de obligaciones en cabeza de las CMN

Como ya se manifestó, debido rol activo de las empresas en la sociedad, estas sí tienen un impacto en el desarrollo de las comunidades en las que realizan su inversión. No obstante, los Estados no siempre tienen la capacidad de reglamentar de manera efectiva la conducta de las empresas en su territorio para garantizar ese impacto positivo y minimizar el efecto negativo de la actividad económica. Así mismo, el derecho internacional en un sentido tradicional solo crea obligaciones en cabeza de los Estado, y no se ha logrado la negociación de un tratado vinculante en el que se cree una responsabilidad de las empresas para la protección de los derechos humanos (McCorquodale, 2014). En otras palabras, las compañías detentan una responsabilidad, la cual constituye un reflejo de las expectativas crecientes de la sociedad de que estas se comprometan con el desarrollo sostenible (Carroll, 2008); pero esta responsabilidad se traduce únicamente en una obligación normativa. Sin embargo, lo anterior no equivale a una obligación legal que vincule jurídicamente a estos actores de la sociedad.

A continuación, se pasará a desarrollar la problemática alrededor de responsabilizar a las compañías multinacionales, tanto desde una perspectiva del derecho interno como desde el derecho internacional. Con posterioridad, se evaluarán los mecanismos existentes en el escenario transnacional para evaluar su naturaleza.

4.1. Tentativas de responsabilizar a las empresas en materia de derechos humanos

En el derecho internacional, las empresas no son sujetos a los que se les pueda atribuir derechos y obligaciones. En la noción clásica de derecho internacional, solo son sujetos de derecho internacional los Estados y las Organizaciones Internacionales conformadas por los Estados (Brownlie, 2012). Lo anterior conlleva a que las empresas no puedan ser demandadas ante un órgano internacional y posteriormente ser declaradas responsables internacionalmente por sus actuaciones.

No obstante, las multinacionales tienen una alta injerencia en la sociedad por lo que esta situación, sobre todo en lo referente a temas ambientales o de protección a derechos humanos ha generado un debate en la doctrina por autores como Surja Deva (2014) o David Bilchitz (2016). En el informe E/CN.4/2006/97 de ECOSOC se plantea cómo debido a la globalización y las cadenas globales de

valor, las empresas pierden el control sobre ciertas operaciones en las cuales, en la medida en que se busca la eficiencia económica, se genera un perjuicio para la sociedad. Principalmente se trata de “actos cometidos por fuerzas de seguridad pública y privadas que protegen los bienes de la empresa; corrupción a gran escala; violaciones de los derechos de los trabajadores; y una gama de abusos en relación con las comunidades locales, especialmente las poblaciones indígenas” (2006). Esto conlleva a que el sistema actual de derechos humanos refleja una impunidad frente a las compañías en su violación de derechos humanos y únicamente son declarados responsables los Estados a través de los sistemas continentales.

En el ámbito internacional en materia de derechos humanos, se ha intentado solventar esta situación a partir de propuesta de tratados que incluyan obligaciones para las empresas a nivel internacional, los cuales fracasaron en su totalidad. Entre estos se encuentra el borrador de 1990 del Código de Conducta de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales, el cual, debido a las diferencias significativas entre los países desarrollados y los países en desarrollo, no pudo ser adoptado. El segundo intento se reflejó en la aprobación de las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en 2003. Este fracasó luego que la Comisión de Derechos Humanos no aprobara las normas y el Representante Especial del Secretario General decidiera descartarlas por completo. Por último, se encuentran los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, el cual aunque constituye un mecanismo vigente que contiene directrices tanto para los Estados como para las empresas, ha sido considerado como un instrumento de *soft law* que carece de obligaciones concretas. Por lo tanto, se colige cómo el Estado no podría crear un caso internacional real contra una compañía por la violación de derechos humanos con base en estos principios (Deva, 2014).

Esta pregunta reviste de mayor importancia en la medida que se constata cómo los regímenes nacionales han sido insuficientes para responsabilizar a las empresas multinacionales por sus violaciones de derechos humanos o protección del medio ambiente a nivel global (Nolan, 2014). Lo anterior se puede explicar desde dos perspectivas, una a partir de la falta de voluntad del Estado y otra debido a la falta de mecanismos legales que respondan de manera adecuada a la estructura de estos agentes en el escenario internacional.

La falta de voluntad política por parte del Estado para responsabilizar a las empresas se explica desde el poder económico y político que han adquirido estos últimos actores a nivel mundial. La globalización y el comercio internacional, ha generado que las empresas se conviertan en actores transnacionales a través de diferentes modalidades de inversión extranjera, las cuales se defendieron como un elemento fundamental al desarrollo en el marco de la neoliberalización (Ruggie, 2007). Este fenómeno de globalización obliga a los Estados a competir agresivamente entre sí para atraer inversiones y mantenerlas en su territorio, lo que deriva en un menor poder de negociación cara a estos particulares (Deva, 2014). Dicho fenómeno se ve agravado frente aquellas compañías cuyas utilidades son mucho mayores que el ingreso nacional de los Estados en los que se invierte.³² Por tanto, como establece Kamminga (2004) los Estados pierden la capacidad de declarar responsables a las empresas por sus actuaciones.

Por otro lado, si bien en principio en el derecho nacional existe un consenso respecto a la personalidad jurídica de las empresas, David Bilchitz (2016) identifica tres problemas para una efectiva declaratoria de responsabilidad de estos particulares. En primer lugar, surge un problema de jurisdicción: si solo se puede acceder a los remedios en el Estado en el que ocurrieron las violaciones, por la estructura de las compañías a través de sucursales, difícilmente se lograría vincular a la matriz en la violación de derechos humanos ocurridos en un tercer Estado. En segundo lugar, en aquellos Estados en los que la administración de justicia es débil no se logra una efectiva vinculación de las compañías por sus actos que violan garantías fundamentales de los ciudadanos. Por último, las multinacionales funcionan generalmente a través de cadenas globales de valor y modelos de subcontratación por lo que resulta difícil responsabilizar a una empresa por violaciones a derechos humanos de sus contratistas, especialmente cuando la empresa se encuentra constituida en otro Estado.

Un ejemplo relevante que permitía demandar a las compañías extranjeras en la violación de derechos humanos se encontraba en el *Alien Torts Claim* de Estados Unidos. En este estatuto se plantea la posibilidad de que un ciudadano no estadounidense demande la reparación de un daño ocasionado por una violación al derecho de las naciones (Dodge, 2018). Dentro de este derecho las cortes federales generaron un catálogo que incluye normas de derecho internacional humanitario y también

³² De acuerdo con *global justice organization*, 69 de las 100 entidades más ricas del mundo fueron CMN en 2018. <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>

actos ilícitos reclamados ante los sistemas continentales de protección a derechos humanos. Respecto a las Corporaciones, en algunos casos como *Romero v. Drummond Co., Inc* y *Flomo v. Firestone Nat. Rubber Co., LLC*, se sostuvo que podría existir responsabilidad corporativa por violación al derecho de las naciones. Sin embargo, en un caso reciente de *Jesner v. Arab Bank* (2018), la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que las compañías extranjeras no podían ser demandadas por violaciones a derechos humanos bajo el ATS debido a que el estatuto supone una violación al derecho internacional como prerequisite para cualquier demanda. Para la Corte, las normas de la costumbre internacional sobre derechos humanos no se aplicaban a las compañías en el sistema internacional y por tanto las cortes de Estados Unidos tampoco tenían competencia bajo el ATS.

De la reciente decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se observa cómo los mecanismos disponibles para lograr una protección de derechos humanos por parte de las compañías multinacionales, encuentran su límite dado que las disposiciones contenidas en estos instrumentos no generan una consecuencia jurídica por la violación de dichas normas. Esto deriva en una imposibilidad de responsabilizar a las compañías por sus actos violatorios de derechos humanos, generando una brecha con otros actores del sistema internacional y una desprotección real a esas garantías universalmente reconocidas, las cuales son inherentes a la persona humana (Hirsch, 2009). El tema resulta aun de mayor importancia en la medida en que incluso a nivel interno, tampoco se ha logrado vincular a las compañías multinacionales por daños y violaciones que pueden surgir como consecuencia colateral en el desarrollo de sus actividades (McCorquodale y Simons, 2007).

4.2. Mecanismos en el derecho internacional para buscar responsabilizar a las CMN

Los nuevos mecanismos desarrollados como respuesta al importante rol que deberá cumplir el sector empresarial para alcanzar el desarrollo sostenible, no se corresponden con el concepto clásico de la obligación legal por los motivos expuestos con anterioridad. Estos instrumentos constituyen ejemplos de regulación blanda o *soft law*, los cuales no crean obligaciones, en un sentido estricto de la palabra, en cabeza de las empresas (Muchlinski, 2007). Si bien se ha debatido acerca de la vinculatoriedad de estas pautas de conducta en diversos escenarios, lo cierto es que en su concepción actual estos se revisten de una naturaleza voluntaria. En este sentido se puede citar las definiciones propuestas originadas en la Unión Europea o la OCDE en las cuales se recalca en carácter voluntario de este tipo de iniciativas. Así, el Libro Verde de la Comisión Europea (2001) dispone que, por ejemplo, la RSE constituye una integración voluntaria por parte de las Empresas de las preocupaciones

medioambientales y sociales a sus operaciones. Por otra parte, la Guía para Empresas Multinacionales desarrollada por la OCDE (2011), establece que estas proveen principios y estándares voluntarios para una conducta empresarial responsable acorde con las leyes aplicables y estándares internacionales reconocidos.

No obstante, a pesar de la naturaleza blanda de los mecanismos que establecen responsabilidades en cabeza de las empresas, a medida que se consolidan los mecanismos de rendición de cuentas, también se comienza a borrar la diferencia entre aquello que es verdaderamente voluntario y aquello que es obligatorio (Ruggie, 2007). En palabras del informe de la OCDE de 2018, en lo referente a los instrumentos generados por la organización estos “no son legalmente vinculantes, pero en la práctica se les conceden una gran fuerza moral como representación de la voluntad política de los adherentes” (OCDE, 2018). En este mismo sentido, aunque en términos más fuertes, el informe de 2007 acerca de derechos humanos y compañías transnacionales presentado por el señor Ruggie establece “una vez dentro, salir puede resultar caro”. En dicho informe se citan ejemplos como la aceptación de una financiación por un banco adherido a los Principios Ecuador precisará del cumplimiento de objetivos del desarrollo sostenible para que se mantenga dicha financiación o las importantes consecuencias económicas que se generan tanto para países como para empresas, en caso de abandonar procesos de certificación como el de Kimberly por ejemplo (Ruggie, 2007).³³

El papel de este tipo normas de *soft law* en la regulación de la responsabilidad de las empresas en el ámbito internacional, se muestra fundamental debido al vacío normativo que se constata en este aspecto (Nolan, 2014). La función normativa del derecho no vinculante, expresado en los mecanismos actuales de vinculación de las empresas, cumple una función primordial de materializar normas en desarrollo de la comunidad internacional. En este sentido se expresó Ruggie al plantear sus principios, unos de los códigos de conducta de mayor reconocimiento en el ámbito internacional (Castan Centre of Human Rights Law & Naciones Unidas, 2016), por cuanto este buscó un mecanismo basado en el consenso y el pragmatismo, caracterizado por su naturaleza blanda como los demás sistemas de responsabilidad, pero que permitiera sembrar las semillas necesarias para futuras regulaciones legales en el sentido clásico de la palabra (2008).

³³ Se refiere a una certificación de diamantes libres de conflicto.

Sin embargo, lo cierto es que a pesar de esta pretensión de John Ruggie, los principios rectores para empresas multinacionales, así como los otros mecanismos que han buscado establecer una obligación en cabeza de las corporaciones, continúan siendo mecanismos no vinculantes como han aducido los críticos de la propuesta (Bilchitz, 2010). En el contexto actual no se puede afirmar que exista un instrumento internacional que vincule, desde una esfera jurídica y no meramente normativa, a las CMN.

V. El análisis de la conducta de las CMN en el arbitraje de inversiones

La realidad anteriormente descrita se evidencia con mayor fuerza en un régimen de inversiones que hoy se encuentra en crisis puesto que se le acusa de ser un sistema desbalanceado, en el cual se protege al inversionista incluso por encima del bien general de una comunidad. Así, parte del camino emprendido para permitir la continuidad del mismo pasa por buscar un balance del sistema, respecto a la protección ofrecida al inversionista, y de promover una inversión que se erija como motor del desarrollo sostenible (UNCTAD, 2015). En este sentido, el análisis de la conducta de los particulares que se instalan en un determinado país, y que en virtud de un tratado de protección de la inversión cuentan con unos mecanismos especiales para hacer valer sus derechos, sí debería jugar un rol en la valoración que efectúe un determinado tribunal de arbitraje al evaluar los estándares de protección.

5.1. Valoración de la conducta del inversionista para determinar la jurisdicción del tribunal

A pesar de que las multinacionales no tienen obligaciones en cabeza suya en un sentido clásico, lo cierto es que en la práctica arbitral ya se encuentran ejemplos de una valoración de la conducta del inversionista al momento que se aborda el examen acerca de su jurisdicción. A continuación, se analizarán las decisiones y el valor que se le da a la conducta de un inversionista quien en principio no es sujeto del derecho internacional. Para denegar la protección del inversionista con base en el actuar del particular, Dajic (2012) establece tres momentos en los cuales el tribunal estudia la conducta del inversionista como elemento para determinar si efectivamente este cumple con las condiciones necesarias para someter la disputa al tribunal arbitral bajo una protección de un AII.

En primer lugar, la conducta del inversionista es vista desde la legalidad de la inversión. Por regla general, los TBI contienen disposiciones sobre la protección de una inversión efectuada conforme a las normas del Estado receptor. El entendimiento común de estas cláusulas es que estas se analizan respecto a la legalidad de la adquisición de la inversión, por lo que la acusación de prácticas corruptas o conductas fraudulentas, si son probadas, negará la protección y, por lo tanto, la jurisdicción del tribunal de inversiones (Yackee, 2012). En segundo lugar, en algunas ocasiones los inversionistas realizan una reestructuración de su inversión para obtener beneficios de cierto TBI, si bien la inversión indirecta y la reestructuración son prácticas comunes, se considera una conducta reprochable de abuso del derecho por parte del inversionista cuando se realiza con el fin único de obtener protección

internacional (Dajic, 2012). En el caso *Phoenix v. República Checa* (CIADI, 2009) el tribunal declinó su jurisdicción sancionando la reestructuración de la inversión al comprobar que esta maniobra se llevó a cabo únicamente con el fin de obtener acceso al arbitraje del CIADI. En este caso, el tribunal consideró que la reestructuración se efectuó después de que se produjera el desacuerdo, lo que equivalía a una violación de la buena fe y a un abuso del proceso. Por último, un tribunal también podría negar jurisdicción al encontrar que un inversionista nacional realizó una reestructuración para obtener la protección internacional contenida en un tratado. Así, en el caso de *TSA v. Argentina* (CIADI, 2008), una compañía argentina que tomó el espectro electromagnético recientemente privatizado era una subsidiaria de TSI Spectrum International, una compañía holandesa. Sin embargo, después de desentrañar la estructura corporativa que había detrás de TSA, el tribunal determinó que era propiedad de un ciudadano argentino. Con base en esto, el tribunal decidió levantar el velo corporativo para establecer el control real y efectivo, que en este caso no era extranjero sino nacional, por lo que el inversionista no podía beneficiarse de la protección del CIADI debido a la redacción del Artículo 25 del Convenio.

Así mismo, un análisis del tipo de actividad que desarrolla el inversionista en el país donde se instala ha tenido una valoración a partir del denominado test de Salini, en virtud del cual algunos tribunales,³⁴ han denegado la protección a la inversión bajo un AII. En el Convenio CIADI, los redactores no incorporaron una definición expresa al término “inversión” como objeto de protección del sistema contenido en el artículo 25 del Tratado. Los Estados por su parte, en algunas ocasiones definen qué se entiende por inversión en los TBI, pero debido a la antigüedad de algunos acuerdos, hay gran cantidad de tratados que no definen aquello que será protegido por el sistema de inversiones. En la jurisprudencia arbitral se ha encontrado por algunos árbitros al analizar su jurisdicción que el consentimiento de los Estados de permitir el ingreso de capital extranjero, no debería ser el único criterio para calificar la actividad de un actor extranjero como inversión.

En 2001, en el caso *Salini v. Marruecos*, los árbitros establecieron un test para determinar si una contribución de un extranjero en el Estado receptor merece la protección contenida en los tratados. En este test se proponen cuatro requisitos: un aporte de capital, una duración en la cual la inversión

³⁴ Ver laudos *Stand Construcción Turismo Comercio e Industria Co. Inc. v. Pakistán*; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. v. Egipto*; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*; *Quiborax S.A., Minerales Metálicos S.A no. y Allan Fosk Kaplún v. Bolivia*, *Philip Morris marcas Sàrl, Philip Morris productos S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*.

debe realizarse, un elemento de riesgo y una contribución al desarrollo del Estado receptor. En cuanto al cuarto criterio, el tribunal continuó identificando al menos dos de los criterios necesarios para que una inversión contribuya al desarrollo económico del Estado anfitrión: a) la inversión debe ser beneficiosa para el interés público, y b) debe haber cierta transferencia de conocimientos técnicos. Aunque el último criterio ha sido debatido en numerosos laudos arbitrales e incluso tribunales como el de *Victor Pey Casado v. Chile* (CIADI, 2002) han desconocido este requisito como un elemento necesario para ofrecer la protección al inversionista; otros tribunales como *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v Malaysia* sostuvieron que la mejora del Producto Interior Bruto (PIB) de la economía local era el factor que determinaba el criterio del desarrollo económico. Por otro lado, en el caso de *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v República Eslovaca (CSOB)*, el tribunal consideró que el preámbulo del Convenio del CIADI "permite inferir que una transacción internacional que contribuya a la cooperación destinada a promover el desarrollo económico de un Estado Contratante puede ser considerada como una inversión, tal como se entiende ese término en el Convenio" (CIADI, 2000, *CSOB v. Eslovaquia*).

Con base en lo anterior, si se combinan los criterios para determinar la contribución al desarrollo económico aplicados en los tribunales mencionados con anterioridad, se podría concluir que la inversión debe: a) ser de interés público; b) transferir conocimientos técnicos; c) aumentar el PIB del Estado anfitrión; y d) tener un impacto positivo en el desarrollo del Estado receptor. Este último criterio, sobre el impacto positivo en el desarrollo del Estado anfitrión, permite incluir un estudio de la conducta del inversionista en el desarrollo de su proyecto. García-Bolivar (2012) propone que si se emplea el test de Salini para estudiar la jurisdicción del tribunal, respecto al desarrollo económico, los árbitros deberían preguntarse, entre otras, "cómo se puede medir una contribución positiva al desarrollo económico; y si son relevantes los factores "negativos" relacionados con la inversión o la conducta del inversionista (tales como violaciones de los derechos humanos, corrupción o daños al medio ambiente)." Especialmente debido a que, de medirse únicamente en términos económicos, una inversión podría aumentar el PIB de un Estado, pero ser perjudicial para el desarrollo sostenible de un país, por ejemplo, cuando se violan las normas de derechos humanos (García-Bolivar, 2012).

De este planteamiento se deriva que, un tribunal podría hacer uso de este test como elemento argumentativo para establecer que una inversión que desconoce normas de protección a derechos humanos no debería ser considerada como una que fomente el desarrollo de un Estado y por tanto rechazar su jurisdicción. Esto se refuerza en la medida en que el desarrollo es un derecho humano,

consagrado en la Declaración sobre el derecho al desarrollo. En igual sentido, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, en su plan de gestión, plantea que los derechos humanos generan las condiciones esenciales para el desarrollo sostenible.

Por último, en cuanto a temas de derechos humanos, en el sistema internacional, estos se refieren a otra rama del derecho internacional, frente a los cuales el Estado se obliga a través de tratados multilaterales para la protección y promoción de los mismos; y constituyen obligaciones de la costumbre internacional. Cuando la disputa incluye aspectos de derechos humanos en los cuales el inversionista se ha visto involucrado, Sornarajah (2015) plantea que existe fundamento para que el tribunal rechace su jurisdicción en la medida en que la disputa no se basa totalmente en una violación a un AII, sino que incluye violaciones a derechos humanos sobre las cuales el tribunal no tiene jurisdicción y dicha disputa debería ser sometida a las cortes continentales de DDHH.

La argumentación de Sornarajah, se relaciona con la posición adoptada por diversos tribunales que se mostraron reacios a analizar temas relacionados con derechos humanos en una controversia de inversión (Hirsch, 2009). Esta posición se vio de manera clara en las demandas efectuadas contra Argentina luego de su crisis de los 2000, en las cuales el Estado se defendió con base en sus obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos, así como en un estado de necesidad. Sin embargo, los diferentes tribunales que conocieron de estas disputas, como fueron los casos de *Siemens*, *Sempra*, *CMS* o *Azurix*, incluso sin negar su jurisdicción, se abstuvieron de manera sistemática a abordar disposiciones propias de la esfera de derechos humanos (Hirsch, 2009). Esta posición se derivó del entendimiento del orden internacional como un sistema fragmentado en el cual la regulación ya no se corresponde con un único derecho internacional, identificado con una diplomacia formal, sino que por el contrario este constituye un sistema que regula las diferentes actividades que trascienden las fronteras de los Estados. Lo anterior derivó en regímenes autónomos, con principios propios, sujetos y formas de vinculación diferentes (Comisión del Derecho Internacional, 2006).

Es en este contexto que muchos autores, han considerado que el régimen de protección de los derechos humanos y aquel propio a la protección a la inversión constituyen esferas separadas y sin interrelación entre ellas en el marco del derecho internacional (Dupuy, 2009). Las diferencias entre ambos regímenes atraviesan temas como sus sujetos de protección, la naturaleza predominantemente

privada o pública con la que se ha pretendido caracterizar uno y otro sistema, así como sus diferentes mecanismos de adjudicación (Scheurer & Reiner, 2009).

No obstante, como ya indicó previamente el derecho internacional de las inversiones no deberían interpretarse como parte de un vacío normativo (Comisión de Derecho Internacional, 2005). De conformidad con el documento de trabajo elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en el 2005, se estableció que los instrumentos de protección a la inversión debían interpretarse de acuerdo con el artículo 31 literal C de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual fundamenta un objetivo de integración sistemática del derecho internacional (Campbell, 2005). Esta norma dispone que la interpretación de los tratados debe hacerse a la luz de "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes", de la cual se deriva una lectura del derecho internacional como sistema y en virtud de la cual los árbitros podrían incorporar disposiciones propias de la costumbre internacional o de los principios generales del derecho a una disputa fundamentada en un tratado bilateral de inversión (Hirsch, 2009).

En relación con lo anterior, en el caso de *Phoenix v. República Checa*, el tribunal también propuso que “nadie sugeriría que la protección CIADI debería otorgarse a las inversiones realizadas en violación a las normas más fundamentales de protección a derechos humanos como las inversiones realizadas para cometer actos de tortura o genocidio o en apoyo de la esclavitud o el tráfico de órganos humanos” (CIADI 2009).

En resumen, en diversas demandas arbitrales, las actuaciones del inversionista han sido tenidas en cuenta para la competencia del tribunal para conocer la controversia. De los laudos analizados, se observa que la conducta es estudiada ya sea para determinar si una inversión se encuentra conforme a las normas del Estado receptor; o para determinar si el inversionista se encuentra protegido por un AII, o si por el contrario está abusando de los derechos contenidos en el instrumento y no es un sujeto de protección. Por otro lado, en cuanto al Test de Salini, se encuentra como este presenta una posibilidad para estudiar si con sus actuaciones el inversionista ha contribuido al desarrollo de un Estado, dentro de lo que se analizaría la promoción de los DDHH como elemento de la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

De lo anterior se evidencia como tribunales han analizado la conducta del inversionista para denegar su jurisdicción. Además, con respecto a disputas que involucren un debate sobre la violación a

derechos humanos, el tribunal en el caso de Phoenix optó por denegar su jurisdicción al considerar que el inversionista no debería obtener una protección a través del mecanismo CIADI. Lo anterior se encuentra en línea con la propuesta de Sornarajah al plantear que si el conflicto abarca temas de otra esfera del derecho internacional, como serían los derechos humanos, la disputa no se trata simplemente de una violación de un tratado y por tanto el tribunal arbitral no tendría jurisdicción. Sin embargo, esta posición podría cambiar en futuros laudos arbitrales a partir de la decisión reciente de *Urbaser v. Argentina*. En este el tribunal reconoce su jurisdicción incluso al mediar un debate sobre derechos humanos y permite la integración de los derechos humanos en el régimen de inversiones. En dicho laudo, el panel encontró que el Tratado no debería interpretarse de manera aislada en el marco del derecho internacional, y permite así abrir una ventana para que la conducta del inversionista sea analizada en sede de méritos en una disputa de arbitraje de inversiones. En palabras del tribunal:

El Artículo 31, inciso 3(c) de ese Tratado indica que debe tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. 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 aquellas relativas a los derechos humanos. (*Urbaser v. Argentina*, CIADI, 2016)

Debido a la importancia que este laudo podría tener respecto a la conducta del inversionista en relación con los DDHH, se pasará a efectuar un recuento de los hechos y los argumentos jurídicos abordados por el tribunal. Lo anterior para encontrar la línea argumentativa que llevó a este panel a proponer una obligación en cabeza del inversionista.

5.2. Valoración de una conducta del inversionista acorde con el respeto de los derechos humanos: análisis del caso de Urbaser c. Argentina

La disputa entre Urbaser y Argentina surgió a raíz de la crisis financiera en este país de 2001-2002. Los demandantes Urbaser S.A., Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia y Bilbao Biskaia Ur Partzuergoeran; accionistas de una concesionaria que prestaba servicios de agua y alcantarillado en Buenos Aires, Aguas Del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA), alegaban que debido a numerosos obstáculos impuestos por las autoridades provinciales, para la empresa resultaba muy complicado operar la concesión. Especialmente durante la crisis de 2001, por la conversión 1 a 1 de dólares estadounidenses a pesos, AGBA solicitó que se determinaran nuevamente las tarifas y se llevara a cabo una revisión exhaustiva de la concesión. Sin embargo, nunca se logró una negociación efectiva. Además, por motivos políticos, la Provincia decidió rescindir la concesión de AGBA en julio de 2006, lo cual desencadenó en la demanda de inversión en virtud del TBI Argentina-España.

Por otro lado, el Estado alegó que las dificultades que enfrentó la concesión se debieron a una gestión deficiente por parte de AGBA y sus accionistas, tal como quedó demostrado en la incapacidad de regularizar la cobranza a los usuarios de la red. Asimismo, la concesión se vio afectada por el incumplimiento de las obligaciones de los inversores, cuando se confirmó que no se habían tomado medidas eficientes para realizar siquiera las inversiones mínimas durante los primeros años de la concesión. Tras un año y medio de funcionamiento, AGBA se vio obligada a admitir su incapacidad de cumplir los compromisos asumidos ante la expansión de la red. Al no subsanarse esta situación, se decidió rescindir el contrato de concesión. La República Argentina presentó una demanda de reconvencción por el supuesto incumplimiento de las demandantes del compromiso de realizar las inversiones necesarias en la Concesión, en violación de los deberes y obligaciones que impone el derecho internacional en virtud del derecho humano al agua.

Este caso es el primero en proporcionar una discusión detallada del papel de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones (Guntrip, 2017). Lo anterior se afirma puesto que no solo el Estado argentino sometió la violación de los derechos humanos cometidas por el inversor extranjero a la jurisdicción de un tribunal arbitral, sino que dicho panel aceptó jurisdicción sobre la misma. El tribunal rechazó la posición del demandante que alegaba que un actor no estatal no se encontraba vinculado por las obligaciones de derechos humanos. El panel estableció que debido a que las

compañías eran receptoras de derechos bajo los AII, eran sujetos de derecho internacional y por tanto tenían obligaciones en el régimen transnacional (Guntrip, 2017). En el laudo se hizo relación a los instrumentos de protección de derechos humanos como la Declaración Universal, y la Declaración OIT sobre empresas multinacionales, en los cuales se incluyen obligaciones de derechos humanos para la protección al agua.

Principalmente, el análisis del tribunal se fundamentó en que nadie puede alegar sus derechos para violentar o vulnerar los derechos humanos del otro. Basándose en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 30 la Declaración Universal de DDHH, se propuso que las obligaciones de los inversionistas impiden que el demandante invoque los derechos que le confiere el TBI cuando se encuentra una violación a los derechos humanos, puesto que nadie debería poder proponer su derecho por encima de un derecho de interés de la comunidad.

Sin embargo, frente a la reconvención, el tribunal determinó que no había lugar a la pretensión. El demandado argumentó que el inversionista tenía la obligación de proveer el derecho fundamental al agua. No obstante, para el tribunal, la obligación positiva de garantizar el acceso al agua a todos los ciudadanos, contenida dentro del derecho fundamental, se encontraba únicamente en cabeza de los Estados.

El derecho humano al agua implica una obligación de cumplimiento por parte del Estado, pero no contiene una obligación de ejecución por parte de ninguna empresa que preste el servicio requerido contractualmente. Esta obligación tendría que ser distinta de la responsabilidad del Estado de servir a su población con servicios de agua potable y alcantarillado.

En la misma línea, el tribunal propuso que “la situación sería diferente en caso de que estuviera en juego la obligación de abstenerse, como la prohibición de cometer actos que violen los derechos humanos. Esa obligación puede ser de aplicación inmediata, no sólo para los Estados, sino también para los particulares y otras partes privadas”. Este análisis del tribunal lleva a concluir que, si bien no se traslada la obligación positiva de ofrecer condiciones que promuevan los derechos humanos a actores no estatales, estos sí tienen la obligación de respetarlos, especialmente abstenerse de realizar conductas que conlleven a una vulneración de los mismos. Así mismo, este caso se muestra de gran interés puesto que más allá de la discusión acerca de la personalidad de las personas jurídicas

privadas, lo cierto es que el tribunal reconoce expresamente que en cabeza suya radican obligaciones frente a la comunidad internacional. A continuación, se pasará a analizar la discusión existente alrededor de reconocer a las empresas como actores internacionales, para explicar el razonamiento del tribunal desde la teoría.

5.3. La carga del inversionista como sujeto parcial del derecho internacional

El tribunal de Urbaser, reconoce que el inversionista, al invocar una norma del derecho internacional, expresada en una disposición de un TBI diferente de aquel que lo protege, se erige como sujeto del derecho internacional.

Una lectura simple de la Cláusula NMF del Artículo VII del TBI demuestra que los Estados Contratantes aceptaron, por lo menos, una hipótesis en la que los inversores pueden invocar derechos derivados de la legislación internacional (además de los derechos consagrados en el Artículo X). En consecuencia, si el TBI no está basado en la incapacidad de una empresa de ser titular de derechos en el derecho internacional, no es posible aceptar que rechazaría necesariamente toda noción de que una empresa inversora extranjera no puede ser sujeto de obligaciones en el derecho internacional (*Urbaser v. Argentina*, CIADI, 2016)

Esto cobra relevancia debido al importante impacto que pueden tener las multinacionales en una sociedad marcada por la globalización y la libertad económica. Así, autores como Reiter (2001), Lauterpatch (1945), Charney (1983), también defienden que en el sistema actual, no solo los Estados son sujetos de derecho, sino que también cabe reconocer a entidades no estatales una personalidad internacional. Por lo tanto, a continuación se analizará cómo frente a un particular, como lo son los diferentes inversionistas en un Estado, se podría defender la tesis de que este se convierte en un sujeto de este régimen.

El derecho internacional en un sentido clásico regula únicamente las relaciones entre los Estados como defienden autores como Browlie (2003) o Rigaux (1991). De lo anterior, se deriva que todo ente no estatal constituye un objeto mas no un sujeto dentro del orden transnacional o que su

participación se limita a una forma indirecta a través del Estado nacional como sería el caso de la protección diplomática. No obstante, como ya se adujo, en el marco del desarrollo de los derechos humanos y el medio ambiente se comenzó a estructurar un cambio con respeto a estos entes y a su concepción dentro del derecho internacional. Hoy se podría afirmar con mayor facilidad que tanto las organizaciones como las personas naturales cuentan con un reconocimiento de su capacidad, o mejor con la asignación de deberes en cabeza suya. En este sentido, se puede dar cuenta de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia con respecto a la reparación por daños sufridos en el servicio de las Naciones Unidas. En esta en la Corte encuentra que la organización cuenta con un amplio poder de actuación en el marco internacional, los cuales se equiparan con la personalidad jurídica en este orden (1948). Así mismo, frente a las personas naturales se encuentra que, en el marco de los derechos humanos, a estos individuos se les asignan no solo responsabilidades con base en las cuales podrán ser perseguidos penalmente, sino que también se les abre la puerta a mecanismos de protección por fuera de las cortes nacionales con relación a sus derechos (Duruigbo, 2008).

Sin embargo, la pregunta acerca de la posibilidad de reconocer personalidad jurídica en cabeza de las CMN se muestra más debatida. En este sentido, Duruigbo (2008) afirma, que si bien a las CMN se les asigna la titularidad de ciertos derechos, no se les reconoce en cabeza suya una responsabilidad con respecto a este orden internacional. La pregunta y las respuestas dadas a esta son numerosas y dan cuenta de la importancia del asunto.

Esta pregunta se ha visto fuertemente debatida en materia del derecho penal internacional, en la medida de que este sistema parte de una vinculación de actores no estatales a un sistema frente al cual no consistieron. Si bien actualmente el Estatuto de Roma sólo consagra en su artículo 23, una responsabilidad penal de personas naturales se ha venido reconociendo que los representantes legales de las corporaciones, en su calidad de personas naturales, pueden ser responsables por crímenes de lesa humanidad. Esta posibilidad se evidencia en el caso de Joshua Arap Sang, exgerente de operaciones y una personalidad conocida de la emisora radial de Kass FM en Kenia, a quien se le comenzó un procedimiento ante la Corte Penal Internacional como coautor de crímenes de lesa humanidad (Sheffer, 2016). Igualmente, también cabe mencionar en este punto la comunicación efectuada en 2017 a la Corte Penal Internacional con relación a las directivas de Chiquita Brands y su vinculación con los paramilitares en Colombia (Business Human Rights, 2017).

Así mismo, Andrew Clapham (2000) afirma que en la Conferencia de Roma ninguna delegación presentó objeciones al presupuesto de que las corporaciones internacionales se encontraban vinculadas con el Derecho Penal Internacional. Inclusive uno de los documentos de trabajo propuestos por Francia durante las discusiones sostenidas en el desarrollo del Tratado de Roma, da cuenta de una propuesta con relación a la inclusión de una responsabilidad penal de las personas jurídicas y la cual tomaba como antecedente la consagración de responsabilidad de “organizaciones criminales” en el artículo 9 del Estatuto de Nuremberg (Naciones Unidas, 1998). Como se evidencia de las actas del Tratado de Roma (Naciones Unidas, 1998), y como establecieron Kamminga (2004) o Wheeler (2018) muchas delegaciones juzgaron la propuesta de gran validez. No obstante, esta no fue finalmente adoptada puesto que generaba diversos problemas frente aquellas legislaciones nacionales que hoy no contemplan una responsabilidad penal en cabeza de estructuras societarias. No obstante, autores como Bernza (2015), Haigh (2008) o Kremnitzer (2010) promulgan hoy por una modificación efectiva del Estatuto de Roma en la cual se consagre una responsabilidad penal internacional en cabeza de las corporaciones.

De esta forma, estas evoluciones en materia de derechos humanos y derecho penal internacional dan cuenta del cambio del rol del individuo en el derecho internacional. De acuerdo con Lauterpatch (1948), el reconocimiento a estos actores de una personalidad en el orden transnacional se justifica desde la necesidad de proteger los derechos humanos. En este mismo sentido se expresaron Atzman & Heath (2004), quienes al buscar la justificación de la acción de la Corte Penal Internacional se tornan hacia la necesidad de defender los derechos humanos como fin último del derecho internacional, y la cual en este sistema derivó en una limitación de la soberanía estatal.

Así, la personalidad jurídica de las Multinacionales se debería reconocer por el volumen y naturaleza global de las actividades de estos actores, y en virtud de su acceso a procesos internacionales, posición que también la defienden autores como Cynthia Day Wallace (1985) o Charney (1983). De acuerdo con este último autor, en la medida de que estos agentes participan del derecho internacional deberán estar ligados por los principios que fundamentan este universo jurídico. Uno de los ejemplos más claros de cómo participan los mismos en este universo se encuentra en el régimen de inversiones donde sus derechos se reconocen de manera explícita en numerosos TBI en los cuales se les permite el acceso a mecanismos de adjudicación internacionales.

No obstante, el mayor de los problemas de reconocer una personalidad jurídica a entes no estatales se encuentra en el hecho de que no existe una definición indiscutible de lo que este concepto representa. Para algunos autores como Dupuy (2015) y Lauterpatch (1970) esta se deriva de la existencia de deberes y derechos en cabeza de un actor, mientras que otros autores como Cassese (2003), la personalidad jurídica internacional sólo podría predicarse si existe la posibilidad de crear ley y de hacerla exigible. Lo cierto es que si se adopta esta última posición no cabría reconocer una personalidad jurídica en el derecho internacional a las multinacionales, dado que estas solo pueden participar en la creación de normas en sentido estricto a través de sus Estados nacionales o por medio del lobby que las mismas efectúen dentro de sus gobiernos o en las instituciones internacionales.

Ahora bien, como defiende Worster (2016) desde una perspectiva funcionalista del derecho internacional, la cual permite reconocer en mayor medida la realidad regulatoria del mismo, se puede hablar más de una personalidad jurídica subjetiva y relativa, en contraposición de esta caracterización objetiva y de efectos *erga omnes* que solo cabría predicarse de los Estados como los sujetos últimos del derecho internacional. En este sentido, Worster (2016) propone que los actores del sistema consideran la necesidad y beneficio de vincular una entidad como un sujeto del derecho internacional en cierto aspecto y con relación a ciertas personas, para lo cual se le asignan unos derechos y deberes únicamente frente a ese asunto específico.

Así, si bien no cabría reconocer que las CMN detentan una personalidad jurídica *erga omnes* y de la cual se derive una posibilidad regulatoria en materia internacional, a estas sí se les puede reconocer una personalidad jurídica parcial, de la cual se derivan unos derechos y unas obligaciones frente a este asunto específico. En este sentido, en materia de derecho de inversiones, si bien son los Estados quienes acuerdan a un acuerdo de protección a la inversión y por lo tanto se erigen como las partes contratantes del mismo, en estos se le reconocen una lista de derechos en cabeza del inversionista que pretenden la protección de su propiedad, y los cuales se tornan realmente exigibles en la medida de que el inversionista acuda a los mecanismos de solución de controversias propio del orden internacional (Lauterpatch, 1997) . Para este autor, este fenómeno rompía con el mito de que solo Estados eran sujetos de derechos y obligaciones en este régimen. Así mismo, cabe resaltar que uno de los tres criterios propuestos por Okeke (1974) para reconocer personalidad jurídica de un actor en el escenario transnacional se centra en que el mismo pueda beneficiar de derechos que reclama directamente y no como simple beneficiario (como se citó en Duruigbo, 2008).

De conformidad con lo anterior, cuando el inversionista presenta su solicitud de arbitraje en materia de inversión, busca hacer efectivos los derechos que en favor suyos se estipularon en un instrumento propio del orden internacional y a través de un mecanismo del sistema. Es en el momento en que el inversionista recurre a este instrumento, que se podría reconocer una personalidad jurídica internacional, únicamente en relación con los derechos que busca hacer exigibles.

Así, dentro de los capítulos de protección a las inversiones, o en los APPRI, por lo general se incluyen cláusulas en lo relativo a la solución de diferencias entre el Estado anfitrión y los inversionistas. Estas pueden incluir, ya sea la jurisdicción interna del Estado anfitrión, o mecanismos internacionales como las reglas del CIADI o las de la UNCITRAL. El mecanismo principal y el cual es objeto de esta tesis es el arbitraje. En cuanto al arbitraje a través del CIADI, el artículo 36 del Convenio dispone que los inversionistas deberán presentar una solicitud por escrito al centro, momento en el cual se entiende que el inversionista acepta la oferta del Estado de someter sus controversias al arbitraje de inversión, como fue dispuesto por el tribunal de *Tradex v. Albania* que “el consentimiento será efectivo a más tardar cuando el inversionista extranjero presente su reclamación ante el CIADI” (CIADI, 1996). Este consentimiento resulta importante debido a que de él se derivan ciertas consecuencias legales para las partes; una vez el inversionista consciente basado en un tratado, este se vuelve irrevocable, incluso si la norma es derogada.

De esta manera, se encuentra que a partir de la solicitud de arbitraje se debería considerar que el inversionista se vuelve partícipe del sistema de derecho internacional, en el cual deberá respetar las normas internacionales propias del instrumento de solución de diferencias y deberá regirse por los principios procesales internacionales en el curso del proceso. Al hacer uso de un instrumento internacional, se entiende que su conducta también podrá ser evaluada en este sistema y aunque la base del mismo no crea obligaciones para el actor privado, el derecho internacional como tal, sí contiene unos principios que serán aplicados al análisis de su conducta como inversionista.

Esta posición fue planteada por el tribunal de *Phoenix v. República Checa* (CIADI, 2006) quien sostiene que el inversionista, al hacer uso de los instrumentos de protección, debe tener en cuenta que sus actuaciones sean conformes al sistema que lo protege y que en caso de no cumplir con los preceptos que fundamentan el mismo se generarán consecuencias con respecto a sus reclamaciones.

[...] como cualquier otra convención, una convención para arbitrar no debe ser interpretada restrictivamente, ni, de hecho, de manera amplia o liberal. Debe interpretarse de manera que permita descubrir y respetar la voluntad común de las partes...Además, y éste es de nuevo un principio general del derecho, toda convención, incluidas las convenciones sobre arbitraje, debe interpretarse de buena fe, es decir, teniendo en cuenta las consecuencias de sus compromisos que las partes puedan considerar que han previsto de manera razonable y legítima

Con base en lo anterior, cuando un inversionista se somete al arbitraje de inversiones, se convierte en un actor internacional, que, como tal, deberá respetar las normas e instituciones que componen el sistema. Por tanto, en cabeza suya se encuentra el respeto a los derechos humanos y un actuar con debida diligencia, no solo en el curso del proceso arbitral sino también como una carga que el actor privado debió analizar al momento de convertir la controversia en una disputa internacional. Lo anterior debido a que, no podría considerarse un actor del sistema que busque una protección consagrada en el mismo, sin que este respete los principios generales del derecho internacional y sus normas fundantes. De este modo, el inversionista que busque la protección contenida en los tratados tiene el deber de respetar el principio del *international rule of law*. Como será desarrollado en el siguiente punto, este es un principio de gobernanza en el cual todas las leyes que se promulgan se aplican por igual y ningún actor está por encima de la ley (Chesterman, 2008). Este principio se erige como un pilar necesario del actuar internacional que deberá buscar la protección de los derechos humanos (Declaración del Estado de Derecho, 2012).

VI. El respeto del *international rule of law*: la carga del Inversionista como sujeto parcial del derecho internacional

6.1. Concepto del *international rule of law*

El *rule of law* en inglés, el cual se traduce en español como el Estado de Derecho, constituye un valor fundante de un sistema jurídico (McCorquodale, 2016). Este ha sido identificado como el principio de legalidad que se presenta como un límite al poder del Estado; no obstante, a nivel global, existen diferentes concepciones que se han dado con el surgimiento de los Estados y los regímenes constitucionales.

Por un lado, en el sistema anglosajón, este concepto tuvo sus inicios con la Carta Magna de 1215, en la cual se establecían unos límites al Rey en relación con las libertades de los hombres. En Inglaterra, el *rule of law* se encuentra atado frecuentemente a tres principios constitucionales propuestos por el doctrinante A.V. Dicey en 1885. Estos principios hacen referencia a la regulación del poder del gobierno, la equidad ante la ley y privilegio del debido proceso; estos conforman el entendimiento básico de la estructura del *rule of law* (Chesterman, 2008). Por otro lado, en el sistema continental, el constitucionalismo jugó un papel fundamental en la consolidación de este principio. La tradición del derecho civil generalmente se ha centrado menos en el proceso judicial y más en la naturaleza del Estado en la forma del *état de droit*, *stato di diritto*, y *Rechtsstaat*, en otras palabras, el estado basado en la ley (McCorquodale, 2016). En este contexto cabe destacar a Montesquieu en *L'esprit des lois* en el cual se abogó por el constitucionalismo, la separación de poderes y las libertades civiles básicas como elementos fundantes del Estado de Derecho.

No obstante, si bien es claro que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos liberales se habla de alguna forma de *rule of law* lo cierto es que estas definiciones responden a la noción del concepto desde una perspectiva interna. Cuando se pregunta acerca de una definición de este de cara al derecho internacional no se identifica una noción de lo que este principio implica más allá de las fronteras nacionales (McCorquodale, 2016). Así, por ejemplo en el texto de la declaración de las Naciones Unidas del *rule of law* (2012) no se efectúa ninguna definición de lo que este principio comprende en el derecho transnacional. Sin embargo, la existencia de este presupuesto del derecho internacional es innegable puesto que este forma parte de múltiples instrumentos internacionales como la Declaración

Universal de los Derechos Humanos,³⁵ la Declaración del *rule of law*,³⁶ diferentes resoluciones del Consejo de Seguridad de esta organización.

Por lo anterior, se observa que no existe un único entendimiento del *rule of law* a nivel global. Esta diferencia se estructura principalmente entre aquellos autores que defienden una aproximación formal del concepto frente aquellos que propenden por una visión del principio que contemple aspectos sustanciales.

Uno de los autores que propone una teoría formal del *rule of law*, es Chesterman para quien se debe abandonar esa “función de caballo de Troya (en relación con el *rule of law*) para traer otros ideales políticos como la democracia, los derechos humanos y políticas económicas específicas” (2008). Para este autor, desde una perspectiva formal del principio se podría dar una definición básica que sea aceptada por los diferentes regímenes políticos y por tanto llevarse al contexto internacional. El *rule of law* se erigiría así como un instrumento que evita la arbitrariedad y propende por un procedimiento legal y transparente (2008).

Desde esta perspectiva formal se identifican los siguientes elementos. En primer lugar, el poder del Estado no puede ejercerse arbitrariamente, se requiere que las leyes sean prospectivas, accesibles y claras. En segundo lugar, la ley debe aplicarse también al soberano y a los instrumentos del Estado, con una institución independiente, como el poder judicial, para aplicar la ley a casos específicos. En tercer lugar, la ley debe aplicarse a todas las personas por igual, ofreciendo igual protección sin discriminación; además, la ley debe ser de aplicación general y coherente; y tener la potencialidad de ser obedecida.

En contraposición con esta visión simplemente formal del principio del *rule of law*, se encuentran aquellas nociones que defienden una inclusión de aspectos sustanciales, los cuales se refieren al contenido de la ley. De acuerdo con Dworkin (1985), como parte del ideal que permea el derecho, el *rule of law* debe capturar y reforzar los derechos morales, pues se parte de que los ciudadanos tienen derechos y obligaciones los unos con respecto a los otros, y derechos políticos con respecto al Estado.

³⁵ Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law.

³⁶ To reaffirm our commitment to the rule of law and its fundamental importance for political dialogue and cooperation among all States and for the further development of the three main pillars upon which the United Nations is built: international peace and security, human rights and development.

De esta relación, que se afirma debe tener este principio con los derechos humanos, se da cuenta de otro elemento sustancial con el cual el *rule of law* se relaciona necesariamente: la justicia. Así, Tom Bingham (2010) defiende que se debe diferenciar el *rule of law*, entendido desde una visión sustancial, de un *rule by law*, el cual se identifica con esa visión formal en que se defiende la ley entendida como legalidad. Según el planteamiento del autor, el derecho puede instaurar la esclavitud sin incumplir la ley, si es esto lo que prescribe la norma, y si esta se construyó de acuerdo con el proceso legalmente establecido en un determinado Estado. En otras palabras, González Ibañez (2012) también afirmó que el Estado de Derecho basa su legitimidad en la “búsqueda de un compromiso ético que rodee la idea de justicia”.

En este sentido, para McCorquodale (2016), la relación entre justicia y *rule of law* se presenta con mayor claridad en el derecho internacional. Para este autor una aproximación simplemente formal del *rule of law* en este escenario se deriva de la búsqueda de una transposición de la noción desarrollada en el orden nacional al derecho internacional, cuando se trata de dos sistemas que operan de manera diferente y cuyas instituciones no se equiparan en su totalidad. Esta relación entre justicia y *rule of law* en este plano se evidencia en la Declaración sobre el tema de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en diferentes pronunciamientos del Secretario General de la organización. De igual forma, Hurd (2014) afirma que el *rule of law* desde una visión del derecho internacional, no se puede equiparar el concepto del orden nacional y este no se puede reducir a la obligación del Estado de cumplir con sus preceptos legales.

Así mismo, como expresó Watts (1993), la garantía de la protección de los intereses de todos los actores del sistema y una búsqueda de la estabilidad de las relaciones, precisa de un marco común a largo plazo, identificado con el Estado de derecho (citado por McCorquodale, 2016). De acuerdo con este autor, este determina una aplicación justa del derecho internacional, lo cual se encuentra en consonancia con esas nociones de justicia que acompañan el *rule of law* en los diferentes instrumentos internacionales. Así, para Rosa Brooks (2014), lo que se sostiene este principio, más allá de un simple cumplimiento de la legalidad, es un vocabulario común que permite una interpretación similar de la conducta adecuada de los Estados a falta de un órgano jurisdiccional internacional. En este sentido, McCorquodale propone que tal lenguaje común se encuentra en los derechos humanos, en la medida de que hoy todos los Estados hacen parte de al menos un tratado en la materia y su protección se ha venido erigiendo como el fin último del derecho internacional (McCorquodale, 2016). En un sentido similar, Beitz (2012) sostiene que los derechos humanos constituyen un “orden normativo global”, es

decir, “un conjunto de normas que son ampliamente aceptadas como reguladoras de la conducta en diversas partes del espacio político global”.

Sin embargo, este régimen ya no solo regula las relaciones entre Estados, sino que este también permea la actividad de actores no estatales que participan del mismo. En palabras de Beitz (2012), las normas globales de trasfondo, como este califica los derechos humanos, se discuten en diversos escenarios y los agentes que participan de estos ya no son únicamente los Estados o las Organizaciones Internacionales, sino además individuos, grupos no gubernamentales y corporaciones. Por lo tanto, el concepto del *rule of law* debería poder definirse de manera que abarque todas estas formas de relación del orden internacional, entendiéndolo más como un metaprincipio que limita el poder y no desde las instituciones que lo integran. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en lo planteado por Simons (2012), quien afirma que “una corporación que muestra transparencia, buen gobierno corporativo, conformidad con los derechos humanos y busca una rendición de cuentas a través de un arbitraje internacional, en ese caso sus acciones se juzgarán acordes al *rule of law* internacional”.

Así, los derechos humanos constituyen ese léxico común, no solo a los Estados sino a todos los actores de la sociedad, que permite regular el ejercicio de las competencias que establece el orden internacional en cabeza de todos los actores. En este sentido se puede citar la declaración de Kofi Annan sobre el *rule of law* en la cual este afirmó:

Un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, son responsables ante las leyes que se promulgan públicamente, se aplican por igual y se juzgan de manera independiente, y que son compatibles con las normas internacionales de derechos humanos. También requiere medidas para garantizar la adhesión a los principios de la supremacía de la ley, la igualdad ante la ley, la rendición de cuentas ante la ley, la equidad en la aplicación de la ley, la separación de poderes, la participación en la adopción de decisiones, la seguridad jurídica, la evitación de la arbitrariedad y la transparencia procesal y jurídica (Informe al Consejo de Seguridad, 2004)

De igual forma, a pesar de que Chesterman (2008) defiende una teoría formal del *rule of law*, este considera que esta figura actualmente va un paso más allá de la creación de derechos y obligaciones para los soberanos y el pueblo. En el contexto político internacional moderno, este podría ser considerado como un instrumento de asistencia técnica para obtener resultados en la promoción de los derechos humanos, construir un fundamento para el desarrollo económico y establecer mecanismos de solución de controversias a nivel internacional.

La necesidad de que los diferentes actores de la escena internacional respeten el *rule of law* y que este se encamine a la protección de los derechos humanos, responde a la necesidad de legitimación del sistema (González Ibañez, 2012). Lo anterior se afirma en la medida de que la Declaración de Derechos Humanos reconoce expresamente los derechos humanos deben protegerse por el *rule of law* (1948). El desconocer esta relación entre la competencia jurídica y la necesidad de que este se encamine a la protección de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos, deriva en críticas de falta de legitimidad como se constata dentro del mismo régimen de inversiones. Si bien los inversionistas tienen una prerrogativa legal de buscar que se les reconozcan los estándares de protección consagrados en instrumentos internacionales completamente válidos, no por esto se puede desconocer el balance necesario para asegurar la prevalencia del bien público y los derechos humanos.

Como desarrollo del punto anterior, se puede citar el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual establece que, en el ejercicio de sus derechos y libertades, toda persona estará sujeta únicamente a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás. Estas cláusulas muestran las circunstancias en las que los Estados pueden restringir legítimamente los derechos, pero también proporcionan orientación a las personas sobre los límites de su libertad, y estos límites se refieren a cuestiones como las necesidades de otras personas y de la comunidad (Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 1999).

De conformidad con los puntos desarrollados, se encuentra que el inversionista, como un actor internacional, con una personalidad jurídica, si bien parcial y relativa, deberá respetar el *rule of law* en el momento que decide participar del sistema. El respeto que se predica de tal principio exige que el inversionista en el ejercicio de las competencias que le atribuya el TBI que fundamenta su solicitud, actúe no sólo de conformidad con la literalidad de las disposiciones que lo regulan, sino que busque un ejercicio de sus derechos en el que se proteja y respete la protección de los derechos humanos.

Esta exigencia se deriva de que tanto el *rule of law* como los derechos humanos se encuentran en el base del sistema, como se reconoce en la Declaración de los Derechos Humanos cuando se habla del *rule of law* como mecanismo de protección de los derechos humanos. En otras palabras, las actuaciones de los inversionistas no deberán encontrarse por encima de ninguna norma del derecho internacional o de sus pilares entre los cuales el más claro es los derechos humanos.

Ahora bien, se encuentra que la consecuencia que se puede derivar de un desconocimiento de los pilares que fundamentan el derecho internacional, es decir del *rule of law* o de los derechos humanos, se erige como una razón para denegar beneficios cara a una posible reclamación del inversionista. Lo anterior por cuanto estas instituciones se encuentran en la base del sistema internacional, en el cual se construyen y operan los acuerdos de protección a la inversión. De esta forma, aceptar que un inversionista puede ser beneficiario de la protección de un instrumento propio al orden transnacional, aun cuando no respeta estos principios fundantes del mismo, no solo deslegitima sino que desnaturaliza el sistema. Esta situación derivaría en un cuestionamiento acerca de la utilidad del orden internacional cuando el mismo no permite el respeto y promoción de los valores que lo fundamentan, sobre todo con respecto a unos agentes como las empresas multinacionales que tienen un impacto directo con relación a la promoción de los derechos humanos.

Si bien existen autores como Schreuer y Reiner (2009) quienes defienden una fragmentación del orden internacional, por lo que afirmarían que no hay lugar a una protección de los derechos humanos en una sede de un tribunal de arbitraje, esta línea argumentativa se muestra desactualizada. La Comisión Derecho Internacional (2005) encontró que las disposiciones del derecho internacional de las inversiones no pueden y no deberían interpretarse como parte de un vacío normativo. Esta interpretación de la Comisión se vio reflejada en el reciente laudo de *Urbaser v. Argentina*. Estas se integran a un conglomerado de normas que regulan la actividad extraterritorial del Estado, lo que se expresó en palabras de la Comisión antes referida de la siguiente manera: “los Tratados son creación de un sistema jurídico internacional y su aplicación se basa en este hecho”. De conformidad con lo anterior, no por constituir el régimen de inversiones una *lex specialis* se puede desconocer que en este se aplica un principio fundante de todo el sistema como lo es el *rule of law* que busca la protección de derechos humanos.

Como se desarrollará en el siguiente punto, si se sigue la línea de lo propuesto por el tribunal de Urbaser, un actuar que no respete los principios del derecho internacional, como la protección de

derechos humanos, podría derivar en una denegación de beneficios incluso dentro del análisis de los méritos de la controversia. Este análisis se propone frente al estándar del TJE, el cual, por su naturaleza, permite la valoración de las conductas de ambas partes, cara a preservar el *rule of law* y por tanto la legitimidad del sistema internacional.

6.2 Denegación de beneficios por incumplimiento de la carga de respetar el *rule of law* en cabeza de las CMN: un análisis desde los méritos

En principio, es claro que los inversionistas, como particulares, no tienen en cabeza sus obligaciones en el sistema internacional ni estas se desprende de la lectura AII. No obstante, cuando los inversionistas presentan una solicitud de arbitraje, ante un mecanismo de adjudicación de controversias que se escapa de la esfera nacional y en virtud del cual al inversionista se le podrá reconocer como un titular de derechos, se observa que este tiene una personalidad parcial en el orden internacional (Ratner, 2001). El análisis de la conducta de los inversionistas ha sido aplicado en sede procesal como ya se mencionó previamente. No obstante, para Dajic (2012), las condiciones bajo las cuales la inversión es protegida o bajo las cuales se puede someter la disputa al arbitraje, pueden ser vistas como obligaciones para los posibles demandantes o como restricciones también sobre los derechos sustanciales del TBI (Dajic, 2012). De lo anterior, se deriva que, como actor del sistema internacional, el inversionista deberá respetar los principios mínimos sobre los que este se fundamenta, englobados bajo la noción del *international rule of law*. En otras palabras, el respeto de este precepto es una condición necesaria para la continuidad del sistema internacional, y su observancia es exigible a todos los actores, y no únicamente a quienes se entienden como sujetos en este orden jurídico en un sentido clásico.

De conformidad con lo anterior, si bien ya se encuentra que algunos tribunales de arbitraje han denegado su jurisdicción por violaciones graves de derechos humanos, lo cierto es que el respeto del *rule of law* también debería poder analizarse en la sede de méritos de manera que se logre el balance necesario del sistema. Así, lo que se busca plantear es que el incumplimiento frente a la carga de respetar unos valores mínimos del orden internacional como un agente parcial en este orden, podría surtir como base para denegar una protección al inversionista frente al estándar del TJE. Se parte desde este estándar no solo porque este es hoy la piedra angular del sistema (Perrone, 2015), y el que mayor crítica despierta por cuanto permite un amplio poder creativo por parte del árbitro (Islam,

2016), sino que también a partir de su estructura abierta, este permitiría valorar la carga del inversionista de respetar el Estado de Derecho Internacional. Cabe destacar que no se defiende que el inversionista tenga una obligación, lo cual implicaría que el Estado tiene un derecho correlativo frente a la misma, sino que esto supone una conducta del inversionista acorde a los objetivos del derecho internacional para lograr su protección en el régimen de inversiones.

Como se desarrolló en el capítulo dos, el estándar del TJE representa gran parte de las críticas sustanciales al régimen de inversiones (UNCTAD, 2012). Su estructura abierta constituye el mejor ejemplo de cómo la formulación amplia de los estándares derivó en una falta de certeza y previsibilidad del sistema (Islam, 2016). No obstante, para autores como Dolzer (2014), lo anterior no constituye una crítica sino también la virtud del estándar. En palabras del autor: “reconocer esta realidad (la textura abierta del TJE) no implica ser crítico de la existencia o de la naturaleza del estándar, o de su rol en la práctica” (Dolzer, 2014). Para este, el TJE permite englobar bajo su protección un sinfín de actividades económicas que corresponden a una evolución constante del comercio internacional. En este sentido, el tribunal de *PSEG v. Turquía* (CIADI, 2007) halló que:

En la medida de que el rol del estándar del trato justo y equitativo cambia de caso a caso, algunas veces no es tan cierto como sería deseable. Sin embargo, este permite claramente que se haga justicia en ausencia de una violación de los estándares de protección clásicos del derecho internacional. (Traducción propia)

Así, se encuentra que la naturaleza del estándar y el rol que este puede jugar para lograr una decisión justa como también dispuso el tribunal de *Sempra v. Argentina* al decir que “el TJE constituye un estándar que sirve el propósito de la justicia” (CIADI, 2007), permitiría incluir en el análisis de los méritos de la controversia la conducta que adoptó el inversionista en el desarrollo de su inversión y si esta se encuentra acorde a un *rule of law* que prescribe no solo un análisis de la prerrogativa legal, sino de que con este se busque la protección de los derechos humanos. Por otra parte, el análisis de aquello que es justo se vincula directamente con el *rule of law*, puesto que como defiende González Ibañez (2012), el sistema internacional se encuentra basado en la búsqueda de un compromiso ético que rodee la idea de justicia.

Por lo tanto, se buscará identificar cómo el análisis de la conducta no es contrario al fin y al significado que se le atribuye al estándar del TJE, sino que la naturaleza del mismo permite una valoración de la conducta del inversionista. Esta valoración tiene validez dentro del sistema por cuanto, como se desarrolló en el capítulo anterior, el inversionista posee una carga de respetar el *international rule of law*. Esta carga se explica puesto que en el momento que el inversionista presenta una solicitud de arbitraje, este adquiere unos derechos en el escenario internacional y por lo tanto deberá tener una carga correlativa.

VII. La valoración de la conducta del inversionista en sede de méritos al abordar el análisis del TJE

Como ya se enunció en la parte final del capítulo anterior, el trato justo y equitativo posee una textura amplia, la cual permite acomodar el contenido de la protección a la inversión a la realidad cambiante del comercio internacional (Dolzer, 2014). Actualmente, esta realidad se encuentra determinada por la búsqueda del desarrollo sostenible, como se da cuenta en los diferentes informes de inversión de la UNCTAD o en la labor misma de construcción de los objetivos del desarrollo sostenible, la cual se define como el “llamado universal a la adopción de medidas para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2019). Este llamado ya no es solo para los Estados como sujetos del derecho internacional, sino que este se extiende a las empresas, como agentes de real impacto en la comunidad donde llevan a cabo su actividad tal y como se desarrolló en el capítulo tercero.

Sin embargo, más allá de esta realidad normativa, lo cierto es que estos agentes privados al recurrir a un sistema de adjudicación de controversias del orden internacional deberán por lo menos respetar las normas que regulan dicho sistema y la finalidad que buscan. Si bien se ha debatido el carácter sustancial del Estado de Derecho Internacional, lo cierto es que incluso desde una mirada únicamente procedimental del mismo, este deberá tener como fin último la promoción de los derechos humanos puesto que es este el que da legitimidad a un conjunto de normas en un orden democrático (González Ibañez, 2012).

Así, en el marco de un régimen de inversiones que reclama un sistema de mayor balance entre los derechos del inversionista y la búsqueda del bien común (Bernasconi-Osterwalder, 2015), el TJE se erige como una vía clara para responder a estas nuevas exigencias frente al sistema de protección y a la forma en que los particulares conducen su actividad dentro del territorio de un Estado. Las actuaciones del inversionista en el régimen internacional deberán ser acordes al *rule of law*, no solo desde el ejercicio legal de los derechos que se les otorga en virtud de un TBI, sino desde el entendimiento de que el ejercicio de tales derechos exige estar acorde al pilar de la protección de derechos humanos. En este sentido, la valoración de la conducta del inversionista dentro del TJE, no es contraria a un entendimiento del mismo, ya sea desde su concepto o desde el alcance que se le ha atribuido en el marco de la protección a la inversión (Muchlinski, 2006) A continuación se pasará a

detallar con mayor profundidad el concepto y la contextualización que ha recibido el estándar para evidenciar como no existe un impedimento desde esta perspectiva para adecuar el análisis del estándar a las exigencias de determinar y valorar la carga en cabeza del inversionista y su conformidad con el *rule of law*.

7.1. Posibilidad de evaluar la conducta del inversionista en el TJE desde el concepto del estándar

De acuerdo con Dolzer, el estándar del TJE “encuentra sus bases en la noción legal y moral de equidad, se ve arraigado en una aproximación universal al concepto de justicia, y constituye también una norma del derecho internacional consuetudinario destinada a la protección de compañías extranjeras” (2014). En este mismo sentido, se han pronunciado tribunales como *Sempra v. Argentina* (CIADI, 2007), quien encontró que el TJE “era un estándar que servía a la justicia”, posición que ha sido también defendida por autores como Franck (1995) y por Fracionni (2009). Pero ¿qué se entiende por justicia y equidad? Con esta pregunta no se busca efectuar un análisis completo de lo que presuponen estas nociones, cuya conceptualización ha sido objeto de importantes debates doctrinarios,³⁷ sino demostrar que dentro de un significado común de las palabras que integran el concepto y que fundamentan el estándar, un análisis de la conducta del inversionista es válido. Esta herramienta argumentativa ya ha sido utilizada por múltiples tribunales arbitrales quienes en un análisis inicial del estándar se han aproximado al concepto desde su definición,³⁸ lo cual se muestra a su vez acorde a los criterios de interpretación consignados en el Tratado sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31.1.³⁹

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, la palabra “justo”, se refiere a un adjetivo que describe aquel o aquello “que obra según justicia y razón”. A su vez, esta autoridad de la lengua española dispone que el sustantivo de justicia significa: “principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece”. Finalmente, equidad se define como “bondadosa templanza habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la

³⁷ En este sentido, ver Rawls en *The Law of Peoples* (1993).

³⁸ *Saluka v. República Checa* (UNCITRAL, 2008), *LG&E v. Argentina, MTD v. Chile* (CIADI, 2004). Por ejemplo, en este último laudo, el Tribunal argumenta: “En su definición ordinaria los términos de “justo y equitativo usados en el artículo 3 (1)62 del TBI significan “justo”, “legítimo”, “imparcial” (parágrafo 113, decisión final).

³⁹ 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

ley”. De estas definiciones se observa cómo una decisión que adopta estos preceptos como guía, buscará analizar todas las circunstancias que rodean un determinado problema, para balancear las diferentes conductas y lograr llegar a una conclusión bajo la cual se le otorgue a cada uno *lo que le corresponde*. A esta misma conclusión arriba el profesor Muchlinski, quien si bien parte de la búsqueda de las palabras en la lengua inglesa, encuentra que la definición común de los adjetivos que integran el estándar permite balancear la conducta de las partes y valorar el actuar de “la persona sobre quien recayó la conducta” (2006). Inclusive, el profesor concluye que la equidad engloba la justicia como un presupuesto de la misma y da cuenta de su identificación con su sentido legal. Lo anterior constituye un elemento de gran importancia sobre todo desde el sistema inglés, en el cual el juicio en equidad existe desde mediados del S.XIV.

El juicio en equidad nace en el sistema del *Common Law* como una forma de evitar decisiones injustas en caso de aplicar de manera rigurosa la literalidad de la ley en un caso puntual, y en el cual algunas de sus máximas efectivamente toman en consideración los comportamientos o motivos de quien busca un trato calificado como justo o equitativo (Baker, 2002).

Por otra parte, la valoración de la conducta de las partes también se muestra acorde con los conceptos que integran el estándar, en la medida que los mismos constituyen postulados derivados del principio general de la buena fe como defienden doctrinantes como Dolzer o Dajic. Específicamente, esta última autora encuentra que a pesar de la vaguedad del estándar del TJE, “este se entiende como la materialización de la buena fe” (Dajic, 2015). Así entonces, en el ordenamiento colombiano, por ejemplo, la valoración de las partes se torna un elemento central del principio por cuanto la Constitución, así como la regulación legal comercial y civil erigen como elementos de este principio: “deberes de cooperación con la contraparte, de honestidad y de respeto a un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres” (Neme, 2006).

En este mismo sentido, Fracionni (2009) defiende que “la interpretación progresiva que se le ha dado al estándar del trato justo y equitativo conlleva a afirmar que el inversor que busca que se le juzgue en equidad para la protección de sus intereses, debe también ser responsable, de acuerdo a los principios de justicia y equidad, con respecto a la población del país receptor afectada por la inversión”. Para el autor resulta inconcebible pensar en la equidad como un concepto que implique un análisis unilateral. Para este, así como para Muchlinski (2006), la equidad implica propender por un balance de intereses contrapuestos. De este punto se desprende que la aplicación del estándar del

TJE debería implicar una valoración no solo de los derechos del inversionista, sino de la conducta que este desplegó y sobre la cual fundamenta su reclamación. En palabras de Sornarajah (2015): “el inversor no puede invocar un estándar cuando la justicia está evidentemente en contra suya como resultado de su conducta en violación a los derechos humanos”.

Por otro lado, Franck en su estudio comprensivo acerca de la equidad en su libro “Fairness in International Law and Institutions”, defiende que el rol de este precepto en el derecho internacional se encuentra precisamente en reconciliar las dos grandes demandas de una comunidad socializada, en la cual ya los Estados no son los únicos participantes, sino también “las personas, las corporaciones, las iglesias, las organizaciones regionales y mundiales, burócratas y cortes”, con una voz y un impacto en la toma de decisiones. De acuerdo con el autor, estos fines contrapuestos de la sociedad se encuentran: por un lado, la legitimidad, identificada como el proceso correcto y la consistencia de las decisiones, y por el otro en una noción de justicia, entendida como justicia distributiva la cual implica en algunas circunstancias “sacrificar expectativas de estabilidad, a cambio de un mejor orden social”. Así, incluso desde una perspectiva amplia acerca de lo que presupone la equidad en el orden internacional, o el alcance que se le ha atribuido a la misma en este escenario, se encuentra que la equidad permite que se efectúe un diálogo entre intereses contrapuestos (Franck, 1995).

Desde el punto de vista del derecho internacional de las inversiones, Paparinskis (2015) también propone que las cláusulas de trato justo y equitativo contenidas en la mayoría de los tratados guardan relación con el principio de equidad.

Si se requiere un trato equitativo, entonces parecería que se requiere una consideración de equidad dentro de la ley, y la vaguedad de este concepto llevaría probablemente a una superposición parcial con la buena fe y su particularización, ambas priorizando el propósito y el espíritu de las reglas y la conducta por encima del formalismo ciego.

Con base en lo anterior, se permitiría una interpretación más amplia del tratado, y de lo que implica el *rule of law* para el inversionista. En este sentido, se debe buscar un análisis que permita tomar en cuenta circunstancias de equidad y no solo la literalidad de la norma, como presupone el análisis de la conducta de ambas partes de la relación o un examen desde el objetivo de la norma, el cual no es otro que la promoción de la inversión y la búsqueda del desarrollo sostenible (UNCTAD, 2015).

Ahora bien, como estableció Salacuse (2010), un análisis del estándar a partir del significado común de las palabras que lo conforman se muestra insuficiente, puesto que la definición de tales adjetivos continúa arrojando resultados vagos para adoptar una decisión. A su vez, en la medida de que el TJE se ha definido como un estándar flexible, el cual evoluciona en el tiempo, se precisa efectuar un análisis desde el contexto en el que se busca su aplicación. La necesidad de interpretar el estándar desde su contexto se constata en la misma evolución del TJE: este se transformó desde un estándar que se refería únicamente a una violación atroz por parte del Estado (Caso Neer, 1929), a un criterio con contenido normativo propio (Knoll-Tudor, 2009).

De conformidad con lo anterior, se pasará a evaluar la posibilidad de valorar la conducta del inversionista desde la teleología que detenta el TJE. Este análisis se encuentra acorde con lo prescrito en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y constituye un paso necesario para dar con una respuesta comprensiva.

7.2. Posibilidad de evaluar la conducta del inversionista en el TJE desde la teleología del estándar

En la medida de que el estándar del TJE se materializa dentro de un acuerdo de protección de la inversión, el fin perseguido con estos instrumentos dicta a su vez la teleología del estándar. Así, se observa que en muchos de los TBI o acuerdos multilaterales, la raíz se encuentra en la promoción de la inversión como motor del crecimiento e ingreso de capital extranjero, tal y como queda consignado en el preámbulo de los diferentes TBI.⁴⁰ En este sentido, el TJE se erige como un mecanismo que permite asegurar un mejor clima inversionista al ofrecer a este mayores garantías de protección.⁴¹

No obstante, previo a cualquier acuerdo de protección a la inversión se encuentra un principio fundamental del derecho internacional, destacado por tribunales como *Mondev v. Estados Unidos*, el cual comprende la capacidad del Estado de regular la entrada y comportamiento de extranjeros en su territorio cara a la protección de los intereses de la comunidad (CIADI, 2000). Si bien como se desarrolló en el primer capítulo de este escrito, la soberanía propia a cada país constituye un concepto

⁴⁰ Por ejemplo, el TBI entre República Checa y Países Bajos.

⁴¹ En este sentido se pronunció el Panel Arbitral de *LG&E v. Argentina*: “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” (CIADI, 2006, decisión acerca de la responsabilidad).

interno y no externo al orden internacional, por cuanto es el mismo Estado quien decide someterse a un determinado régimen de inversiones; los TBI no pueden excluir todo análisis acerca de la soberanía de las partes contratantes (Klager, 2011). Es el balance entre la soberanía del Estado de un lado, y la búsqueda de un buen clima inversionista por el otro, lo que permite afirmar la legitimidad política del sistema y por tanto aquello que determina la finalidad de los estándares de protección (Muchlinski, 2006). Esta perspectiva acerca del balance que debe efectuarse cara a los diferentes estándares de protección, sobre todo al analizar el TJE, se refleja en el reporte mundial de la inversión efectuado por la UNCTAD en 2015. En este informe, el cual constituye quizás el análisis más completo acerca de la reforma que debe operar en el seno del régimen de inversiones, la Organización afirma que la opción de eliminar la cláusula: “reduce la exposición del Estado a las reclamaciones del inversionista, pero también reduce la efectiva protección que ofrece el acuerdo” (UNCTAD, 2015).

Este tipo de conclusiones no se muestran ajenas a la práctica arbitral como ya se dio cuenta en el primer capítulo de este escrito. Los tribunales de casos como el de *Pope&Talbot* (CIADI, 2000) *Thunderbird* (CIADI, 2006) o *Saluka* (UNCITRAL, 2008), encontraron que la protección de la inversión en sí misma no era el objeto de los TBI, sino que por el contrario estos constituían herramientas de fomento a la inversión. En esta línea, tales árbitros comenzaron a efectuar un balance de los intereses contrapuestos del Estado y el inversor. De este desarrollo desde la teleología que inspira el estándar se refuerza una idea ya tratada en el punto anterior: el estándar del TJE no puede seguir un análisis unilateral, en el cual solo se tome en cuenta los intereses del inversionista independiente del Estado en el cual este se instala.

Asimismo, de cara al contexto que da lugar al régimen de inversión, Franck (1995) afirma que se debe tomar en consideración el mercado de capital que da origen al sistema. Tal mercado, ya sea nacional o internacional, opera dentro de un sistema político que habla de lo que perciben sus participantes como puntos claves en el desarrollo, los valores culturales o la distribución de los bienes sociales. Así, en un contexto global preocupado por el desarrollo sostenible, el cual: “ha emergido como el principio rector para el desarrollo mundial a largo plazo” (Naciones Unidas, 2019), los inversionistas no son ajenos a las exigencias derivadas de este compromiso mundial. Este mismo autor afirma que la comunidad internacional constituye un reflejo del escenario interno, en el cual siempre se constata la tensión entre estabilidad, entendida bajo la forma de una expectativa legítima, y el cambio, necesario para responder a unas exigencias políticas en un determinado momento. En

palabras de Franck (1995), “también será acerca de balancear la necesidad social de lograr un crecimiento del capital y las exigencias políticas de una justicia distributiva”.

En virtud de lo anterior, a partir de la finalidad que rodea la consagración del TJE como estándar de protección, así como del análisis de un contexto que determina la evolución de su aplicación, se identifican nuevos elementos para la interpretación que se le dé al estándar. Específicamente el profesor Muchlinski (2006) afirma la existencia de dos: “I) la relación entre el riesgo y las expectativas legítimas de los inversores, II) la influencia de mayores expectativas de una responsabilidad social empresarial internacional”. En relación con este segundo elemento, el autor encuentra que la RSE constituirá un estándar para valorar la conducta del inversionista, sobre todo frente aquellas pautas de conducta que han emergido en los códigos de conducta internacional como la Guía para Empresas Multinacionales de la OCDE o el Pacto Global. Si bien la tesis propuesta en este escrito se refiere de manera más general a una conducta acorde con el *rule of law*, una de las formas en que este se podría materializar, sobre todo en lo relacionado a cómo se deben ejercer los derechos conforme a un entendimiento de este principio fundante del sistema, en el que incluye la protección de derecho humanos, se encuentra en el respeto de las guías de conducta desarrolladas como RSE.

De este modo, se observa como la inclusión de una valoración de la conducta del inversionista, necesaria para determinar si esta se encuentra conforme al Estado de Derecho Internacional, es acorde a una interpretación desde el sentido común que se les otorga a los conceptos que integran el TJE, así como a una visión desde el fin y el contexto que le dan vida. Por un lado, una decisión justa y equitativa, implica un análisis de ambas partes de un conflicto, para valorar el problema específico y otorgar a cada quien lo que le corresponde. Por el otro, desde la teleología que persigue el TJE, este no puede verse únicamente como una herramienta que permite un buen clima inversionista, sino que su aplicación deberá garantizar la soberanía del estado de regular en pro del interés público, así como su adecuación a un contexto en el cual la inversión debe ser un motor del desarrollo sostenible (UNCTAD, 2015). Un análisis del TJE únicamente desde la perspectiva de los intereses inversionista parecería insuficiente si se efectúa una interpretación del mismo desde las reglas prescritas en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, las cuales establecen que se deberá analizar el instrumento internacional en cuestión con base en el sentido común de sus palabras, a partir de su contexto y de acuerdo al fin u objeto del Tratado.

Sin embargo, si bien la justicia y la equidad presuponen los valores que inspiran el estándar, en la práctica se ha evidenciado que la mayoría de los tribunales buscan articular su razonamiento a partir de criterios más específicos, que aquel análisis abstracto que se derivaría a partir de una valoración de aquello que es en sí mismo justo y equitativo (Dolzer, 2014). Así, a partir de la práctica arbitral se observa cómo se ha ido construyendo una lista de subcategorías que conforman esta regla, y las cuales permiten un análisis y aplicación más específica alrededor de una presunta violación del TJE. Las categorías que se han entendido como parte de estándar, tal y como se desarrolló en el primer capítulo son: i) el respeto de las expectativas legítimas del inversor, ii) evitar medidas discriminatorias y arbitrarias, y iii) garantizar el acceso a la justicia (*Electrabel v. Hungría*, CIADI, 2015). Esta forma de abordar el TJE se deriva a su vez de lo que la autora Knoll-Tudor (2009) entiende como la imposibilidad de que los tribunales adopten decisiones *ex aequo et bono* por el solo hecho de que se efectúe referencia a la justicia o la equidad; afirmación que sustenta también desde lo encontrado por el ya citado tribunal de *Saluka v. República Checa*. Para esta, dicho estándar tiene un contenido normativo establecido. En este sentido resulta también relevante mencionar lo afirmado por la Corte Internacional de Justicia en el caso de *North Sea Continental Shelf*, en el cual el Tribunal distinguió la equidad del principio *ex aequo et bono*. En esta decisión, la Corte manifestó que la equidad buscaba, dentro de la aplicación de las normas legales invocadas, encontrar una solución equitativa, que permitiera la justificación de la decisión (Corte Internacional de Justicia, 1969).

En virtud de lo anterior, la propuesta, fundamentada en la carga de respetar las normas propias del Estado de Derecho Internacional, para incluir la valoración de la conducta del inversionista en un análisis del TJE, no se centra en propender por que los tribunales partan de análisis abstractos acerca de las nociones de justicia o equidad. Por el contrario, la propuesta busca que los árbitros, al analizar los subestándares que ya se han construido como elementos del estándar, den un balance a los intereses contrapuestos que originan una disputa de inversión, dando un valor a la conducta del inversionista como sujeto receptor de la protección y actor en un orden internacional. Esta propuesta se fundamenta en la medida de que independiente de que no se aborde el análisis del estándar desde aquello que es justo y equitativo sin más, estos conceptos sí inspiran y dan sentido a esta protección.

7.3. Valoración de la conducta dentro de los diferentes subestándares del TJE

De lo desarrollado hasta el momento en el presente escrito, se observa que el análisis del TJE se realiza de manera mayoritaria, a partir del examen de los diferentes elementos que se han encontrado como constitutivos del TJE (Dolzer, 2014) Se retomará brevemente el alcance de cada uno de estos subestándares para luego proponer cómo se puede proceder con una valoración de la conducta del inversionista, de manera que se determine su conformidad con respecto al *international rule of law*. Si bien es cierto que esta lista de elementos corresponde a una evolución arbitral y por tanto cambiante, en la medida de que no existe el precedente arbitral, en términos generales, los elementos centrales de un análisis del TJE son: 1) respeto a las expectativas legítimas del inversor, 2) un trato no discriminatorio y no arbitrario, 3) la garantía del debido proceso (Klager, 2011).

En primer lugar, tribunales como *Thunderbird v. Mexico* proponen que la protección de las expectativas legítimas se estructura en la medida de que la conducta del Estado “crea expectativas razonables en el inversor para actuar de acuerdo a esta, por lo que un incumplimiento de las expectativas así generadas podría ocasionar daños al inversor” (UNCITRAL, 2006). No obstante, ya desde la práctica arbitral se han ido construyendo condiciones para que las mismas puedan operar, tales como la exigencia de una representación objetiva por parte del Estado, o la razonabilidad y justificación de las expectativas de acuerdo con las circunstancias de un determinado Estado (Potesta, 2013).

Por otro lado, la garantía de un trato no discriminatorio ni arbitrario se configura en la máxima de no adoptar decisiones en las cuales se observe una diferenciación con una connotación negativa, es decir, con tintes de injusticia, arbitrariedad o discriminación. La base del debate se centra en determinar las bases de la razonabilidad de la medida; examen frente al cual se deberán tomar en consideración las circunstancias que determinaron la decisión (Salacuse, 2010).

Por último, el acceso a la justicia y al debido proceso como elemento del TJE se refiere de acuerdo con Klager (2011), a un derecho de acceso a cortes, a tener audiencias públicas, a que se desarrollen los procesos en tiempos razonables y se actúe de acuerdo al debido proceso legal de cada Estado. Este

no se ha entendido desde punto de vista amplio, sino que la protección que se deriva de este precepto se activa únicamente en la medida de que exista una falla sustancial del mismo.

Luego de este recuento breve del desarrollo del primer capítulo de este texto, sobre los elementos que se identificaron como parte del TJE a partir de la práctica arbitral, lo cierto es que se encuentra que un análisis de la conducta del inversionista podría incorporarse como parte de la valoración que efectúa un tribunal para determinar la legitimidad de una expectativa. Frente a este subestándar ya se han comenzado a estructurar condiciones para otorgarle dicha categoría como ocurrió en el caso de *Electrabel v. Hungría* (CIADI, 2015). La limitación a la protección ofrecida con base en una expectativa se muestra válida puesto que como ya defendía Franck en 1995, todos los sistemas aceptan un grado de incertidumbre acerca de las condiciones futuras, lo cual es aceptado por la sociedad como un riesgo normal; lo anterior por cuanto “sin potencial para el cambio no habría cultura política” (Franck, 1995).

Ahora bien, esta valoración de la conducta del inversionista en el análisis de las expectativas legítimas se muestra acorde con las instituciones que dieron origen a la protección de esta figura en el régimen de inversiones. Una de estas instituciones, la cual tiene su equivalente en los derechos nacionales, se encuentra en el postulado de *pacta sunt servanda*, el cual se deriva del principio internacional de la buena fe, según el análisis abordado por Klager (2011).

De esta manera, la buena fe implica unos deberes y derechos para ambas partes de la relación contractual, y no es predicable únicamente frente a uno de los extremos contractuales (Neme, 2006). Así, al establecer como fundamento de la protección de una expectativa, el principio de *pacta sunt servanda*, se evidencia que los compromisos adquiridos por parte del inversionista también deberían ser valorados para determinar su legitimidad y la posibilidad efectiva de que se le otorgue la protección por este reclamada en virtud del tratado de inversión.

Así mismo, hoy los Estados, en virtud del principio de buena fe, ya no se encuentran vinculados únicamente por las obligaciones expresas en los instrumentos transnacionales, sino que a partir del desarrollo del derecho internacional estos deberán respetar las normas generales en materia de protección de derechos humanos (Panizzon, 2006). Inclusive en materia de derecho de inversiones, al analizar las expectativas legítimas se ha encontrado que al Estado no solo lo vincula las obligaciones contractuales contraídas con el inversionista, sino también las representaciones formales

e informales efectuadas por el mismo, así como un determinado marco legal al momento en que se efectúa la inversión (Potesta, 2013).

Esta extensión de la responsabilidad del Estado en virtud del principio de buena fe, aun frente a obligaciones que no son expresas, debería ser aplicable a los inversionistas quienes, como se desarrolló en el capítulo tercero, juegan un rol fundamental en la comunidad donde se instalan y en la sociedad global en general. Así, a pesar de que la carga de la que se ha hablado a lo largo del presente escrito no constituye una obligación en el sentido estrictamente jurídico, su valoración también deriva de la buena fe, puesto que las partes tienen una expectativa de que el actor privado, a quien se le ofrece un acceso al sistema internacional, se encuentre dispuesto a respetar los principios integradores del mismo. Lo anterior sobre todo al analizar que el ejercicio de los derechos debe orientarse a la protección de los derechos humanos.

Por otra parte, la inclusión de una valoración de la conducta del inversionista como parte del análisis que aborda el tribunal frente a la determinación de si existe una expectativa legítima que asiste al particular, es válida también desde la aplicación de los subprincipios de la buena fe como son la doctrina de las manos limpias y de abuso del derecho. La doctrina de las manos se ha aplicado sobre todo para denegar jurisdicción por actos de corrupción. No obstante, ya en 2013 Dumberry y Dumas-Aubin hablaron de la posibilidad de que este principio se utilizará en la fase de méritos cuando el tratado incluyera una cláusula amplia de resolución de controversias. Este argumento se refuerza cara a las expectativas legítimas, puesto que más allá de una consideración en abstracto del actuar del inversionista, se podría abordar desde un análisis más sencillo. En este caso se plantearía como una forma de determinar la legitimidad de una expectativa cuando el particular no ejerció sus derechos de conformidad con las normas del derecho internacional.

Así mismo, la teoría desarrollada alrededor del abuso del derecho también invitaría a analizar la conducta del inversionista como parte de aquellas expectativas que son legítimas, puesto que esta figura, permite balancear las prerrogativas con las que cuenta una parte con los intereses legítimos de la otra (Ziegler & Baumgartner, 2015). Asimismo, se estableció la función correctiva del principio dado que, como encuentra Pannizon (2006), el concepto de abuso del derecho permite acondicionar el comportamiento de los actores a la evolución del derecho internacional, el cual actualmente predica por una inversión en que se respeten los derechos humanos. Este mismo postulado es defendido por Franck, quien contrapone como fuerzas del sistema internacional, las expectativas de estabilidad de

un marco jurídico, por un lado, frente a una necesidad de cambio a partir de las exigencias de la sociedad por el otro (1995). Por lo tanto, dentro de un análisis de la razonabilidad de unas expectativas en el desarrollo de la inversión, se deberá balancear esos intereses contrapuestos: la expectativa de protección y estabilidad del particular frente a unas exigencias cada vez más profundas en materia de protección de derechos humanos, que hoy se identifica con una *accountability* (rendición de cuentas), más allá de una simple *responsibility* (responsabilidad) (Levashova, 2018), o incluso con una exigencia de que este actor del sistema actúe conforme al *rule of law*.⁴² En este mismo sentido, se revela el estudio adelantado por la Unión Europea quien encontró como un elemento integrante de esos preceptos mínimos sobre los que se construye el orden internacional es el respeto de los derechos humanos (Comisión Europea, 2011).

De lo anterior se observa como un análisis de la conducta del inversionista como parte del TJE, es válida desde una aproximación conceptual y teleológica del mismo, así como desde la manera en que este estándar se aplica por los tribunales arbitrales. Incluir un examen de la conducta del inversionista en la valoración de una expectativa legítima, es coherente desde el principio de buena fe que fundamenta la figura de acuerdo con Klager (2011). Así mismo, ya se encuentran laudos arbitrales como *MTD v. Chile* (CIADI, 2006), *Parkering v. Lituania* (CIADI, 2007), o *Charanne v. España* (SCC, 2016) que se han pronunciado en la misma línea, abordando la conducta del inversionista, en términos de debida diligencia, como un límite a la caracterización de una expectativa como legítima.

7.4. Posibilidad de evaluar la conducta del inversionista en el TJE desde la teleología del estándar

Como se expresó en apartes anteriores, la valoración de la conducta ya ha tenido un desarrollo en el marco del derecho de inversiones, tanto en sede de la CIJ a través de mecanismos de protección diplomática, como de las decisiones arbitrales originadas en los mecanismos propios del régimen de inversiones. Así, de acuerdo con Muchlinski (2006), se han comenzado a estructurar “cargas” en cabeza del inversionista, los cuales se clasifican en tres grupos según el autor: un deber de evitar adoptar conductas inadmisibles, de invertir con adecuado conocimiento del riesgo, así como de

⁴² En este sentido el Instituto Castan de Derechos Humanos en colaboración con las Naciones Unidas expresó que los Principios Ruggie reconocen que las compañías pueden adquirir compromisos o actividades para apoyar y promover los derechos humanos, pero lo anterior no minimiza su responsabilidad de respetar de manera efectiva derechos humanos a lo largo de sus decisiones (2016).

conducir su negocio de manera razonable. Se pasará a analizar el desarrollo jurisprudencial y arbitral que se les ha dado a los mismos.

En primer lugar, el deber de evitar adoptar conductas inadmisibles se refiere a la obligación de los inversionistas de no incurrir en fraude, falsas representaciones o abusos de poder. En este sentido, se encuentran importantes cimientos para construir este deber en cabeza del inversionista en los laudos de *Azanian v. Mexico* (CIADI, 1999), *Feldman v. México* (CIADI, 2002) y en la decisión de la CIJ en el caso ELSI (1987). En el primero de estos se determinó que la terminación del contrato por parte del Estado de México constituyó un uso razonable del poder del Estado por cuanto la compañía estadounidense Azanian adujo una capacidad, experiencia y recursos que no tenían, creando unas falsas representaciones en el Estado Mexicano. Por su parte en el caso contra Feldman, el tribunal negó las pretensiones en la medida de que la multinacional reclamaba un trato discriminatorio por la exención de un tributo con base ilegal. Por último, se encuentra una pequeña puerta de entrada para impedir el abuso del poder dominante del particular en la negociación de promesas indebidas en el caso ELSI (Muchlinski, 2006). Este caso trató la situación de una empresa constituida en Italia, la cual era propiedad en un 100% de dos nacionales americanas y frente a la cual se alegaba una expropiación por parte de la región de Palermo. En esta oportunidad la Corte encontró que las sociedades americanas habían buscado utilizar su posición dominante en la región como grandes generadoras de empleo, para buscar una negociación con el gobierno italiano con el fin de encontrar un socio estatal que adquiriera la compañía y así evitar entrar en liquidación (International Court of Justice, Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), *United States of America v. Italy*, 1984).

En un segundo lugar, el deber de invertir con adecuado conocimiento del riesgo da cuenta de cómo el inversionista debe detentar unas expectativas realistas de su retorno de inversión. Los APPRI no constituyen pólizas en contra de las malas decisiones negociales, tal y como afirmó rotundamente el Tribunal de *Waste Management* (CIADI, 2003), puesto que invertir con adecuado conocimiento del riesgo no representa cosa distinta a una buena práctica negocial. De acuerdo con lo propuesto por los tribunales de *Waste Management v. México* (CIADI, 2003), *MTD v. Chile* (CIADI, 2006), *Genin v. Estonia* (CIADI, 2001) o *Parkerings v. Lituania* (CIADI, 2007), el inversionista que no realiza un estudio previo de las condiciones en que se deberá realizar la inversión, deberá asumir las pérdidas que esto pueda generar. Esta evaluación del riesgo deberá tomar en cuenta el clima inversionista del Estado receptor, puesto que las condiciones en que se efectuó la inversión determinarán el alcance de las expectativas que podrán considerarse como legítimas en el marco de un proceso arbitral. Lo

anterior, se ha sostenido por tribunales como *Electrabel v. Hungría* (CIADI, 2015), *Generation Uckaine v. Ucrania* (CIADI, 2013) o *Saluka v. República Checa* (UNCITRAL, 2006). No obstante, en la búsqueda de un real balance, estos límites a la protección del inversionista derivados de un contexto político, económico o social del país receptor de la inversión, no deberá constituirse en una excusa absoluta frente a una mala gobernanza.

Por último, se encuentra el deber de conducir los negocios de manera racional. Lo anterior se refiere a cómo el inversionista deberá asegurar la viabilidad económica, conocer el ambiente regulador en el cual se opera (*Methanex v. Estados Unidos*, CIADI, 2005), seguir los requerimientos administrativos (*Eureko B.V v. Polonia*, CIADI, 2005), así como de buscar asesoría legal profesional para el desarrollo de sus negocios (*ADF Group v. Estados Unidos*, CIADI, 2003). Frente a la viabilidad económica, el caso ELSI muestra luces de cómo esta no deberá entenderse únicamente frente a los accionistas, sino también frente a los actores que se ven afectados por la actividad empresarial que se desarrolla. En este sentido, se propone la razonabilidad de una práctica negocial deberá incluir nociones de responsabilidad social empresarial en cuanto esta permite una mayor interacción con el Estado y su desarrollo (Muchlinski, 2006). Así mismo resulta interesante citar lo encontrado por el tribunal de *Biwater v. Tanzania* (CIADI, 2008) en el cual el panel reafirmó “los factores de compensación como la responsabilidad del inversionista extranjero, tanto en términos de debida diligencia como en la conducta subsiguiente”.

Adicionalmente, esta carga ya desarrollada en términos de una debida diligencia adquiere una dimensión adicional cuando se parte de lo prescrito por los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos planteados por el profesor Ruggie en 2011. Lo anterior se explica por el segundo pilar sobre el cual se erigen estos lineamientos, puesto que en virtud de este se establece en cabeza de las Compañías Multinacionales la responsabilidad de efectuar una debida diligencia en materia de derechos humanos (Ruggie, 2008). Esta falta de vinculatoriedad acerca del compromiso que debían adoptar las empresas frente a la protección de derechos humanos fue objeto de múltiples críticas como por ejemplo aquellas posiciones defendidas por McCorquodale o Nolan (2014). No obstante, por lo menos frente a una valoración de la conducta del inversionista y en vista del desarrollo arbitral, la falta a este pilar podría erigirse como una limitación a la protección de una inversión por el estándar del TJE.

De lo planteado a lo largo de este texto, se constata que el análisis de una valoración de la conducta del inversionista en fase de méritos se torna fundamental puesto que permite generar un balance en unos tratados, reclamación en este orden internacional que finalmente enerve su indemnización o al menos la cuya crítica central se refiere a una protección desmesurada de unos particulares, incluso por encima del bien público y de los valores propios del orden internacional, como se ha defendido en el presente escrito. Si bien no se defiende que con base en la defensa de un Estado de Derecho Internacional, en el cual se incluye una protección de los derechos humanos, se creen obligaciones en cabeza de estos inversionistas, sí se deriva de lo anterior una posible valoración de la conducta del inversionista frente al análisis de su reducción. De esta forma, se lograría una limitación a un sistema hoy deslegitimizado pero cuya función de promoción a la inversión se considera valiosa.

Si bien frente a estas críticas de un sistema desbalanceado se ha comenzado un replanteamiento de los acuerdos de inversión, esto corresponde a una evolución reciente en materia de inversión (Roberts, 2018). En lo que se identifica como la segunda generación de tratados (Sornarajah, 2015), se han incluido cláusulas en las que se regula la conducta del inversionista y en las cuales se consagran defensas por parte de los Estados para poder regular en pro del interés general, la protección de los derechos humanos y la conservación del medio ambiente. Lo anterior se evidencia a partir del estudio empírico adelantado por la UNCTAD, en el cual de los 2392 tratados bilaterales de inversión hoy en vigor, se encuentra que 220 de dichos instrumentos incluyen menciones expresas a lo que la organización denomina “aspectos sociales de la inversión”, en la cual se toman en cuenta disposiciones relacionadas como derechos humanos, medio ambiente, derechos laborales, disposiciones de RSE o reducción de la pobreza (UNCTAD, 2019).

Ejemplos relevantes del fenómeno identificado con anterioridad se encuentran en el acuerdo de inversión de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático o el tratado modelo de la Comunidad de Desarrollo de África Austral, SADC por sus siglas en inglés, en los cuales se incluyen listas expresas de defensas del Estado. En estas se contemplan supuestos de regulación en pro de la defensa y protección de los derechos humanos por parte de las partes al tratado. Asimismo, en la sección III del tratado modelo de SADC se observa la consagración de deberes expuestos en cabeza del inversionista, los cuales de acuerdo con el artículo 19 de dicho texto deberán ser tomados en cuenta por parte del tribunal para el análisis de los méritos o daños de una eventual demanda arbitral. De igual forma el TBI celebrado por Marruecos y Nigeria en 2016, no solo se refiere en abstracto a obligaciones internacionales del Estado, sino que incorpora parámetros de conducta reconocidos para el desarrollo

de la actividad comercial como son las normas ISO 4001 en materia medioambiental o la Declaración Tripartita de la OIT en lo relativo a los derechos del trabajo.⁴³ Incluso, en el Tratado Modelo colombiano se encuentran disposiciones en este sentido. Así, el modelo prescribe en su preámbulo que se busca inversiones que contribuyan a la promoción de los derechos humanos, orden público, la salud, la seguridad, el medio ambiente y derechos laborales, para luego dedicar una sección de dicho tratado al “derecho a regular y las obligaciones relacionadas con la inversión”, en la cual se efectúa referencia expresa a los derechos humanos y a mecanismos de RSE en diferentes artículos (Ministerio de Comercio Industria y Turismo, 2017).

No obstante, la mayoría de TBI en vigor corresponden a ese primer grupo de tratados, en los cuales se disponían protecciones amplias al inversionista, sin ningún tipo de referencia a las obligaciones por parte de este último o a excepciones en cabeza del Estado. Incluso aquellos países que optaron por la opción de salir del régimen de inversiones como consecuencia de los problemas que se constataron en el mismo, se encuentran con clausulados en los que los inversionistas continuarán bajo protección durante períodos de hasta 20 años en los términos que el acuerdo denunciado consagraba. De esta realidad se desprende la necesidad que motivó este trabajo de abordar un análisis acerca de si, independiente de la integración expresa que realizan los nuevos tratados de responsabilidades en materia de protección de derechos humanos en cabeza del inversionista, es posible el análisis de la conducta de este agente privado.

Sin una disposición expresa que consagre ya sea excepciones en cabeza del Estado u obligaciones en cabeza del beneficiario de la protección, se ha debatido la posibilidad de que efectivamente se valore la conducta de este particular por un tribunal que fundamenta su jurisdicción en un TBI. El problema radica, más allá de la posibilidad de que los árbitros integren normas del derecho internacional general, en que los inversionistas no son sujetos en este sistema de acuerdo con un entendimiento clásico del mismo, y hasta hoy no existen obligaciones jurídicas claras en cabeza suya. Sin embargo, en el presente escrito se buscó defender que cuando el inversionista efectúa su solicitud de arbitraje adquiere una personalidad jurídica parcial por lo que también será responsable de la protección del Estado de Derecho Internacional, el cual debe propender por la protección de los derechos humanos. Así, el análisis de la conducta del inversionista debería permitir una denegación de beneficios en la medida de que el respeto *rule of law* condiciona la legitimidad de todo el sistema internacional.

⁴³ Artículo 18 del TBI Marruecos-Nigeria (2016).

Ahora bien, este análisis se permite en el TJE tanto desde su concepto, como desde su teleología e incluso a través del contenido normativo que se le ha otorgado. Ya en sede arbitral se ha analizado la conducta del inversionista en sede de méritos llevando en ocasiones a una reducción de la compensación, pero también a denegación de beneficios, si bien esta última se ha efectuado únicamente en términos de debida diligencia. El sistema de inversiones no es estático, y de esto da cuenta la evolución surtida alrededor del estándar de expropiación o del mismo TJE. Así se evidencia que en este momento se precisa, cara a la preservación del sistema, que el TJE con su naturaleza flexible se adapte a una realidad en la cual se exige que todos los actores en un sistema internacional respeten los principios del *rule of law*, el cual busca la protección de los derechos humanos.

Conclusión

El TJE constituye hoy el principal protagonista de toda demanda de inversión como bien se estableció a lo largo de este escrito. Este refleja en gran medida las críticas al sistema desde un aspecto sustancial puesto que la textura amplia del mismo permite un gran margen de interpretación de los árbitros. Esta situación no solo ha llevado a caracterizar el régimen por su grado de incertidumbre, sino que también derivó en una limitación fáctica de la potestad regulatoria del Estado, incluso frente a medidas que buscaban salvaguardar el bien común. No obstante, la misma textura abierta del estándar permite que este se adapte a la naturaleza cambiante del comercio internacional, el cual hoy exige que la inversión se efectúe de acuerdo al parámetro del desarrollo sostenible y que opere un balance entre las prerrogativas del inversionista y sus obligaciones con respecto a la comunidad.

Esta tesis se centró entonces en buscar una solución al desbalance que presenta el régimen de inversiones a partir de una interpretación del alcance de los estándares que conforman el mismo, en especial del TJE y la valoración de la conducta del inversionista que como se defendió, puede darse bajo este supuesto normativo. En otras palabras, se propone una solución sin necesidad de que opere una modificación del sistema cuya implementación dependa de la voluntad política de los Estados o de un tiempo de implementación. Así, el balance del sistema de inversiones que exigen esos parámetros del desarrollo sostenible pasa en gran medida por la necesidad de integrar el régimen de inversiones con el derecho internacional de protección de los derechos humanos, puesto que este primer sistema se estructuró únicamente desde una perspectiva del agente privado. De igual forma, a pesar de la fragmentación que se ha sostenido existe en el derecho internacional, lo cierto es que el régimen de inversiones no se encuentra en un vacío normativo, sino que deberá ser interpretado y aplicado a partir de las mismas normas que fundamentan este orden jurídico transnacional.

Ahora bien, la dificultad que se constata para integrar en el régimen de inversiones un análisis con respecto a los derechos humanos se encuentra en que hoy no existen obligaciones jurídicas en cabeza de los inversionistas en este sentido. En la mayoría de los tratados de protección a la inversión vigentes no se estipulan obligaciones en cabeza de los inversionistas con respecto a la comunidad. Así mismo, desde una perspectiva más amplia, lo cierto es que no se ha logrado la firma de un tratado que vincule las CMN en un sentido clásico de la palabra, por cuanto se defiende que no detentan una

personalidad jurídica internacional; y los mecanismos propios de los Estados nacionales se muestran insuficiente para responder a la regulación necesaria de unos actores privados cuya actuación trasciende fronteras. Si bien se plantea un deber con respecto a la sociedad en términos de responsabilidad social empresarial, estos mecanismos continúan caracterizándose por su naturaleza voluntaria por lo que no generan bases para responsabilizar a las empresas.

Sin embargo, la hipótesis de este escrito se concentró en proponer que los inversionistas sí tienen una personalidad jurídica parcial en el orden internacional al momento que hacen uso de un mecanismo de adjudicación propio a este orden como lo es un arbitraje de internacional de inversiones en el cual la contraparte es un Estado. En este sentido, como un agente que pretende participar de este sistema y hacerse valer de los derechos que este conlleva para el agente privado, se parte del presupuesto que este deberá respetar los pilares básicos de este orden tal y como se observa en el principio del *rule of law*.

Desde el punto de vista sustancial de este principio de gobernanza, los inversionistas, al ser actores del sistema internacional y buscar una rendición de cuentas a través del arbitraje, se encuentran también sometidos al *rule of law*. Al inversionista se le deberá exigir, no solo que actúe conforme a la literalidad de las normas que lo regulan a nivel interno en el Estado, sino que, en el desarrollo de su actividad, proteja y respete los derechos humanos de la comunidad donde se instala. Es por esto que respecto las acciones relacionadas con el respeto de los derechos humanos de las CMN que presenten solicitudes de arbitraje, también deberán ser juzgadas en el proceso arbitral.

En este escrito, se propuso como consecuencia del desconocimiento del *rule of law* por los actores privados, la denegación de beneficios en sede de méritos en una demanda por parte del inversionista. Lo anterior, en la medida en que un actor del sistema internacional no puede ser beneficiario del mismo cuando su actividad no se encuentra acorde a los principios básicos que lo fundamentan. De no ser de esta manera, se derivaría que en el sistema internacional se presenta un actor que tiene una incidencia significativa en el mismo y que se posiciona por encima de las normas que lo componen. Esto resultaría en contravía de la visión formal del *rule of law* como límite al poder, y sobre la cual fue planteado este principio como pilar en la creación de los Estados de Derecho. Se habla de una denegación de beneficios, no para que se entienda que existe una obligación por parte del inversionista, en la medida en que se exija una conducta de hacer, que derive en una obligación de indemnizar por parte del mismo; sino que el ejercicio de sus derechos se encuentre dentro de las bases

y límites que estructuran el sistema. En otras palabras, no se pretende que los árbitros declaren la responsabilidad del inversionista por una violación de derechos humanos, sino que por lo menos no tengan la potestad de ejercer los derechos de un régimen internacional.

En este sentido, se planteó un análisis de la conducta del inversionista en una sede de méritos desde el estándar del TJE, sobre todo con respecto a los derechos humanos. Esta posición se defendió tanto desde una aproximación al estándar desde su concepto, teleología, y práctica arbitral.

Esta valoración de la conducta se precisa cara al respeto que el inversionista, como agente parcial en el sistema internacional, debe efectuar del *rule of law* para permitir la legitimidad del orden transnacional en términos amplios, y específicamente del régimen de inversiones. Así, el TJE cuya base se encuentra en las nociones de justicia y equidad, permite este balance puesto que de la definición atribuida a estos conceptos se admite la valoración de la conducta de las partes. De igual forma, desde la teleología del mismo se constata que esta interpretación del estándar permite más allá de una simple protección del inversionista, de cumplir con el verdadero rol que se le atribuye a los APPRI, el cual no es otro que la promoción de la inversión para lo cual se precisa del balance del sistema como se ha evidenciado de la evolución de la materia. Por otra parte, más allá del significado de los conceptos que integran el estándar, esta valoración de la conducta se permite también desde los subestándares que la práctica arbitral desarrolló como propios del TJE. En este sentido, se logra el análisis de la conducta del inversionista cuando se abordan las expectativas legítimas cuyo fundamento se encuentra en el principio de la buena fe y en el cual se precisan un balance con la necesidad de cambio social propia a un grupo social. Por último, se demostró que diferentes tribunales arbitrales han valorado la conducta del inversionista en sede de méritos y específicamente a través del TJE, en términos de debida diligencia. Esta debida diligencia podría expandirse a contemplar acciones propias de la protección de derechos humanos, en línea con el segundo pilar de los principios Ruggie, uno de los principales mecanismos de Responsabilidad Social Empresarial en vigencia.

Es claro que esta propuesta no resuelve temas críticos del sistema como es la poca predictibilidad, su construcción desde el arbitraje privado o la creación de obligaciones concretas en cabeza del inversionista. En igual sentido, existen autores que pueden encontrar que esta propuesta, más allá de ofrecer una solución, permite un mayor grado de apreciación de los árbitros. Esta crítica se acentúa por la falta de formación en materia de derechos humanos que tienen los árbitros que deciden este tipo de controversias, en la medida en que se ha demostrado que su formación es predominantemente

comercial. La propuesta de esta tesis adquiere valor como una medida transitoria para alcanzar un balance necesario de cara al impacto que tiene el inversionista en la comunidad y su posible ejercicio de prerrogativas propias de este sistema.

Referencias

- Babic, M, E Heemskerk, and J Fichtner. (2018). "Who Is More Powerful – States or Corporations?" *The Conversation*: 1–6. <https://theconversation.com/who-is-more-powerful-states-or-corporations-99616>.
- Baccari, J. A. (2003). The Loewen Claim: A Creative Use of NAFTA'S CHAPTER 11. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 34, 465.
- Baker, J. H. (2002). *An introduction to English legal history / by J.H. Baker*. London: Butterworths.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). Módulo III. Los impactos de la inversión extranjera directa. In *Inversión Extranjera como Motor del Desarrollo para América Latina y el Caribe*.
- Beitz, C. R. (2012). *La idea de los derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons
- Bernasconi-Osterwalder, N. (2015). Rethinking Investment-Related Dispute Settlement. *Investment Treaty News*, 6(2), 14–16.
- Bernaz, N. (2015). Corporate Criminal Liability under International Law. *Journal of International Criminal Justice*, 13(12), 313–330. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqv014>
- Bingham, T. (2010). *The Rule of Law*. London: Penguin.
- Bjorklund, A. K. (2004). Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims. *Virginia International Law Journal*, 45, 809–896.
- Blanke, H.-J. (2010). El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano. *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 1–9.
- Brooks, R. (2014). Drones and the International Rule of Law. *Journal of Ethics and International Affairs*, (1), 83-104.
- Brownlie, I. (2012). *Principles of public international law*. Eighth edition. Oxford : Oxford University Press.
- Carroll, A. (2008). A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practices. En Crane, A, Matten, D., McWilliams, A., Moon, J. y Siegel, D. S. (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility* (pp. 19–46). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199211593.003.0002>
- Casey, C. A. (2019). *The End of Intra-EU Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Implications for the United States* (CRS Report No. IN11041)
- Charney, J. I. (1983). Transnational corporations and developing public international. *Duke Law Review*, 37(4), 748-788.
- Chesterman, S. (2008). An International Rule of Law? *The American Journal of Comparative Law*, 56(2), 331–362. <https://doi.org/10.5131/ajcl.2007.0009>
- Clapham, A. (2000). The question of jurisdiction under international Criminal law over legal persons: lessons from the Rome Conference. En M. T. Kamminga & S. Zia-Zarifi (Eds.), *Liability of multinational corporations under international law*. The Hague: Kluwer Law International.
- Clara, R., & Christoph, S. (2010). Human Rights and International Investment Arbitration. En and F. F. P.-

- M. Dupuy, E-U. Petersmann (Ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 82–91). Oxford; New York: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0004>
- Comisión de la Unión Europea. (2001). *Libro verde: fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. Bruselas. Retrieved from [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf)
- Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos. (2016). El Impacto de las Transnacionales y Multinacionales en Colombia sobre el Medioambiente y los Derechos Humanos. Retrieved from <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx>
- Legal Information Institute Cornell University. (s.f.). Forum Shopping. Obtenido de: https://www.law.cornell.edu/wex/forum_shopping
- Cotula, L. (n.d.). Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development Session 2.2.: The policy framework for investment: the social and environmental dimensions paper prepared for the OECD Global Forum on International Investment VII " Best practices. Retrieved from www.oecd.org/investment/gfi-7
- Crawford, J. (1999). Second Report on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission, II(1)*, 3.
- Corporate Europe Observatory. (2019). *Take action strike low against corporate power*. Obtenido de <https://corporateeurope.org/en/international-trade/2019/01/take-action-strike-blow-against-corporate-power-2019>
- DANE. (2018). Información recopilada y calculada por el Departamento Técnico y de Información Económica del Banco de la República. 30 de mayo de 2017, 1–23.
- Dodge, W. (2018). Corporate liability under the US Alien Tort Statute: a comment on *Jesner v Arab Bank*, 328, 325–328.
- Dolzer, R. (2014). Fair and Equitable Treatment: Today ’ s Contours. *Santa Clara Journal of International Law* 12, 7-33.
- Dumberry, P., & Dumas-Aubin, G. (2013). The Doctrine of “Clean Hands” and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law. *Transnational Dispute Management* 1, 1–10.
- Dupuy, P.-M. (2009). Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law. En P.M- Dupuy y E-U. Petersmann (Ed.), *Human Rights in International Investment law and Arbitration* (pp. 45–61). Oxford, New York: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0002>
- Duruigbo, E. (2008). Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses : Recent Changes and Recurring Challenges. *International Human Rights*, 6(2), 222–261.
- Dworkin, R. (1985). *A matter of principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- European Commission. (2015). *Preliminary Report: Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)* (Vol. 13 enero).
- Franck, S. D., & Wylie, L. E. (2015). Predicting outcomes in investment treaty arbitration. *Duke Law Journal*, 65(3), 459–526.
- Franck, T. (1995). *Fairness in International Law and Institutions*. Londres: Oxford Scholarship.
- General Assembly United Nations. (2012). Declaration Rule of law, (November), 1–6.
- Elisa Giuliani & Chiara Macchi, 2014. Multinational corporations, economic and human rights impacts on developing countries: a review and research agenda, *Cambridge Journal of Economics, Oxford University Press*, 38(2), 479-517.
- Haigh, K. (2008). Extending the International Criminal Court’s jurisdiction to corporations: overcoming complementarity concerns. *Australian Journal of Human Rights*, 14(1), 199–219. <https://doi.org/10.1080/1323238X.2008.11910850>
- Hirsch, M. (2009). Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. En P.M Dupuy y E.U. Petersmann (Ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0005>
- Hurd, I. (2014). The International Rule of Law: Law and the Limit of Politics. *Ethics & International Affairs*, 28(1), 39–51. <https://doi.org/DOI: 10.1017/S0892679414000045>
- González Ibáñez, J. (2012). International rule of law and human rights: the aspiration of a work in progress. *The Journal Jurisprudence* 16, 515–536.
- International Court of Justice. North Sea Shelf Continental Case (1969).
- Javorcik, B. S. (2015). Does FDI Bring Good Jobs to Host Countries? *The World Bank Research Observer*, 30(1), 74–94. <https://doi.org/10.1093/wbro/lku010>
- Kamminga, M. T. (2004). Corporate Obligations under International Law. In Report of the 71st Conference of the International Law Association (pp. 422-427). Berlin: International Law Association. Kläger, R. (2011). “Fair and Equitable Treatment” in *International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511974915>
- Knoll-Tudor, I. (2009). The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms. In *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0014>
- KPMG. (2017). Edge of Page - The KPMG survey of corporate responsibility reporting 2017. *The Road Ahead - The KPMG Survey of Corporate Responsibility Reporting 2017*, (10), 1–58. <https://doi.org/10.1038/nano.2013.238>
- Kriebaum, U. (2007). Privatizing Human Rights: The Interface between International Investment Protection and Human Rights. En A. Reinisch y U. Kriebaum (eds.) *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, (pp. 165–189). Utrecht: Eleven International.

- Kurtz. (2001). NGOs, the internet and international economic policy making : the failure of the OECD NGOs, the Internet and International Economic Policy Making. *Melbourne Journal of International Law* 3. 213-246
- Lambooy, T. (2010). Corporate social responsibility: legal and semi-legal frameworks supporting CSR: Developments 2000-2010 and case studies. (Tesis doctoral) Universidad de Leiden. Retrieved from <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/16169>
- Lauterpacht, H. (1970), The Subjects of International Law. En E. Lauterpacht (ed.). *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Volume I: The General Works (pp. 136–509. Cambridge: Cambridge University Press,
- Lauterpacht, E. (1997). International Law and Private Foreign Investment, *Indiana Journal of Global legal Studies* 4(2). 259-276.
- Lauterpacht, H. (1948). The Subjects of the Law of Nations, (64 L. Q. REV. 97).
- Levashova, Y. (2018). The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law. *Utrecht Law Review*, 14(2), 40–55. <https://doi.org/10.18352/ulr.441>
- McCorquodale, R. (2016). Defining the international rule of law: defying gravity? *International and Comparative Law Quarterly*, 65(2), 277–304. <https://doi.org/10.1017/S0020589316000026>
- Kremnitzer, M. (2010). A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Law. *Journal of International Criminal Justice*, (909).
- Mitchell, A. D., Sornarajah, M., & Voon, T. (2015). Good faith and international economic law. Oxford: Oxford University Press.
- Muchlinski, P., Ortino, F., & Schreuer, C. (2008). The Oxford handbook of international investment law. Oxford: Oxford University Press.
- Muchlinski, P. (2006). ‘Caveat Investor’? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard. *International and Comparative Law Quarterly*, 55(03), 527–558. <https://doi.org/10.1093/iclq/lei104>
- Muchlinski, P. (2007). Multinational enterprises and the law. Oxford; New York: Oxford University Press. Retrieved from <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=1151417>
- Naciones Unidas. (2018). Informe de la comisión de derecho internacional a la asamblea general, 10, 249–299. <https://doi.org/10.18356/859cb6c1-es>
- OECD. (2004). “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04.
- OECD. (2012). Investor–state dispute settlement. *Regulatory Theory*, 475–691. <https://doi.org/10.22459/rt.02.2017.38>
- Olivet, C., & Eberhardt, P. (2012). Profiting from injustice. *Trasnational Institute, SDF*(November), 1–3.

- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2014). Annual report on the OECD guidelines for multinational enterprises. *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*.
- Panizzon, M. (2006). Concepts and Contents of Good Faith in International Law. In *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*. Oxford: Hart Publishing
- Paparinskis, M. (2015). Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. In *Good Faith and International Economic Law* (pp. 143–172). Oxford: Oxford University Press
- Paulsson, J. (2005). *Denial of Justice in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511494420>
- Perrone, N. M. (2016) Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi)*, 9, pp. 273-308. Doi: [dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.08](https://doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.08)
- Potestà, M. (2013). Legitimate Expectations in Investment Treaty Law : Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept *ICSID Review*, 28, 88–122. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/sis034>
- Ratner, S. (2001). Corporations and Human Rights : A Theory of Legal Responsibility. *The Yale Law Journal*, 111(3), 443–545.
- Rawls, J. (1993). The Law of Peoples. *Critical Inquiry*, 20(1), 36-68. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/1343947>
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice. A theory of justice*. Cambridge, MA, US: Belknap Press/Harvard University Press.
- Rigaux, F. (1991). Transnational corporations. In M. Bedjaoui (Ed.), *International law : achievements and prospects*. Paris : Dordrecht ; Boston : Norwell, MA, U.S.A: UNESCO ; M. Nijhoff Publishers ; Sold and distributed in the U.S.A. and Canada by Kluwer Academic Publishers.
- Roberts, A. (2018). Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-state arbitration. *American Journal of International Law*, 112(3), 410–432. <https://doi.org/10.1017/ajil.2018.69>
- Rubiales, I. S. (2000). El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 91–122.
- Ruggie, J. G. (2007). Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. *Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, 4(1), 1–29. <https://doi.org/10.18268/bsgm1908v4n1x1>
- Ruggie, J. G. (2011). Business and Human Rights : The Evolving International Agenda. *The American Journal of International Law*, 101(4), 819–840.
- Ruggie, J. G. (2018). Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy. *Regulation and Governance*, 12(3), 317–333. <https://doi.org/10.1111/rego.12154>
- Salacuse, J. (2010). *The law of investment treaties*. Oxford: Oxford University Press.
- Sanja, D. (2013). Mapping the good faith principle in international investment arbitration: Assessment of its

- substantive and procedural value. *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta, Novi Sad*, 46(3), 207–233.
<https://doi.org/10.5937/zrpfns46-3011>
- Scheffer, D. (2016). Corporate Liability under the Rome Statute. *Harvard Journal of International Law*, 58(2), 34–29 Retrieved from <http://www.harvardilj.org/2016/07/corporate-liability-under-the-rome-statute/>
- Schill, S. W. (2017). Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework. *Journal of International Economic Law*, 20(3), 649–672.
<https://doi.org/10.1093/jiel/jgx023>
- Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316156339>
- Spinova, Hanna, and Kiyvaa Ougate. 2017. “The Effect of FDI on Socio-Economic Development in Developing European Countries.” *Sodrertorn University*.
- Steinberger, H. (2002). Sovereignty. In R. Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Vol. 10/12, pp. 397–407). Amsterdam: North Holland.
- Stoll, P.-T. (2019). International Investment Law and the Rule of Law. *The Law Behind Rule of Law Transfers*, 271–296. <https://doi.org/10.5771/9783845298481-271>
- Stone Sweet, A., & della Cananea, G. (2014). Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez. *NYU Journal of International Law and Politics*, 46:911.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.2435307>
- Tang, H., & Zhang, Y. (2016). Do Multinationals Transfer Culture? Evidence on Female Employment in China. Retrieved from http://economics.harvard.edu/files/economics/files/tang-heiwai_do_multinationals_transfer_culture_gender_china_ec2342_seminar_2-1-17.pdf
- Trasnational Institute. (2012). *Profiting from Injustice*. Retrieved from <https://www.tni.org/en/briefing/profitting-injustice>
- UNCITRAL. (1985). Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General. *United Nations Commission on International Trade Law*, (18th sess25, UN Doc A/CN.9/264).
- UNCTAD. (2003). *United Nations Conference on Trade and Development World Investment Report FDI Policies for Development: National and International Perspectives*. Retrieved from https://unctad.org/en/Docs/wir2003_en.pdf
- UNCTAD. (2015). *United Nations Conference on Trade and Development World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*. New York and Geneva.
- UNCTAD. (2018). *World Investment Report, 2018. Challenge* (Vol. 43).
<https://doi.org/10.1080/05775132.2000.11472157>
- UNCTAD, note issue. (2013). Reforming Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, (June), 1–12.
- United Nations (1998). *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of*

an International Criminal Court (Vol. I).

- Vargas, L. F., Duque, A., Herrera, C., & Ríos, C. (2011). El estado y las multinacionales., *Universidad EAFIT*, 18(18), 125–149.
- Venice Commission. (2011). Report on the Rule of Law (CDL-AD(2011)003rev, (512).
- Wallace, C. D. (1983). Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls. *International Journal of Legal Information*, 11(5–6), 284–286. <https://doi.org/DOI: 10.1017/S0731126500015936>
- Wellman, C., & Altman, A. (2004). A Defense of International Criminal Law. *Philosophy & Public Affairs*, 4, 35–67.
- Wheeler, C. (2018). Re-examining corporate liability at the international criminal court through the lens of the article 15 communication against Chiquita brands international. *Melbourne Journal of International Law*, 19(1), 369–388.
- World Business Council for Sustainable Development. (2000). *Making good business sense*. Retrieved from <http://www.ceads.org.ar/downloads/Making good business sense.pdf>
- Worster, W. T. (2015). Relative International Legal Personality of Non-State Actors. *Brooklyn Journal of International Law*, 42(1). <https://doi.org/10.2139/ssrn.2682444>
- Ziegler, A., & Baumgartner, J. (2015). Good Faith as a General Principle of (International) Law. In M. V. T. Mitchell, Andrew D; Sornarajah (Ed.), *Good Faith and International Economic Law*. Orford: Oxford Scholarship.