





INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS  
INVERSIONES INTERNACIONALES



*Volumen 111 Biblioteca de Arbitraje del*

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Introducción al Derecho de las  
Inversiones Internacionales**

Jorge Luis Collantes González  
Director

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## **INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, octubre 2023  
Tiraje: 500 ejemplares

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

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-09847

ISBN: 978-612-4400-65-0  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

**Jorge Luis Collantes González**

Barcelona (Director)

*Docteur en droit public (UPVD, Francia)*

**Borja Álvarez Sanz**

Barcelona

*LL.M, International Business Regulation,  
Litigation, and Arbitration (IBRLA),  
New York University School of Law  
(Estados Unidos)*

**Clàudia Baró Huelmo**

Ginebra

*LL.M. Public International Law,  
London School of Economics and Political  
Science, LSE (Reino Unido)*

**María Solana Beserman**

Buenos Aires

*Magister Juris, University of Oxford  
(Reino Unido)*

**Luis Bravo Abolafia**

Madrid

*PhD, University of Bologna (Italia) /  
U. de Sevilla (España)*

**Orlando Cabrera Colorado**

México

*Master of Laws, New York University  
School of Law (Estados Unidos)*

**Hugo Cardona**

Madrid

*Master in International Business Law,  
U. Complutense de Madrid (España)*

**Ludovica Chiussi**

Boloña

*PhD, University of Bologna (Italia) /  
Universitetet i Oslo (Noruega)*

**Ana Isabel Fernández Alonso**

Barcelona

*Master in Human Rights & Humanitarian  
Action, Sciences Po (Francia)*

**Ricardo Padilla**

Santiago de Chile

*LL.M, International Dispute Resolution,  
King's College London (Reino Unido)*

**María Florencia Sarmiento**

Ginebra

*PhD, Geneva Graduate Institute (Suiza)*

**Benjamín Silva**

Santiago de Chile

*LL.M, International Dispute Resolution,  
King's College London (Reino Unido)*

**Laura Zinnerman**

Ginebra

*Master of Laws, International Dispute  
Settlement (MIDS) (Suiza)*



## ÍNDICE

Nota del editor	11
Capítulo 1	
El derecho internacional de las inversiones como un sector del derecho internacional público y en evolución <i>Jorge Luis Collantes González</i>	11
Capítulo 2	
Origen y evolución histórica del derecho internacional de protección de inversiones <i>Borja Álvarez Sanz</i> <i>Ana Isabel Fernández Alonso</i>	41
Capítulo 3	
Sujetos y fuentes del derecho internacional de inversiones <i>Luis Bravo Abolafia</i> <i>Ludovica Chiussi Curzi</i>	51
Capítulo 4	
La noción de «inversión» en el derecho internacional <i>Hugo Cardona</i>	73
Capítulo 5	
Naturaleza jurídica del arbitraje de inversión <i>Orlando Federico Cabrera Colorado</i>	97

## Capítulo 6

El consentimiento del Estado anfitrión  
y del inversionista extranjero al arbitraje internacional de inversión 123

*Ricardo Padilla Parot*

*Benjamín Silva Aldana*

## Capítulo 7

Las instituciones arbitrales, el árbitro  
y el principio *compétence de la compétence* 169

*María Florencia Sarmiento*

*Laura Zinnerman*

## Capítulo 8

Transparencia en el arbitraje de las inversiones 193

*María Solana Beserman Balco*

## Capítulo 9

La responsabilidad internacional del Estado  
en el arbitraje de inversión 229

*Clàudia Baró Huelmo*

## NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad, presentamos la obra colectiva titulada *Introducción al Derecho de las Inversiones Internacionales*, dirigida por Jorge Luis Collantes González.

Jorge Luis es un amigo de siempre en las aventuras académicas que emprendemos en la *Biblioteca de Arbitraje* desde el año 2006 y también es, sin duda, la persona que más obras colectivas ha dirigido en la colección, con su inagotable experiencia y conocimiento del mundo académico y profesional en Europa.

Este libro es otra de esas iniciativas, emprendida hace unos dos años, que ahora ve reflejados los esfuerzos de su director y autores con el libro que presentamos, cuyo título ilustra sobre el tema acerca del cual tratan los nueve capítulos de los trece expertos, aporte desinteresado que agradecemos a nombre de nuestros lectores, destinatarios, al fin de cuentas de todo esfuerzo editorial y de nuestro propio Estudio.

Los expertos cuyas contribuciones integran este libro son, en orden de aparición de los trabajos, Jorge Luis Collantes, Borja Álvarez Sanz, Ana Isabel Fernández Alonso, Luis Bravo Abolafia, Ludovica Chiussi, Hugo Cardona, Orlando Cabrera Colorado, Benjamín Silva, Ricardo Padilla, María Florencia Sarmiento, Laura Zinnerman, María Solana Beserman y Clàudia Baró Huelmo.

Es un privilegio para nuestra *Biblioteca de Arbitraje* publicar un volumen de tan alta calidad.

Lima, junio de 2023

Mario Castillo Freyre \*  
*Director de la Biblioteca de Arbitraje*

---

\* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <[www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)>.

instar cualquier reclamación de daños y perjuicios en el momento de formalizar una relación contractual con un Estado.<sup>25</sup>

El objetivo de la teoría Calvo fue preservar la soberanía de los Estados receptores de inversión extranjera ante presiones e injerencias en sus asuntos internos procedentes de los países de origen de tales inversores. Frente a la tesis tradicional que se limitaba a considerar que el Estado anfitrión era responsable de la debilidad de la organización estatal y de la incapacidad para mantener el orden público, por lo que este debía resarcir los daños sufridos, en consecuencia, por los ciudadanos extranjeros, la doctrina Calvo enfatizaba que esa situación refrendaba (e incluso perpetuaba) una situación de privilegio y desigualdad de los extranjeros frente a los propios ciudadanos nacionales.<sup>26</sup>

Ciertamente, a principios del siglo XX, la doctrina Calvo perdió parte de su justificación con la adopción de la Convención Drago-Porter. La posición dominante pasó a ser que los Estados estaban obligados por las normas del derecho internacional, separadas e independientes del derecho nacional de los Estados receptores de inversión.<sup>27</sup> Con todo, tras la Revolución rusa de 1917 se hizo presente nuevamente esta doctrina en el contexto de masivas expropiaciones llevadas a cabo por la Unión Soviética, quien las justificó amparándose en el trato nacional, pues las expropiaciones se llevaron a cabo frente a nacionales y extranjeros sin reconocimiento de derecho a compensación. Uno de los exponentes de dicha controversia fue el arbitraje de Lena Goldfields de 1930, en el que el tribunal exigió a la Unión Soviética el pago de una indemnización al demandante extranjero, basándose en el concepto de enriquecimiento injusto.<sup>28</sup>

En las décadas siguientes, México se hizo igualmente eco de la doctrina Calvo tras la nacionalización de intereses estadounidenses en el negocio agrario y petrolero mexicano, que se produjo en 1938. Esta disputa dio lugar a un intercambio diplomático en el que el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Cordell Hull, escribió una famosa carta a su homólogo mexicano. En esta carta explicaba que las normas del derecho internacional permitían la expropiación de propiedades extranjeras, pero exigían una compensación rápida, adecuada y efectiva, lo que se conoce como «cláusula Hull» (*prompt, adequate and effective compensation*), actualmente presente en una gran parte de los tratados de protección de inversiones. En respuesta al Secretario de Estado, Hull, el Ministro de Asuntos Exteriores de México invocó la doctrina Calvo.<sup>29</sup> La posición mexicana presagió los duros conflictos que tuvieron lugar entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo en las décadas posteriores a la descolonización.

#### e. *Primeras decisiones jurisprudenciales (comisiones mixtas, tribunales y PCIJ)*

Los conflictos mencionados pusieron de relieve la importancia del desarrollo de medios pacíficos de resolución de conflictos, incluido el recurso a los mecanismos de arbitraje internacional. Dichos mecanismos, enfocados —en un principio— en resolver exclusivamente las disputas entre Estados, evolucionaron para dar respuesta a las disputas que surgían de las relaciones entre particulares (personas físicas y jurídicas) nacionales de un Estado y el Estado receptor o anfitrión de la inversión, lo que se justificó, además, en los estrechos límites de la vía de la protección diplomática.

Con base en los tratados de amistad, comercio y negociación, los Estados empezaron a constituir las conocidas como «comisiones de reclamaciones mixtas», a las que cabía presentar reclamaciones tanto por parte de los Estados contratantes (entre sí), como por parte de los nacionales de estos.<sup>30</sup> Estas comisiones contemplaban, incluso, la presentación masiva de reclamaciones de particulares. Sin

<sup>25</sup> CREMADES, Bernardo M. «Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues», 7 *BLI*, pp. 53-44.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> LAIRD, Ian, Giovanna GISMONDI y Borzu SABAH. *Op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>28</sup> VEEDER, John van Vechten. «The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas». *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 47/718, 1998.

<sup>29</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>30</sup> DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 3.

## CAPÍTULO 3

### SUJETOS Y FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

*Luis Bravo Abolafia (PhD) \**  
*Ludovica Chiussi Curzi (PhD) \*\* \*\*\**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Sujetos del derecho internacional de las inversiones.— 2.1. Estados.— 2.1.1. Órganos estatales.— 2.1.2. Entidades estatales.— 2.1.3. Particulares.— 2.2. Inversores.— a) Nacionalidad del inversor persona física.— b) Nacionalidad del inversor persona jurídica.— 2.3. Otros actores.— 2.3.1. Instituciones arbitrales.— 2.3.2. Árbitros.— 2.3.3. Organizaciones internacionales.— 2.3.4. ONG (*amici curiae*).— 3. Fuentes del derecho internacional de inversiones.— 3.1. Tratados.— 3.1.1. Tratados bilaterales de inversión.— 3.1.2. Tratados multilaterales.— 3.1.3. El marco para la solución de controversias en materia de inversión.— 3.2. Derecho internacional consuetudinario.— 3.3. Principios generales de derecho.— 3.4. Fuentes subsidiarias.— 3.4.1. Decisiones.— 3.4.2. Doctrina.— 3.5. *Soft law*.

#### 1. INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho de las inversiones extranjeras requiere, como paso previo, abordar el marco jurídico dentro del que se encuadra esta rama del derecho internacional.

En efecto, el examen de las diversas cuestiones que afectan a esta materia —esto es, por ejemplo, la validez del consentimiento del Estado y el inversor, los estándares de protección de inversiones o las reclamaciones basadas en un contrato o en un tratado, la legitimidad del sistema, entre otras muchas— exige que, previamente, se delimiten los actores participantes en esta disciplina, así como las fuentes del derecho que lo sustentan y regulan. Así, en el presente capítulo se analizarán los sujetos que participan en este ámbito del derecho, y las fuentes del derecho internacional de inversiones.

#### 2. SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

En síntesis, podemos decir que el derecho internacional de las inversiones extranjeras (DII) involucra como actores protagonistas a (i) un Estado soberano, es decir, el Estado anfitrión; y (ii) a un inversionista extranjero, que entran en conflicto en relación con una determinada inversión.

Además, entre los actores que actúan en el marco del derecho internacional, encontramos también otros «sujetos», que son típicamente externos a la relación jurídica litigiosa regulada por el derecho de las inversiones internacionales. Entre estos otros sujetos destacan las instituciones arbitrales, los árbitros, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales.

---

\* PhD, socio de Gamero & Bravo Abogados, Madrid.

\*\* Investigadora y profesora adjunta de derecho internacional. Universidad de Bolonia.

\*\*\* Luis Bravo Abolafia ha redactado los epígrafes 2, 2.1, 2.2. y 2.3; Ludovica Chiussi Curzi ha redactado los epígrafes 3, 3.1, 3.2, 3.3., 3.4, 3.5.

## 2.1. Estados

Dada la historia y el propósito del DII, los Estados, así como definidos por el derecho internacional,<sup>1</sup> ocupan inevitablemente un papel protagonista en esta materia.<sup>2</sup> Esto vale no solamente para el Estado anfitrión (*home State*), sino también para el Estado de nacionalidad del inversor (*host State*). De hecho, aunque el papel del *home State* se ha visto eclipsado por la rápida evolución de derechos procesales y sustantivos autónomos del inversor, los acontecimientos recientes muestran que el Estado de nacionalidad del inversor mantiene un papel importante en la facilitación de los tratados de inversión, así como en la regulación del comportamiento de las personas jurídicas que invierten en el extranjero.<sup>3</sup>

En general, los Estados pueden optar, dentro del ejercicio de su soberanía, por suscribir tratados internacionales sobre protección recíproca de inversiones con otros Estados. Como veremos, estos tratados introducen determinados derechos y obligaciones en relación con las inversiones realizadas por inversores de los Estados parte. En el caso de que se suscriba un tratado de protección recíproca de inversiones, el Estado anfitrión se encontrará obligado a cumplir con las obligaciones previstas en el tratado en cuestión.

Debe notarse que los Estados no se encuentran obligados a admitir inversiones extranjeras en su territorio, es decir, se encuentran facultados para aceptar o rechazar las inversiones extranjeras. Esta aceptación o rechazo constituye un ejercicio de la soberanía estatal. Sin perjuicio de lo anterior, con independencia de que un Estado suscriba o no un tratado de protección recíproca de inversiones, este se encuentra obligado a cumplir con los estándares mínimos previstos en las normas del derecho internacional consuetudinario desde el momento en que admite una inversión extranjera en su territorio.<sup>4</sup>

Sin perjuicio de cuál sea la fuente de obligaciones aplicable a una determinada inversión, la conducta de los Estados y sus organismos puede dar lugar a responsabilidad internacional por incumplimiento de las normas aplicables a la inversión. Lógicamente, la determinación de, si una conducta incurre, efectivamente, en responsabilidad es una cuestión que debe ser enjuiciada con base en el marco jurídico que resulte aplicable en cada caso concreto; es decir, un tratado internacional, el derecho consuetudinario, y los principios generales del derecho.

Bajo el derecho de la responsabilidad internacional, todo Estado que realice un hecho ilícito en perjuicio de otro sujeto de derecho internacional tiene la obligación de reparar el daño causado. Así, toda violación de derecho internacional imputable al Estado sea una omisión o una acción, conlleva que este incurra en responsabilidad internacional.<sup>5</sup> Lo mismo ocurre con el derecho internacional de inversiones, donde se aplican las normas generales sobre responsabilidad del Estado.

En este epígrafe se tratará de delimitar qué organismos estatales son susceptibles de llevar a cabo una conducta que pueda, en su caso, hacer incurrir al Estado en responsabilidad bajo el derecho de las inversiones.

<sup>1</sup> Véase, entre otros, CRAWFORD, J. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, 8.º ed., pp. 117 y ss.; TANZI A. *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*. Padua: CEDAM, 2022, 6.ª ed., pp. 66 y ss; JIMÉNEZ PIERNAS, C. *Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2011.

<sup>2</sup> MILES, K. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

<sup>3</sup> GAZZANI, T. «Beyond Protection: The Role of the Home State in Modern Foreign Investment Law». En *Public Actors in International Investment Law*. YIJI, C. (coord.). European Yearbook of International Economic Law. Springer, 2021, pp.19-36.

<sup>4</sup> DOLZER R., U. KRIEBAUM y C. SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 5.

<sup>5</sup> NACIONES UNIDAS. «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos». *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II, parte 2, 2004.

### 2.1.1. Órganos estatales

Un Estado es responsable por todos sus órganos y unidades territoriales sin importar el nivel o posición de dicho órgano en la organización administrativa de dicho Estado. En este sentido, el artículo 4 del Proyecto de la CDI reza:

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».

El artículo 4 del Proyecto de la CDI establece un criterio estructural, de acuerdo con el cual la violación de una obligación internacional será atribuida al Estado, cuyos órganos hayan cometido dicha violación, con independencia de la función desempeñada por ellos —es decir, ya tenga carácter legislativa, ejecutiva o judicial—. Además, el término «órgano del Estado» comprende todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre.<sup>6</sup>

Esta regla de responsabilidad estatal por las conductas llevadas a cabo por sus órganos ha sido adoptada en diversas decisiones arbitrales. En este sentido, un tribunal arbitral abordó esta cuestión expresándolo en los siguientes términos: «la responsabilidad de los Estados por los actos de sus órganos y subdivisiones políticas está aceptada en el derecho internacional». Además, el laudo dictado por el tribunal señaló que el Proyecto de la CDI constituye la mejor prueba de esa aceptación.<sup>7</sup>

Otros tribunales arbitrales han insistido en esta cuestión al sostener que la conducta de un órgano de un Estado debe ser considerada como un acto de dicho Estado bajo el derecho internacional, cualquiera que sea la posición que tenga el organismo en la organización del Estado.<sup>8</sup>

Por otro lado, también se ha debatido si un Estado es responsable por la conducta cometida por organismos públicos sobre los que pueda no tener un control directo, debido a la organización constitucional de dicho Estado. A este respecto, en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República de Argentina*, el tribunal arbitral afirmó también que «bajo el derecho internacional [...] es una regla bien establecida que las acciones de una subdivisión política de un estado federal [...] son atribuibles al gobierno central. Queda, igualmente, claro que la estructura constitucional interna de un país no puede alterar estas obligaciones».<sup>9</sup>

Es más, el primer informe sobre responsabilidad de los Estados emitido por el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional también confirmó este criterio al sostener que un Estado «no puede basarse en el carácter federal o descentralizado de su constitución para limitar el alcance de sus responsabilidades internacionales». En consecuencia, los actos de provincias, Estados federales y municipalidades también podrán ser atribuidos al Estado de acuerdo con el Proyecto de la CDI.<sup>10</sup>

Nótese que el comportamiento de los órganos del Estado, entendidos de acuerdo con lo establecido por el artículo 4 del Proyecto de la CDI, es considerado como una conducta del Estado si dicho órgano actúa en esa condición, aunque exceda de sus competencias o, incluso, si contraviene

<sup>6</sup> *Ibid.* Artículo 4, párrafo (1); véase CRAWFORD, J. «Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility». ICSID Review, 2010, vol. 25, n.º 1, pp. 127-199; OLLESON, S. «Attribution in Investment Treaty Arbitration». ICSID Review, 2016, vol. 31, pp. 457-483; DE STEFANO, C. *Attribution in International Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

<sup>7</sup> *Azurix Corp. c/ República de Argentina*, 14 de julio de 2006, laudo Caso CIADI n.º ARB/01/12, § 50.

<sup>8</sup> *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c/ Estados Unidos de América*, decisión sobre la objeción de competencia y jurisdicción por parte del demandado, 5 de enero de 2001, laudo Caso CIADI n.º ARB(AF)/98/3, § 47.

<sup>9</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República de Argentina*, 21 noviembre de 2000, laudo Caso CIADI n.º ARB/97/3, § 49.

<sup>10</sup> NACIONES UNIDAS. «Primer informe sobre responsabilidad de los Estados». UNDOC A/CN.4/490/Add. 5, 1998, p. 19.

sus instrucciones.<sup>11</sup> Por lo tanto, los Estados no pueden oponer como defensa frente a una reclamación que las acciones u omisiones cometidas por sus organismos no deberían haberse producido o deberían haber adoptado una forma diferente si dichas entidades hubieran cumplido con las disposiciones de su derecho interno, o si hubieran actuado de acuerdo con las instrucciones recibidas de la administración central del Estado.<sup>12</sup>

### 2.1.2. *Entidades estatales*

En algunos países, las cuestiones normativas y operacionales relativas a las inversiones internacionales no están a cargo del gobierno central, sino de entidades estatales creadas con el propósito de lidiar con inversores extranjeros o con todos los inversores en dicho Estado.

En principio, estas entidades estatales están «separadas» y sus actos no son atribuibles al Estado. Sin embargo, en caso de que concurren ciertos requisitos, resulta posible excluir esta defensa y considerar que el Estado es responsable por la conducta de las referidas entidades.<sup>13</sup>

La posibilidad de que un Estado incurra en responsabilidad por las acciones llevadas a cabo por estas entidades ha sido recogida de forma expresa en el artículo 5 del Proyecto de la CDI, que reza:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

El artículo 5 del Proyecto de la CDI establece un criterio funcional por el cual la violación cometida por una persona o entidad que ejerza el poder público —que no tenga la consideración de órgano estatal— será atribuida al Estado que haya facultado el ejercicio de dicha autoridad estatal.

Esta cuestión ha sido abordada en el del caso *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*. En dicha controversia, los reclamantes solicitaban que se declarara la responsabilidad estatal por la actividad de una compañía pública egipcia. El tribunal arbitral afirmó que, para atribuir responsabilidad al Estado por la conducta de una entidad estatal deben concurrir necesariamente las dos siguientes condiciones: primero, el acto debe ser realizado por una entidad facultada para ejercer elementos de autoridad gubernamental; y, segundo, el acto en sí debe realizarse en el ejercicio de esa autoridad gubernamental. Sobre esta base, el tribunal arbitral concluyó que, aunque la compañía estatal estaba facultada para ejercer elementos de autoridad gubernamental, sus actos frente a los reclamantes no fueron ejecutados en el ejercicio de esa autoridad.<sup>14</sup>

Por último, al igual que sucede con los órganos del Estado, el comportamiento de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público que actúe en esa capacidad es atribuible al Estado aun si la entidad se ha excedido en sus atribuciones o ha contravenido las instrucciones recibidas.<sup>15</sup> Este criterio fue aplicado en el caso *Ioannis Kardassopoulos c/ República Democrática de Georgia*, donde el tribunal arbitral estableció que era indiferente si las entidades estatales actuaron más allá de su autoridad bajo la legislación de Georgia, ya que el artículo 7 del Proyecto de la CDI dicta que, incluso, en los casos en que una entidad estatal actúe *ultra vires*, la conducta en cuestión será imputable al Estado.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Artículo 7 del Proyecto de la CDI; Comentarios al texto del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos: artículo 7(1).

<sup>12</sup> NACIONES UNIDAS. «Responsabilidad de los Estados». *Op. cit.*, artículo 7(2).

<sup>13</sup> DOLZER R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, pp. 322 ss.

<sup>14</sup> *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*, decisión sobre jurisdicción, 16 de junio de 2006, Caso CIADI n.º ARB/04/13.

<sup>15</sup> NACIONES UNIDAS. «Responsabilidad de los Estados». *Op. cit.*, artículo 7, párrafo (1).

<sup>16</sup> *Ioannis Kardassopoulos c/ República Democrática de Georgia*, decisión sobre jurisdicción, 6 de julio de 2007, Caso CIADI n.º ARB/05/18, § 190.

### 2.1.3. Particulares

Junto con las actuaciones que puedan realizar los diferentes órganos del Estado o entidades estatales que se encuentren jurídicamente separadas, también resulta relevante tomar en consideración las actuaciones realizadas por individuos bajo las instrucciones de un Estado. En efecto, también existen situaciones en las que una o varias personas naturales realizan, por la vía de hecho o valiéndose de su posición, actos de naturaleza ilícita bajo la dirección de un Estado. En estos casos, surge la incógnita de si estas actuaciones pueden también dar lugar a responsabilidad estatal.

Al igual que en el caso de las entidades estatales, con carácter general el comportamiento de particulares no es atribuible al Estado de acuerdo con el derecho internacional. Sin embargo, puede haber circunstancias en las que ese comportamiento pueda ser atribuible al Estado. Esta posibilidad de atribución viene determinada por la existencia de una relación de hecho específica entre la persona que realiza la conducta y el Estado.

Este problema ha sido también abordado por el Proyecto de la CDI, cuyo el artículo 8 establece que:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

El artículo 8 del Proyecto de la CDI distingue entre dos conductas similares: (i) aquellas realizadas por particulares que actúan bajo las instrucciones del Estado;<sup>17</sup> y (ii) las llevadas a cabo por particulares bajo la dirección y el control del Estado. En cualquiera de estos casos la actuación de uno o varios individuos podrá ser considerada como un hecho del Estado susceptible de generar responsabilidad.

No obstante, para la adecuada determinación de la responsabilidad estatal originada por particulares resulta necesario delimitar los requisitos que deben ser acreditados. Así, con carácter general, tanto si se trata de un particular que actúa por instrucciones del Estado o bajo su dirección y el control, resulta imprescindible probar la existencia de un vínculo real entre la persona o el grupo de personas que realiza el acto y el aparato del Estado.<sup>18</sup> Por otra parte, a la hora de interpretar los dos supuestos previstos en el artículo 8, debe tenerse en cuenta que la delimitación en cada caso presenta niveles de complejidad diferentes:

El primer supuesto del artículo 8 —es decir, los actos de particulares instruidos por el Estado— es el que ha dado lugar a menores problemas en la práctica. En estos casos, la jurisprudencia internacional ha reconocido que resulta posible atribuir al Estado los actos que han sido, efectivamente, instigados o autorizados por él, sin importar que sean llevados a cabo por particulares.<sup>19</sup>

En cambio, la determinación de si el comportamiento del particular ha tenido lugar «bajo la dirección o el control del Estado» ha planteado mayores problemas. Así, el segundo supuesto de responsabilidad del artículo 8 del Proyecto de la CDI solo será atribuible al Estado, si este dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de esa operación. En cambio, la responsabilidad bajo este supuesto no se genera si la conducta se relacionaba de forma incidental con la operación y queda fuera de la dirección o control del Estado.<sup>20</sup> En este sentido, no basta con que el individuo que realiza la conducta esté controlado por el Estado en términos generales,

<sup>17</sup> NACIONES UNIDAS. «Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones». *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2001, p. 49.

<sup>18</sup> «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos». *Op. cit.*, artículo 8, párrafo (1).

<sup>19</sup> *Ibid.* Artículo 8, párrafo (2).

<sup>20</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. «Responsabilidad de los Estados». *Op. cit.*, p. 49.

sino que debe acreditarse que la operación individualmente considerada, estaba controlada por el Estado y que el acto específico forme parte de la meritada operación.<sup>21</sup>

Los criterios expuestos han sido aplicados en diversos arbitrajes de inversión, como en los casos *Saipem S.p.A. c/ República Popular de Bangladesh*<sup>22</sup> o *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*,<sup>23</sup> en los cuales los tribunales arbitrales establecieron como base para el análisis del fondo de las disputas los criterios contenidos en los artículos 4, 5 y 8 del Proyecto de la CDI. En la práctica, los tribunales han utilizado una combinación de los criterios de estructura, función y control, a los efectos de analizar las conductas llevadas a cabo por entidades estatales que desarrollan diversas funciones.

Por otra parte, además de los criterios de atribución que se han explicado, un Estado también puede ser responsable por actos de entidades si estas tenían la obligación de proteger al inversionista de acciones adversas o lesivas, habiendo omitido esta obligación. En esta situación, la responsabilidad del Estado no surge de la atribución de una conducta, sino, como consecuencia de ignorar una obligación de proteger al inversor que puede surgir como parte de un estándar mínimo internacional en virtud del derecho internacional consuetudinario o sobre la base de una obligación contenida en un tratado de protección de inversiones.<sup>24</sup>

## 2.2. Inversores

El derecho de las inversiones internacionales se originó y diseñó con el objeto de proteger a las actividades de los inversores extranjeros.<sup>25</sup> Los tratados bilaterales de inversión y los otros instrumentos internacionales que se ocupan de la inversión brindan definiciones de a quiénes consideran inversores.<sup>26</sup> El término «inversores» identifica tanto a individuos como a empresas cuyo rasgo común es la presencia del elemento de extranjería respecto del Estado anfitrión.<sup>27</sup> En otras palabras, el Estado de origen de un inversor debe ser diferente al Estado anfitrión. En consecuencia, el elemento de extranjería de un inversor viene determinado por su nacionalidad.

Esta cuestión es de gran relevancia, ya que la nacionalidad del inversor determina los tratados internacionales de los que puede beneficiarse. Así, si un inversor desea invocar un determinado tratado de protección de inversiones, debe cerciorarse que su nacionalidad es la de uno de los Estados parte en dicho tratado.

En términos generales, la nacionalidad puede definirse como el vínculo que une a una persona con un determinado Estado. Así considerada, la nacionalidad conlleva un aspecto jurídico-público, esto es, se configura como un título jurídico de una persona —natural o jurídica— por el que se determina su pertenencia a una organización estatal. Esta circunstancia comporta el ejercicio de los derechos políticos y el goce de determinados privilegios.

La nacionalidad también presenta un aspecto jurídico-privado, siendo uno de los «estados civiles» de la persona. Desde esta perspectiva, se configura como una cualidad de la persona que opera como presupuesto de derechos y obligaciones de derecho privado.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> DOLZER R., KRIEBUAM U. y SCHREUER C. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>22</sup> *Saipem S.p.A. c/ República Popular de Bangladesh*, 30 de junio 2009, laudo Caso CIADI n.º ARB/05/07.

<sup>23</sup> *Jan de Nul NV y Dredging International NV c/ República Árabe de Egipto*, decisión sobre jurisdicción, 16 de junio de 2006, Caso CIADI n.º ARB/04/13.

<sup>24</sup> DOLZER R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, p. 204.

<sup>25</sup> SALACUSE, J. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2021, 3.ª ed.

<sup>26</sup> SCHLEMMER, E. «Investment, Investor, Nationality, and Shareholders». En *The Oxford Handbook of International Investment Law*. MUCHLINSKI, P. (coord.). Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 49-88, p. 50.

<sup>27</sup> ROMANEFFI, A. «Defining Investors». *ICSID Review*, vol. 29, pp. 231-254; DI PIETRO, D y K. CHEUNG. «The Definition of Investors in Investment Treaty Arbitration». En *Handbook of International Investment Treaty Arbitration*, 2021 CHAISE, J et al (coords.). Springer, pp. 45-79.

<sup>28</sup> BLANCO LÓPEZ, J. «La Nacionalidad Española». En *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Parte sustantiva, tomo I. MONJE, Ó. (coord.). Dykinson, 2011, pp. 661-673.

En este sentido, la nacionalidad en el ámbito del derecho de las inversiones tiene relevancia como vínculo tradicionalmente utilizado por las normas internacionales, destinado a proteger las inversiones realizadas en países extranjeros por personas o empresas.<sup>29</sup>

Vista la importancia de la nacionalidad a los efectos de determinar las normas internacionales de protección de inversiones a las que puede acogerse un inversor, resulta esencial establecer los criterios para su determinación en cada supuesto.

#### a) Nacionalidad del inversor persona física

No existen principios de derecho internacional aplicables a la determinación de la nacionalidad de un individuo. Esta depende de la legislación nacional del Estado cuya nacionalidad se reclama.<sup>30</sup> Así, para establecer la nacionalidad de una persona física habrá de acudirse, ante todo, a las normas internas de dicho Estado.

No obstante, a la vista de que se trata de una cuestión de derecho nacional, en la mayoría de los casos, el tribunal internacional que enjuicie una controversia de derecho de inversión se verá obligado a valorar si la prueba presentada acredita el cumplimiento de los requisitos sobre nacionalidad previstos en el derecho nacional en cuestión.

A este respecto, un certificado de nacionalidad constituye prueba sólida de la nacionalidad de la persona natural, pero no establece una presunción *iure et de iure*.<sup>31</sup>

El caso *Soufraki c/ UAE* proporciona un ejemplo de un caso en el que el tribunal tuvo que valorar la importancia de un certificado de nacionalidad. En esta controversia, el inversor aportó diversos certificados de nacionalidad italiana como forma de acreditar su nacionalidad. Sin embargo, el tribunal determinó que *Soufraki* había perdido dicha nacionalidad al haber adquirido posteriormente la nacionalidad canadiense, lo que era un hecho desconocido para las autoridades italianas. Por este motivo, el inversor no podía invocar el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Italia y UAE.<sup>32</sup>

En vista de lo anterior, debe tenerse presente que la nacionalidad de un inversor se determina de forma objetiva. Así, aunque existan pruebas que establezcan una presunción en favor de una determinada nacionalidad, ello no constituye una prueba definitiva.<sup>33</sup>

Por otra parte, no puede olvidarse que los inversores que poseen la nacionalidad del Estado anfitrión se ven impedidos de presentar reclamaciones contra ese Estado mediante el mecanismo del arbitraje de inversión, ya que no se cumple el requisito de extranjería previsto en el ámbito de aplicación de los tratados de protección de inversiones. Es importante tener en cuenta que esta condición también se aplica a los inversores con doble nacionalidad cuando una de las dos nacionalidades es la del Estado anfitrión, incluso, si no es su nacionalidad principal.

Esta situación fue enjuiciada en el caso *Champion Trading c/ Egipto*, donde el tribunal concluyó que los inversores tenían tanto la nacionalidad estadounidense como la egipcia. Por este motivo, resolvió que el Convenio de CIADI no podían ser invocados por los inversores demandantes frente a Egipto.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> ACCONCI, P. «Determining the Internationally Relevant Link Between a State and a Corporate Investor: Recent Trends Concerning the Application of the Genuine Link Tests». *Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.º 1, pp. 139-175.

<sup>30</sup> Artículo 1 del Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad. La Haya, 12 de abril de 1930.

<sup>31</sup> DOLZER R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>32</sup> *Soufraki c/ Emiratos Arabes Unidos*, 7 de julio de 2004, laudo Caso CIADI ARB/02/7.

<sup>33</sup> DOLZER, R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>34</sup> *Champion Trading c/ Egipto*, decisión sobre jurisdicción, 21 de octubre de 2003, Caso CIADI ARB/02/9, p. 17.

### b) *Nacionalidad del inversor persona jurídica*

La cuestión de la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas resulta mucho más compleja que la de las personas físicas. Esto se debe, fundamentalmente, a la diversidad de criterios aplicables que pueden encontrarse en los tratados de protección de inversiones. En efecto, mientras que el criterio de determinación de la nacionalidad de las personas físicas resulta bastante estable y previsible, no sucede lo mismo con las personas jurídicas. Así, para determinar la nacionalidad del inversor persona jurídica, resulta necesario atender a la definición específica estipulada en el Tratado de Protección de inversiones que resulte aplicable.

La dificultad, en este caso, deriva de la disparidad y heterogeneidad de los criterios fijados en cada tratado para determinar la nacionalidad de los inversores. Es más, varios tratados, incluso, regulan la aplicación combinada de varios criterios —cumulativos o alternativos— para establecer la nacionalidad de un inversor persona jurídica.

Dicho lo anterior, la mayoría de los convenios de protección de inversiones estipulan que el lugar de constitución de la persona jurídica y el lugar de la sede principal del negocio son los criterios más utilizados para atribuir la nacionalidad a un inversor.<sup>35</sup> Así, algunos tratados se inclinan a favor del criterio del lugar en el que fue constituida la sociedad mientras que otros requieren que la sede del negocio se encuentre en uno de los Estados parte del tratado en cuestión. Por su parte, otros convenios requieren ambos requisitos de forma conjunta.

Además de los dos criterios más habituales indicados, algunos tratados exigen la existencia de un vínculo de «importancia económica» entre la sociedad inversora y el Estado cuya nacionalidad se reclama. Este vínculo puede consistir en el control efectivo de la sociedad por parte de los nacionales del Estado o en que la actividad económica de la empresa se realice de forma efectiva en el Estado en cuestión.

Así, ante la diversidad de criterios aplicables para determinar la nacionalidad de un inversor persona jurídica, podemos concluir que, a los efectos de determinar el criterio de conexión aplicable, se hace imprescindible atender en cada caso a lo expresamente previsto en el Tratado de Protección de Inversiones que se pretenda invocar.

Por último, debe tenerse en cuenta que la nacionalidad presupone la existencia de personalidad jurídica. Por tanto, y en principio, las entidades y agrupaciones que no tengan personalidad jurídica no gozarán de protección en los tratados. No obstante, no puede obviarse que también resulta posible que un tratado establezca una regla diferente. Así sucede, por ejemplo, en el caso del Tratado para la Protección de Inversiones entre Argentina y Alemania, cuyo artículo 1.4 establece que el término «sociedades» «designa todas las personas jurídicas, así como todas las sociedades comerciales y demás sociedades o asociaciones con o sin personería jurídica [...]».<sup>36</sup>

### 2.3. *Otros actores*

Si bien los sujetos principales en el derecho de las inversiones son los Estados y los inversores, debe tenerse en cuenta que existen otros actores que también juegan un papel importante en este ámbito. Entre estos participantes pueden citarse (i) las instituciones arbitrales, (ii) los árbitros, (iii) las organizaciones internacionales, o (iv) la figura del *amicus curiae*.

<sup>35</sup> DOLZER R., U. KRIEBUAM y C. SCHREUER. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>36</sup> Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, adoptado el 9 abril 1991, entrado en vigor el 8 noviembre 1993.

### 2.3.1. *Instituciones arbitrales*

En función de la forma en la que se administran, los procedimientos arbitrales pueden ser divididos en arbitrajes *ad hoc* y arbitrajes institucionales. Los arbitrajes *ad hoc* son procedimientos íntegramente administrados por las partes —contando con apoyo judicial, de ser necesario— y, tras la designación de la formación arbitral, por los árbitros. En cambio, en los arbitrajes institucionales es un centro de arbitraje designado por las partes quien se encarga de las tareas de administración el procedimiento.

El papel de las instituciones arbitrales puede variar en función del reglamento arbitral que resulte aplicable para la tramitación de las disputas que se susciten. No obstante, la institución arbitral no tiene potestad decisoria alguna en lo que respecta al fondo de la controversia, que siempre recaerá sobre la formación arbitral.

La función de las instituciones arbitrales consiste, fundamentalmente, en facilitar la conducción eficiente del procedimiento y en solventar las posibles situaciones de bloqueo que puedan sobrevenir a falta de acuerdo de las partes. En particular, su papel resulta especialmente útil en lo referido al emplazamiento y notificación de las partes, la asistencia en la constitución del tribunal arbitral, la sustitución o recusación de los árbitros o la supervisión del correcto desarrollo del proceso arbitral.

Entre las principales instituciones arbitrales existentes en el ámbito del derecho de las inversiones internacionales pueden destacarse el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* del Banco Mundial («CIADI», en sus siglas en español) y la *Corte Permanente de Arbitraje* («CPA»). Estas instituciones son designadas de forma habitual en diversos tratados de protección de inversiones extranjeras como los centros arbitrales encargados de administrar los arbitrajes que se susciten.

El arbitraje es utilizado a menudo como el método preferente de resolución de las controversias en las relaciones entre inversores y Estados debido a que pone en manos de un tercero independiente la resolución del conflicto. En efecto, siendo el objetivo del derecho de las inversiones internacionales crear un conjunto de garantías que proporcionen seguridad jurídica a los inversores internacionales, resultaría paradójico dejar la resolución de una disputa inversionista-Estado a los tribunales estatales.<sup>37</sup>

### 2.3.2. *Árbitros*

Los árbitros son personas físicas a los que las partes acuerdan someter el enjuiciamiento y decisión de las controversias derivadas de una determinada relación jurídica. Las partes gozan de libertad para fijar el número de árbitros encargados de resolver la controversia y participan normalmente en el nombramiento de las personas que ocuparán tal posición.

Los árbitros se encuentran obligados a cumplir con ciertas obligaciones, entre las que se encuentran, lógicamente, las de cumplir el encargo con la debida diligencia y de buena fe. Además, una de sus obligaciones centrales es la de ser y permanecer independientes e imparciales hasta su cese. Así, el hecho de que las partes puedan participar en su nombramiento no afecta en modo alguno al cumplimiento de este requisito, que se erige como la condición fundamental que todo árbitro debe cumplir para poder realizar su encargo.<sup>38</sup>

Ante la importancia de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, las instituciones arbitrales cuentan con procedimientos y mecanismos previstos en sus reglamentos que permiten a las partes recusar a los árbitros que no cumplan con los estándares exigidos de imparcialidad e independencia.

<sup>37</sup> GLADSTONE J. y A. KIRKPATRICK. «The Contribution of International Organizations to Investment Arbitration: Responding in Times of Crisis». *Manchester Journal of International Economic Law*, 2016, vol. 13, n.º 3, pp. 293-313, p. 295.

<sup>38</sup> ALONSO, J.M. «Árbitros, nombramiento y recusación». En *Memento Arbitraje 2020-2021*, ALONSO, J.M. y V. BONNÍN (coords.). Lefebvre, 2020.

Es importante tener en cuenta que, en el desarrollo de sus funciones, los árbitros no solamente son susceptibles de incurrir en responsabilidad civil, sino que su actuación también puede dar lugar a responsabilidades en los ámbitos penal, administrativo o disciplinario.<sup>39</sup>

### 2.3.3. Organizaciones internacionales

Las organizaciones internacionales (las «OI») no se definirían *strictu sensu* como un sujeto del derecho de las inversiones internacionales, dado que su participación podría ser descrita como «indirecta». Las OI no forman parte de los procedimientos de resolución de disputas ni en el rol de parte —actora o demandada— ni en el de administrador del procedimiento o de órgano decisor. En cambio, su papel sí tiene un impacto relevante en el ámbito del derecho de las inversiones internacionales en la medida en la que pueden establecer normas especiales que favorezcan o restrinjan determinados estándares de protección o mecanismos de resolución de disputas. Un caso especial dentro de esta categoría es el de la Unión Europea.

De conformidad con los Tratados UE, la Unión cuenta con un derecho propio promulgado de acuerdo con las normas establecidas en los dos tratados internacionales mencionados. Así, este ordenamiento jurídico propio es autónomo e independiente del derecho de los Estados miembros. Bajo el «principio de primacía», las normas aprobadas por las instituciones de la Unión Europea en las materias atribuidas en los tratados fundacionales gozan de superioridad sobre los derechos nacionales de sus Estados miembros.

En el año 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió una decisión en el llamado caso *Achmea* que ha alterado radicalmente el funcionamiento del arbitraje de inversión en el ámbito intra-europeo. En esta sentencia, el TJUE concluyó en primer lugar que, en la resolución de arbitrajes de inversión entre partes europeas, podía suceder que los tribunales arbitrales interpretaran o aplicaran el derecho europeo. En segundo lugar, el TJUE consideró también que los árbitros no estaban facultados para plantear cuestiones prejudiciales al TJUE a los efectos de solicitar una interpretación del derecho europeo por parte de este tribunal debido a que estos no tenían la condición de órganos jurisdiccionales.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, el TJUE resolvió que existía riesgo de que los tribunales arbitrales interpretaran el derecho europeo de forma no uniforme. Por todo ello, el TJUE concluyó que el arbitraje de inversiones en el ámbito intra-europeo resultaba contrario al derecho de la Unión Europea.<sup>40</sup> A esta decisión le ha seguido otra sobre la incompatibilidad entre la legislación de la UE y los litigios intracomunitarios en virtud del Tratado de la Carta de la Energía.<sup>41</sup>

Aunque los pormenores de estas sentencias del TJUE y el impacto en el ámbito del arbitraje de inversión requieren de un estudio en profundidad, a los efectos de este capítulo resulta suficiente destacar el papel que juegan o pueden jugar las OI en el ámbito del derecho de las inversiones internacionales. A este respecto, cabe destacar que la Comisión Europea sigue presentando *amici curiae* en los arbitrajes de inversión entre los Estados miembros de la UE, destacando la incompatibilidad del arbitraje intracomunitario con la legislación de la UE.

### 2.3.4. ONG (*amicus curiae*)

En general, el *amicus curiae*, como herramienta de grande utilidad en el proceso jurisdiccional y arbitral, ayuda a mejorar el nivel de transparencia en los procesos judiciales y arbitrales, especialmente, en

<sup>39</sup> DE BRABANDERE, E. «Investment Treaty Arbitration as Public International Law». Cambridge: Cambridge University Press, pp. 73-121; GONZÁLEZ-SORIA, J. y M. DE LA SANTA. «Las responsabilidades de los árbitros». *Revista de Derecho UNED*, 2015, n.º 17, p. 869.

<sup>40</sup> *República Eslovaca c/ Achmea BV*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de marzo de 2018, Asunto C-284/16, EU:C:2018:158.

<sup>41</sup> *República de Moldova c/ Komstroy LLC*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de septiembre 2021, Asunto C-741/19, EU:C:2021:655.

aquellos casos donde se encuentra comprometido el interés público o exista una trascendencia social que supere las particularidades del caso concreto.<sup>42</sup>

El arbitraje ha sido tradicionalmente un método de resolución de conflictos de carácter privado y confidencial, fruto de su naturaleza *inter-partes*. No obstante, la utilización del arbitraje en el ámbito del derecho de las inversiones —donde los Estados tienen el papel de actores principales— ha tenido como consecuencia que las controversias que se resuelven mediante este sistema afecten o puedan afectar eventualmente a intereses públicos que se extienden más allá de las partes en contienda.<sup>43</sup>

Así, el arbitraje de inversión ha contribuido a fomentar la participación de terceros que tengan un interés legítimo en la disputa como participantes en el procedimiento arbitral. Esta participación se ha introducido mediante la figura del *amicus curiae*, permitiendo que estos terceros presenten opiniones de trascendencia para el enjuiciamiento de la controversia durante la tramitación del procedimiento.<sup>44</sup>

La admisión del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión ha tenido lugar mediante la clarificación del alcance del mandato de los árbitros en los reglamentos de arbitraje y en tratados de protección de inversiones. Estos textos también han regulado las condiciones necesarias para la admisión de esta figura. La cuestión de la admisión o no del *amicus curiae* ha sido discutida en diversas decisiones que se han pronunciado a favor y en contra de la figura. De un lado, en el caso *Aguas del Tunari, S.A. c/ República de Bolivia*,<sup>45</sup> el tribunal arbitral decidió que no tenía competencia para autorizar la participación de una ONG en el procedimiento debido a que las partes no habían mostrado su consentimiento a este respecto.

Por otro lado, otras decisiones arbitrales se han mostrado favorables a permitir la intervención de estos terceros en el proceso. En el caso *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. c/ República Argentina* el tribunal arbitral sostuvo que, de acuerdo con el artículo 44 del Convenio del CIADI, el tribunal arbitral estaba facultado para resolver «cuestiones de procedimiento» que no se abordan en dicho Convenio o en las reglas aplicables. Así, el tribunal concluyó que la admisión de un *amicus curiae* «estaría comprendida en esta definición de cuestión de procedimiento, pues puede considerarse que es una medida tendiente a ayudar al tribunal a cumplir su labor fundamental de adoptar una decisión correcta en el presente caso».<sup>46</sup> Además, en el caso *United Parcel Service of America Inc. c/ Gobierno de Canadá* la formación arbitral admitió también la participación del *amicus curiae*, debido a que consideró acreditada la existencia de un interés público.<sup>47</sup> Por su parte, otras decisiones relevantes, como la acontecida en el caso *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina* han admitido la figura del *amicus curiae* debido a los efectos beneficiosos que provoca por el incremento de la transparencia en el procedimiento.<sup>48</sup>

Algunos reglamentos de arbitraje de inversión han admitido expresamente la figura del *amicus curiae*, regulando las condiciones para su participación. El ejemplo más destacable, probablemente, se encuentre en el artículo 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las cuales establecen que, tras consultar a las partes, tribunal arbitral puede permitir que una parte no contendiente en el procedi-

<sup>42</sup> SANDS, P. y MACKENZIE R. «International Courts and Tribunals: *Amici Curiae*». *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

<sup>43</sup> BORNE, G. y S. FORREST. «Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration». *ICSID Review*, 2019, vol. 34, n.º 3, pp. 626-665.

<sup>44</sup> EL-HOSSENY, F. *Civil Society in Investment Treaty Arbitration: Status and Prospects*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2018; BALTAG, C. «The Role of *Amici Curiae* in Light of Recent Developments in Investment Treaty Arbitration: Legitimizing the System?». *ICSID Review*, 2020, vol. 35, n.º 1-2, pp. 279-310.

<sup>45</sup> *Aguas del Tunari, S.A. c/ República de Bolivia*, decisión sobre jurisdicción, 21 de octubre 2005. Caso CIADI n.º ARB/02/3.

<sup>46</sup> *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. c/ República Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/03/17, laudo de 17 de marzo de 2006.

<sup>47</sup> *United Parcel Service of America Inc. vs. Gobierno de Canadá*, decisión del Tribunal sobre Peticiones de Intervenciones y Participación como *Amici Curiae*. Caso CIADI UNCT/02/01, § 70.

<sup>48</sup> *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina*, resolución en respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. Caso CIADI n.º ARB/03/19, § 22.

miento formule una presentación escrita ante el tribunal relativa a cuestiones vinculadas con la controversia, considerando si esta presentación (i) ayudaría al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho, (ii) contiene una cuestión dentro del ámbito del procedimiento, y (iii) si la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

Por otro lado, el artículo 4.1 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un tratado también prevé que, tras consultar con las partes litigantes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio.

### 3. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El DII, como subcampo del derecho internacional público, se compone del derecho internacional general, de normas más específicas del derecho internacional de la economía, y de normas distintas propias de la protección de las inversiones.<sup>49</sup>

Además, el derecho del Estado anfitrión puede ser relevante, en función de las circunstancias de cada caso. A pesar de las peculiaridades del DII,<sup>50</sup> esta rama del derecho se basa en las fuentes del derecho internacional, tal como se establece en el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho.<sup>51</sup> Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, en cuanto fuentes auxiliares bajo el artículo 38(2), juegan también un papel en este sector del derecho internacional.<sup>52</sup> Por último, el *soft law*, a pesar de no ser formalmente fuente del derecho internacional, representa una herramienta importante tanto a nivel procesal, como en la relación entre el DII y otras ramas del derecho internacional, es decir, los derechos humanos y el derecho del medio ambiente.

#### 3.1. *Tratados*

La protección jurídica de la inversión extranjera directa en el marco del derecho internacional público está garantizada principalmente por los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII). Dado que todavía no existe un tratado global único en materia de inversiones,<sup>53</sup> el DII se define principalmente en más de 3.000 AII adoptados por dos o más Estados, y que se rigen por el derecho internacional público.<sup>54</sup> Los AII son tratados celebrados entre Estados, que rigen su conducta respectiva en su calidad de Estados receptores, frente a los inversores de otros Estados parte. Aunque los tratados son adoptados por los Estados, son los inversores nacionales de cada parte en el tratado, los destinatarios finales de los derechos contenidos en dichos instrumentos. Estos últimos, que sean bilaterales o multilaterales, crean un marco en el que el Estado puede ejercer sus poderes, garantizando que no los utilizará de manera abusiva, discriminatoria o arbitraria.

De hecho, en virtud de los AII, los Estados parte se comprometen a proporcionar un cierto grado de protección a los inversores que son nacionales de los Estados contratantes, y a sus inversio-

<sup>49</sup> ÁLVAREZ, J. «The Public International Law Regime Governing International Investments». *Récueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 2011, vol. 344; HIRSCH, M. «Sources of International Investment Law». En *International Investment Law and Soft Law*. BJORKLUND, A y A. REINISCH (coords.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 9-38; COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. «Orígenes, desarrollo y fuentes del derecho internacional económico y de las inversiones internacionales». En *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*. COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (coord.). Lima: Mario Castillo Freyre, 2009, pp. 39 ss; RADI, Y. *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

<sup>50</sup> VADI, V. *Analogies in International Investment Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

<sup>51</sup> BARBERIS, J. *Fuentes del derecho internacional*. La Plata: Editoria Platense, 1973; THIRLWAY, H. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, 2.<sup>a</sup> ed.

<sup>52</sup> GRISEL, F. «The Sources of Foreign Investment Law». En *The Foundations of International Investment Law. Bridging Theory into Practices*. DOUGLAS, Z. et al. (coord.). Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 212-233.

<sup>53</sup> MUCHLINSKI, P. «The Rise and Fall of Multilateral Agreement on Investment: Where Now?». *The International Lawyer*, vol. 34, n.º 3, pp. 1033-1053.

<sup>54</sup> UNCTAD. «World Investment Report», 2022, p. 65.

nes. Dicha protección suele incluir la indemnización en caso de expropiación, un trato justo y equitativo, la no discriminación y plena protección y seguridad. Además, los AII brindan tanto protección sustantiva como el derecho a recurrir al arbitraje internacional.

Cabe destacar que los Acuerdos de Protección de Inversiones de última generación incluyen disposiciones sobre transparencia, responsabilidad social corporativa (RSC), derechos humanos y laborales, y protección medioambiental, a fin de progresar en los derechos sociales y de avanzar hacia el objetivo de una economía sostenible. Esto refleja la urgente necesidad de reequilibrar los derechos y obligaciones de los inversores, y de asegurarse de que estos últimos cumplen con las normas internacionales de derechos humanos y medioambientales.<sup>55</sup>

### 3.1.1. *Tratados bilaterales de inversión*

Los orígenes del derecho internacional de las inversiones se encuentran en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, adoptados ya a finales del siglo XVIII para regular las relaciones comerciales entre dos Estados, con una parte dedicada a la protección de las inversiones.<sup>56</sup> Los años 1950, con la adopción del tratado bilateral entre Alemania y Pakistán,<sup>57</sup> marcan el rápido desarrollo de los tratados bilaterales de inversión (TBI).

Un TBI puede definirse como un acuerdo entre dos Estados para la promoción y protección de las inversiones de los inversores de un Estado («Estado de origen») en el territorio del otro Estado («Estado anfitrión»). En el pasado, los TBI solían celebrarse entre Estados exportadores de capital, o países desarrollados y Estados importadores de capital, o países en desarrollo. El paradigma de los TBI de exportación/importación de capital ha cambiado drásticamente en los últimos años y los Estados en desarrollo están negociando cada vez más tratados entre ellos.

Los TBI constituyen una de las principales herramientas para establecer un compendio más o menos uniforme de reglas destinadas a la protección de los inversores nacionales de un Estado contratante en otro Estado contratante.<sup>58</sup> Una serie de países han adoptado modelos de TBI, que son esencialmente modelos de los tipos de disposiciones que estos países tratan de incluir en sus TBI. La mayoría de los TBI contienen disposiciones similares y suelen constar de tres partes. La primera parte, que contiene el ámbito de aplicación del tratado, ofrece definiciones importantes, como las de «inversión» e «inversor», con el objeto de aclarar la naturaleza de la actividad comercial que pretende cubrir.<sup>59</sup> El inversor es normalmente definido como nacional de cualquiera de los Estados parte contratantes, algunos de ellos incluyen también otros aspectos como la residencia permanente en un Estado parte contratante en relación con las personas físicas.

La segunda parte consiste en normas sustantivas para la protección de las inversiones y los inversores. Los TBI suelen contener una disposición sobre la admisión de inversiones, una garantía de trato justo y equitativo (TJE), una garantía de protección y seguridad plenas (PSP), una garantía contra el trato arbitrario y discriminatorio, una garantía de trato nacional y una garantía de trato de

<sup>55</sup> DHANANJAY, R. y S. JOSHI GURPUR. «The Silent Spring of Human Rights in Investment Arbitration: Jurisprudence Constante through Case-Law Trajectory». *Arbitration International*, 2020, vol. 35, n.º 4, pp. 557-570; BALCERZAK, F. *Investor-State Arbitration and Human Rights*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2017; DE BRABANDERE, E. «Human rights and international investment law». En *Research Handbook on Foreign Direct Investment*. KRAJEWSKI, M. y R.T. HOFFMANN (coords.). Cheltenham, Edward Elgar, 2019.

<sup>56</sup> PAULUS, A. «*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*». Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, 2011; ALSHARANI, S. «What should we know about the Origins of International Investment Law». *International Journal of Legal Information* 2020, vol. 48, n.º 3, pp. 121-131; BRAY, H. «Understanding Change: Evolution from International Claims Commissions to Investment Treaty Arbitration». En *International Investment Law and History*. SCHILL, S. et al. (coord.). Cheltenham: Edward Elgar, pp. 102-136.

<sup>57</sup> Tratado entre Pakistán y República Federal de Alemania para la Promoción y la Protección de Inversiones, adoptado el 25 de noviembre de 1959, entrado en vigor el 28 de abril de 1962; véase ALSHARANI, S. «What should we know about the Origins of International Investment Law?». *International Journal of Legal Information*, 2020, vol. 4, n.º 3, pp. 122-131.

<sup>58</sup> Véase GAZZINI, T. «Bilateral Investment Treaties». En *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. GAZZINI T. y E. DE BRABANDERE (coords.). Leiden-Boston: Brill Nijhoff, pp. 99-132.

<sup>59</sup> *Id.* MAURO, M. R. *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*. Torino: Giappichelli, 2003.

nación más favorecida (cláusula NMF), garantías en caso de expropiación y garantías relativas a la libre transferencia de pagos.

La tercera parte trata de la solución de controversias. Los TBI comprenden dos disposiciones separadas sobre la resolución de controversias. Una prevé el arbitraje en caso de controversias entre el Estado anfitrión y los inversores extranjeros (arbitraje inversor-Estado). La mayor parte de los TBI contienen el consentimiento previo de los dos Estados para el arbitraje internacional con los inversores del otro Estado parte, ya sea ante un tribunal del CIADI o mediante alguna otra forma de arbitraje. La otra disposición sobre solución de controversias en los TBI prevé el arbitraje entre los dos Estados parte del tratado (arbitraje Estado-Estado). Mientras que el arbitraje inversor-Estado en el marco de los TBI es muy común, el arbitraje Estado-Estado es menos frecuente.

### 3.1.2. *Tratados multilaterales*

A la red actual de más de 3000 TBI, se suman una serie de tratados multilaterales de libre comercio a nivel regional y tratados sectoriales. A partir del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),<sup>60</sup> los Estados han celebrado amplios acuerdos de cooperación económica. Los capítulos de estos tratados sobre la regulación y protección de las inversiones extranjeras suelen ser más elaborados que los TBI; y, a menudo, contienen disposiciones más innovadoras. En la actualidad, los tratados de libre comercio se están llevando a cabo a un ritmo más rápido que los TBI, lo que posiblemente refleja la tendencia a una integración económica en ámbitos como el comercio, la propiedad intelectual y las inversiones.<sup>61</sup>

El TLCAN, celebrado en 1994 entre Canadá, Estados Unidos y México, abordaba el comercio y la inversión, en general, con el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, personas e inversiones extranjeras. El capítulo de inversiones del TLCAN pretendía establecer un entorno seguro para las inversiones mediante normas sobre el trato justo, la eliminación o liberalización de las restricciones existentes en materia de inversión, y un medio eficaz para la resolución de controversias. En la práctica, las normas sobre expropiación y sobre el «nivel mínimo de trato» han recibido la mayor atención. En materia de solución de controversias, bajo el capítulo 11 del TLCAN un inversionista podía iniciar arbitraje contra el Estado parte conforme a las Reglas de Arbitraje CIADI o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La entrada en vigor del TLCAN coincidió con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que, por primera vez, incorporó al régimen comercial internacional el comercio de servicios y las medidas de inversión que podían obstaculizar el comercio, mediante el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (ADMIC). El AGCS proporcionaba el marco legal para que los miembros de la OMC se comprometieran en la liberalización preferencial del comercio de servicios, en particular mediante el establecimiento de presencia comercial en el país socio (modo 3) con el objetivo de prestar servicios. El TRIMS no regulaba la inversión, sino que abordaba las medidas de inversión que podían distorsionar el comercio.

Tras la negociación del TLCAN y la entrada en vigor del AGCS, los Estados empezaron a incorporar cada vez más en sus acuerdos un amplio conjunto de disposiciones sobre inversiones. Muchos acuerdos que liberalizan el comercio de servicios tienen un capítulo de inversión distinto que amplía la cobertura de la inversión y regula un marco de inversión más amplio que se aplica a los bienes, los servicios y la propiedad intelectual y, según de cómo se defina la inversión, a la inversión de cartera.

---

<sup>60</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), adoptado el 19 diciembre de 1992 y entrado en vigor el 1 de enero de 1994.

<sup>61</sup> Véase *Handbook of Deep Trade Agreements*. Washington: World Bank, 2020.

El desarrollo de grandes negociaciones «mega-regionales» describe una tendencia del derecho comercial internacional a negociar acuerdos de libre comercio entre países que abarcan una parte considerable del comercio mundial. Un ejemplo es la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión («TTIP») entre Estados Unidos y la Unión Europea, aunque las negociaciones relativas a ella han estado inactivas desde 2017. Otros ejemplos incluyen la Asociación Económica Integral Regional entre los miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y de Asia y el Pacífico (es decir, Australia, China, India, Japón, Corea y Nueva Zelanda),<sup>62</sup> y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE («CETA» ).<sup>63</sup>

En 2020, el TLCAN fue sustituido por el Tratado Estados Unidos-México-Canadá (T-MEC).<sup>64</sup> El T-MEC cubre los estándares habituales de protección, con exclusión de la violación de la norma FET y la expropiación indirecta. Canadá no es parte del mecanismo de resolución de controversias entre inversionista y Estado contemplado por el T-MEC. Esto significa que toda disputa respecto a una inversión de empresas canadienses en México o Estados Unidos, así como de empresas mexicanas o estadounidenses en Canadá, tendrá que ser resuelta mediante otros mecanismos. Entre Canadá y Estados Unidos las controversias tendrán que ser llevadas ante las cortes judiciales de dichos países. Las controversias entre México y Canadá están sujetas a las disposiciones de arbitraje de inversión del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.<sup>65</sup> Dicho acuerdo comercial involucra a 11 países, y entre sus objetivos se cuenta promover la integración económica, establecer marcos legales predecibles para el comercio, facilitar el comercio regional o promover el desarrollo sostenible.

Entre los tratados multilaterales se destaca también el Tratado de la Carta de la Energía (TCE).<sup>66</sup> El TCE surgió de una iniciativa europea al final de la Guerra Fría, con el objetivo de facilitar la cooperación en el sector energético entre los Estados europeos, por un lado; y Rusia y los nuevos Estados de Europa del Este y Asia Central, por otro, en el sector energético. El TCE cuenta con 53 signatarios, incluida la Unión Europea.

La tercera parte del TCE se dedica específicamente a las inversiones en el sector energético. Los derechos sustantivos protegidos por el TCE incluyen el trato justo y equitativo, el estándar de protección, el trato nacional y trato de nación más favorecida y la protección contra la expropiación. Bajo el artículo 26 TCE, las partes contratantes dan su consentimiento a someter las controversias que surjan entre una parte contratante y un inversor de otra parte contratante a un arbitraje internacional. Un inversor que opte por acudir a un arbitraje internacional puede someter su controversia a un tribunal constituido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, del CIADI o del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Con el paso del tiempo y el creciente uso del TCE como base para el arbitraje internacional, las partes y el objeto de los arbitrajes del TCE han evolucionado. Mientras que en los primeros casos se presentaban frecuentemente reclamaciones contra Estados de Europa central y oriental, en los últimos años el enfoque ha cambiado y se han iniciado un gran número de casos contra Estados de Europa occidental. Los casos más recientes han tenido origen en supuestos defectos o cambios en los marcos normativos que fomentan el desarrollo de las energías renovables.

Actualmente, se está negociando una versión «modernizada» del TCE, con el objetivo de aclarar el papel de la solución de diferencias entre inversores y Estados dentro de la UE (ISDS), a la luz de las decisiones de la CJUE en *Achmea* y *Komstroy*, e introducir una mayor transparencia en los procedimientos ISDS. Además, una de las principales finalidades es garantizar que el TCE refleje los objetivos

---

<sup>62</sup> Asociación Económica Integral Regional, adoptado el 15 de noviembre 2020, entrado en vigor el 1 de enero 2022.

<sup>63</sup> BURGENBERG, M. y REINISCH A. *CETA Investment Law*. Londres: Bloomsbury, 2018.

<sup>64</sup> Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá, adoptado el 30 de noviembre 2018 y entrado en vigor 1 de julio de 2020.

<sup>65</sup> Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, adoptado el 8 de marzo de 2018, entrado en vigor el 30 de diciembre de 2018.

<sup>66</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, adoptado el 17 de diciembre de 1994, entrado en vigor el 16 de abril de 1998. Véase HOBBER, K. *The Energy Charter Treaty*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

del cambio climático y de la transición hacia una energía limpia y que contribuya a los objetivos del Acuerdo de París.

En el marco del Mercado Común del Sur (Mercosur), en los años 1990 se adoptaron el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur<sup>67</sup> y el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del Mercosur.<sup>68</sup> Estos instrumentos jurídicos nunca entraron en vigor. El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur de 2017, que entró en vigor en 2019, ofrece un bajo nivel de protección de las inversiones.<sup>69</sup> Tiene una definición limitante de la inversión que, por ejemplo, excluye explícitamente la inversión de cartera y no ofrece protección contra la expropiación indirecta. Además, excluye explícitamente la obligación del Estado de conceder al inversor un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, así como cualquier protección en la fase previa al establecimiento.

Por último, se está desarrollando una nueva tendencia con los tratados de inversión de países de diferentes regiones. Un ejemplo reciente es el Acuerdo General y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP), que es un acuerdo de libre comercio (ALC) entre Canadá y otros diez países de la región Asia-Pacífico (Australia, Brunéi, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam).<sup>70</sup> El CPTPP se inspira en el Modelo de TBI de EE. UU. y contiene las normas típicas de protección de las inversiones. Al igual que en el Modelo de TBI de EE. UU., la FET y la plena protección y seguridad solo se garantizan de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. Además, el mero incumplimiento de las expectativas de un inversor que dé lugar a pérdidas o daños no equivale a una violación del trato justo y equitativo.

Existe una definición detallada de lo que constituye una expropiación indirecta, que incluye una excepción para las regulaciones de buena fe destinadas a promover objetivos públicos.

### 3.1.3. *El marco para la solución de controversias en materia de inversión*

La mayoría de AII y acuerdos de libre comercio que incluyen normas sobre inversiones, prevén el arbitraje internacional bajo las normas del CIADI o de la CNUDMI.

El Convenio del CIADI, ratificado por 158 Estados, proporciona un marco procesal para la solución de controversias entre los Estados anfitriones y los inversores extranjeros a través de la conciliación o el arbitraje.<sup>71</sup> El Convenio no contiene normas sustantivas de protección de las inversiones. Asimismo, la participación en el Convenio del CIADI no equivale a un consentimiento al arbitraje.

El arbitraje, según las normas del Convenio del CIADI, puede basarse en una cláusula de solución de controversias de un tratado de inversión o en un acuerdo *ad hoc* celebrado entre las partes después de que haya surgido la controversia. Para el Estado que es parte en una controversia de inversión, la cláusula del CIADI en un tratado de inversión constituye un consentimiento por escrito, tal como lo exige el artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Al presentar una solicitud de arbitraje, el inversor privado acepta la oferta de arbitraje del Estado.

El artículo 27(1) impide que el Estado de origen del inversor extranjero ejerza la protección diplomática con respecto a otro Estado contratante «a menos que ese otro Estado contratante no haya

<sup>67</sup> Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur, adoptado el 17 de enero 1994.

<sup>68</sup> Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del Mercosur, adoptado el 5 de agosto de 1994.

<sup>69</sup> El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur, adoptado el 8 de abril de 2017, entrado en vigor en 2019.

<sup>70</sup> Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, adoptado el 8 de marzo de 2018, entrado en vigor para Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur el 30 de diciembre de 2018; para Vietnam el 14 de enero de 2019 y para Perú el 19 de septiembre de 2021.

<sup>71</sup> International Convention for Settlement of Investment Disputes, adoptada el 18 de marzo de 1965, entrada en vigor el 14 de octubre de 1966. Véase *The ICSID Convention, Regulations and Rules*. FURET, J. *et al.* (coord.). Cheltenham: Edward Elgar, 2019.

acatado y cumplido el laudo dictado en dicha controversia». La jurisdicción se extiende «a cualquier controversia jurídica que surja directamente de una diferencia relativa a una inversión» (artículo 25).

En virtud del Convenio del CIADI, cada parte puede solicitar la interpretación del laudo (artículo 50), la revisión del laudo a la luz del descubrimiento de un nuevo hecho material (artículo 51) y la anulación del laudo (artículo 52). En virtud del artículo 52, las causas de anulación se limitan a la constitución incorrecta del tribunal arbitral, la extralimitación manifiesta de sus facultades, la corrupción de un miembro del tribunal arbitral, la desviación grave de una norma fundamental de procedimiento, y la falta de motivación del laudo. Las solicitudes de anulación son resueltas por un comité *ad hoc* de tres miembros.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aprobado por primera vez en 1976, comprende normas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se entablen a raíz de sus relaciones comerciales. Los artículos del reglamento rigen todos los aspectos del proceso arbitral, contienen una cláusula modelo de arbitraje, regulan el nombramiento de los árbitros y la sustanciación de los procedimientos arbitrales y establecen normas sobre la forma, el efecto y la interpretación del laudo.<sup>72</sup>

El reglamento se ha aplicado a la solución de una amplia gama de controversias, como las surgidas entre entidades comerciales privadas en las que no interviene ninguna institución arbitral, así como en las controversias entre inversionistas y Estados, en las controversias entre Estados y en las controversias comerciales administradas por instituciones arbitrales.<sup>73</sup>

### 3.2. Derecho internacional consuetudinario

El DII moderno está claramente dominado por los tratados, aunque las cláusulas de los AII puedan reflejar o aclarar normas consuetudinarias.<sup>74</sup> Como destacado por la Corte Internacional de Justicia, «en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las empresas y los derechos de sus accionistas, así como la solución de los litigios correspondientes, se rigen esencialmente por acuerdos bilaterales o multilaterales».<sup>75</sup> De hecho, la falta de consenso sobre el nivel de protección de las inversiones bajo derecho internacional consuetudinario empujó progresivamente a los Estados a suscribir acuerdos internacionales.<sup>76</sup>

A pesar de la *reatification* del DII,<sup>77</sup> la costumbre sigue manteniendo un papel importante en esta rama del derecho internacional.<sup>78</sup> Bajo la costumbre internacional, los Estados no tienen ninguna obligación relativa a la promoción de las inversiones (ya sea en el territorio de un Estado, ya sea en las inversiones de los nacionales de un Estado en otros Estados). Es decir, los Estados son libres de decidir si permiten o no las inversiones extranjeras en su territorio. Sin embargo, una vez admitida y establecida, la inversión extranjera goza de cierta protección básica según las normas consuetudinarias.

Dado que el origen del DII se encuentra en el derecho de la responsabilidad del Estado con respecto al trato de los extranjeros, una de las normas consuetudinarias claves es representada por la norma mínima de trato, que otorga a los extranjeros un grado de protección mínimo. Dicha norma se

<sup>72</sup> Actualmente existen tres versiones distintas del Reglamento de Arbitraje: i) la versión de 1976; ii) la versión revisada en 2010; y iii) la versión de 2013, que incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y (iv) la versión de 2021 que incorpora el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI.

<sup>73</sup> Véase CAPLAN, L. M., «Arbitration Rules: United Nations Commission on International Trade Law». Max Planck Encyclopaedia of International Law, 2020.

<sup>74</sup> HERDEGEN, M. *Principles of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 411 y ss.; VICUNA, F. «Foreign Investment Law: How Customary is Custom?» *Estudios Internacionales*, 2005, vol. 38, pp. 79-86; GAZZINI, T. «The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment». *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol. 8, n.º 15, pp. 691-715.

<sup>75</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea cf República Democrática del Congo)*. Objeciones Preliminares, 2007, ICJ Rep 582, para. 88.

<sup>76</sup> D'ASPREMONT, J. «International Customary Investment Law: Story of a Paradox». En *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Op. cit., pp. 6-28.

<sup>77</sup> ÁLVAREZ, J. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Op. cit., p. 407.

<sup>78</sup> DUMBERRY, P. *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

basa en la obligación de diligencia debida que corresponde al Estado de respetar los derechos de los extranjeros en su jurisdicción<sup>79</sup> y pertenece al derecho consuetudinario.<sup>80</sup> Los tribunales también consideran que se trata de una norma «flexible», que debe adaptarse a las circunstancias de cada caso. En general, se ha entendido que la norma comprende derechos y obligaciones relativos a la administración de justicia en los casos que afectan a extranjeros, a la protección de los extranjeros y sus bienes en el territorio del Estado anfitrión, y a las garantías procesales.

La norma de trato mínimo está intrínsecamente ligada a los estándares del TJE y PSP contenidos en los modernos tratados de inversión. La relación exacta entre estas dos normas sigue siendo una cuestión controvertida.<sup>81</sup>

En cuanto a la norma TJE, su desarrollo y reconocimiento en una cláusula independiente plantea la cuestión de si debería considerarse en sí misma como una norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, esta sugerencia ha sido rechazada en el contexto del TLCAN. Además, varios tribunales han dictaminado que, incluso, si la norma FET es una norma autónoma, su contenido es similar o idéntico al de la norma mínima de trato del derecho internacional consuetudinario.<sup>82</sup>

En general, es inevitable la incorporación de normas a los tratados ha llevado a su articulación y desarrollo más detallados. Sin embargo, la relación entre los tratados y la costumbre en este ámbito sigue siendo complementaria. De hecho, los AII hacen a menudo referencia expresa al derecho internacional general. Por ejemplo, el modelo de TBI francés garantiza «el trato justo, conformemente a los principios de derecho internacional».<sup>83</sup> El modelo de TBI de EE. UU. de 2012 exige que: «each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security».<sup>84</sup>

El derecho internacional consuetudinario también desempeña un papel en la interpretación de los AII y en el ámbito de la responsabilidad internacional. Las normas basadas de los AII deben entenderse e interpretarse, como todos los tratados, en el contexto de las normas generales del derecho internacional. Bajo el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, junto con el contexto del Tratado, hay que tener en cuenta todas las normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes.

Los AII contienen únicamente normas primarias, sin disposiciones específicas sobre la determinación de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de sus obligaciones.<sup>85</sup> Por este motivo, a falta de una *lex specialis* sobre reparación, los tribunales arbitrales suelen remitirse a los principios del derecho internacional consuetudinario, codificado en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.<sup>86</sup> Muchas decisiones también citan dos conocidos pasajes de las sentencias del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica de Chorzów*, que han inspirado a los redactores del artículo 31(5) del Proyecto.

Por último, los laudos sobre inversiones pueden contribuir al proceso de formación del derecho internacional consuetudinario. Los laudos arbitrales no constituyen una forma práctica de los Estados para formar normas consuetudinarias. Sin embargo, los laudos arbitrales pueden desempeñar un papel

<sup>79</sup> *Estados Unidos (LF Neer) c/ México*. Laudo, 15 de octubre de 1926, 4 UNRIAA, p. 60.

<sup>80</sup> *Vento Montoydes c. México*. Laudo, 6 de julio 2020, Caso CIADI n.º § 282.

<sup>81</sup> *Azurix c/ Argentina*. Laudo, 14 de julio 2006, Caso CIADI n.º ARB/01/12, § 361; *Gosling et al. c/ Mauritius*. Laudo del 18 de febrero de 2020, Caso CIADI n.º ARB/16/32, § 243; PAPARINSKIS, M. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 39-83.

<sup>82</sup> *Gaspar c/ Costa Rica*. Laudo, 29 de junio de 2022, Caso CIADI n.º ARB/19/13, § 356.

<sup>83</sup> Modelo de TBI Francés, 2006, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

<sup>84</sup> Modelo de TBI de Estados Unidos, 2012, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

<sup>85</sup> Véase CRISI REGHIZZI, Z. «General Rules and Principles on State Responsibility and Damages in Investment Arbitration: Some Critical Issues». En *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Op. cit., pp. 58-73.

<sup>86</sup> *Reñey c/ España*. Laudo, 6 de mayo de 2022. Caso CIADI n.º ARB/14/18, § 1029; *Hulley Enterprises c/ Rusia*. Laudo, CPA, 18 de julio de 2014, § 113; *Vivendi c/ Argentina*. Laudo, 20 de agosto de 2007. Caso CIADI n.º ARB/97/3, §8.2.7.

importante en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario, especialmente cuando los Tribunales confirman o aclaran el contenido de dichas normas.<sup>87</sup>

### 3.3. Principios generales del derecho

Los tribunales arbitrales usan frecuentemente el término «principio». Sin embargo, no siempre está claro si el término se utiliza para indicar una regla consuetudinaria u otro conjunto de reglas, es decir, los «principios generales de derecho reconocidos por naciones civilizadas» bajo el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.<sup>88</sup>

Los principios generales del derecho constituyen un conjunto de normas comunes a los ordenamientos jurídicos internos, así como a las diferentes tradiciones jurídicas. Estos principios se originan en el derecho interno, pero pueden penetrar en el orden jurídico internacional si son lo suficientemente comunes a los ordenamientos y si son compatibles con la estructura del derecho internacional.<sup>89</sup>

Aunque no se discute la existencia de tales principios en el derecho internacional, la cuestión de su alcance y relevancia en el DII es mucho más compleja.<sup>90</sup> De hecho, un principio general de derecho solo puede identificarse a través de un estudio comparativo de los sistemas jurídicos nacionales. A la hora de evaluar la existencia de un principio, debe tenerse en cuenta si dicho principio existe en los distintos ordenamientos jurídicos de las distintas regiones del mundo. Esta puede ser una ardua tarea para cualquier corte y tribunal internacional.

De cualquier modo, los principios generales pueden ejercer una función unificadora en la interpretación de las normas previstas en los AII, llenando sus lagunas. Principios como *pacta sunt servanda*, *estoppel* y buena fe son algunos de los principios que pueden guiar los tribunales arbitrales en la aplicación de los estándares contenidos en los tratados.

En los casos relativos a corrupción, por ejemplo, los tribunales se han basado a menudo en el principio de buena fe. Este último ha llevado a la adopción de decisiones coherentes por parte de distintos tribunales sobre la base de hechos similares.<sup>91</sup>

### 3.4. Fuentes subsidiarias

#### 3.4.1. Decisiones

De acuerdo con el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ, las decisiones judiciales no son fuentes como tales, sino que tienen el carácter de «medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho». Lo mismo ocurre con las decisiones de los tribunales de los tratados de inversión, que no son propiamente una fuente normativa, sino, simplemente, medios para determinar el contenido del DII. Este principio fundamental está incluido en el artículo 53(1) del Convenio del CIADI, que establece que el laudo dictado por el tribunal arbitral es vinculante para las partes, lo que excluye

<sup>87</sup> DUMBERRY, P. «The Role and Relevance of Awards in the Formation, Identification and Evolution of Customary Rules in International Investment Law». *Journal of International Arbitration*, vol. 22, n.º 3, 2016, pp. 269-287.

<sup>88</sup> *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. GATTINI A., TANZI, A. y F. FONTANELLI (coords.). London-Boston: Brill Nijhoff, 2018; DUMBERRY, P. *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

<sup>89</sup> VÉASE GAIA, G. «General Principles of Law». En *Max Planck Encyclopedia Public International Law*, 2013; KOTUBY, J. y SOBOTA, L. *General Principles of Law and International Due Process*. Oxford: Oxford University Press, 2017; ANDENAS, A. y CHIUSI CURZI, L. «Cohesion, Convergence and Coherence of International Law». En *General Principles and the Coherence of International Law*. ANDENAS, M. et al. (coords.). Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2019, pp. 9-34.

<sup>90</sup> SCHILL, S. «General Principles of Law and International Investment Law». En *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. *Op. cit.*, pp. 133-182.

<sup>91</sup> *Inceysa Vallisoletana SL vs. Republic of El Salvador*. Laudo, 2 de agosto de 2006. Caso CIADI n.º ARB/03/26, § 227; *World Duty Free Company c/ Republic of Kenya*. Laudo, 4 de octubre de 2006. Caso CIADI n.º ARB/00/7, § 139.

implícitamente otorgar el valor de precedente a los laudos dictados en virtud del Convenio del CIADI.<sup>92</sup>

Sin embargo, el estatus subsidiario de las decisiones en las fuentes internacionales no impide que los tribunales arbitrales tengan en cuenta las decisiones dictadas en casos anteriores.<sup>93</sup> De hecho, los estándares en materia de DII, a menudo ambiguos, benefician de la interpretación y el desarrollo por los tribunales arbitrales. En otras palabras, los precedentes arbitrales se convierten en el principal punto de referencia para determinar el contenido de los AII. Obviamente, esto solamente sucede cuando las decisiones son suficientemente claras y se encuentran debidamente motivadas.<sup>94</sup>

Muchas decisiones arbitrales han mostrado un enfoque bastante equilibrado en este sentido, a pesar de la ausencia de la regla del precedente. De hecho, los árbitros a menudo consideran que, en ausencia de una obligación formal de ajustarse a lo establecido en decisiones pasadas, es deseable tener en consideración las decisiones emitidas por otros tribunales, siempre que no existan motivos sólidos en contra en el caso concreto. Así lo estableció el Tribunal Arbitral en *Saipem S.p.A. c/ Bangladesh*, que sostuvo:

The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.<sup>95</sup>

### 3.4.2. Doctrina

El artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ también se refiere a «las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones» como un medio auxiliar para identificar las normas de derecho internacional.<sup>96</sup>

Aunque de forma diferente a otras fuentes, es innegable que la doctrina tiene un papel que desempeñar en el arbitraje de inversiones.<sup>97</sup> Los tribunales arbitrales siguen dando una importancia considerable a algunas obras, como por ejemplo el Comentario a la Convención de Washington, bajo la supervisión de Christoph Schreuer.

El uso de la doctrina no está exento de problemas en el arbitraje de inversiones. Los académicos en materia de DII están a menudo involucrados en disputas de inversión como árbitros o como abogados. Esta interacción constante entre doctrina y práctica no garantiza necesariamente la objetividad de las opiniones en la literatura jurídica. Además, las barreras lingüísticas dejan a menudo fuera del debate a un gran número de autores.

<sup>92</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ República de Filipinas*. Decisión sobre jurisdicción, 29 de enero de 2004. Caso CIADI n.º ARB/02/6, § 97.

<sup>93</sup> DE BRABANDERE, E. «Arbitral Decisions as a Source of International Law». En *International Investment Law and Arbitration*. Op. cit., pp. 245-286; GRISEL, F. «The Sources of Foreign Investment Law». En *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Douglas Z. et al., (coord.). Oxford: Oxford University Press, pp. 212-233.

<sup>94</sup> PAULSSON, J. «The Role of Precedent in International Investment Arbitration». En *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to Key Issues*. YANNACA SMALL, K. (coord.). Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 699-718.

<sup>95</sup> *Saipem S.p.A. c/ Bangladesh*. Decisión sobre jurisdicción, 21 de marzo 2007. Caso CIADI n.º ARB/05/07, § 67.

<sup>96</sup> Véanse SIVAKUMARAN, S. «The Influence of Teaching of Publicists on the Development of International Law». *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, vol. 66, n.º 1, pp. 1-37.

<sup>97</sup> COLE, T. «Non-Binding Documents and Literature». En *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Op. cit., p. 305.

### 3.5. Soft law

El *soft law*, tanto en su dimensión sustantiva como en la procesal, tiene un papel reconocido en el ámbito del DII.<sup>98</sup> A nivel procesal, los tribunales arbitrales recurren a menudo a instrumentos de *soft law* para tratar aspectos que, de otro modo, no se encontrarían regulados.<sup>99</sup> Este es el caso de lo que sucede con las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional,<sup>100</sup> y las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional.<sup>101</sup> Aunque los tribunales han confirmado que dichas normas no son vinculantes (salvo acuerdo de las partes), a menudo se han guiado por ellas.<sup>102</sup>

A nivel sustantivo, el *soft law* ha contribuido al objetivo más amplio de reequilibrar la protección de las inversiones y sus obligaciones, en respuesta a la crítica de que el derecho de las inversiones favorece unilateralmente la protección de las inversiones extranjeras a expensas de los intereses públicos. De hecho, la mayoría de los AII no contienen disposiciones que impongan responsabilidades u obligaciones en materia de derechos humanos a los inversionistas. En los últimos años ha comenzado a surgir una nueva generación de acuerdos internacionales de inversión más equilibrados, también gracias a instrumentos de *soft law* como los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2011, y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, adoptadas en 1976 y revisadas en 2011.

Varios Estados han adoptado enfoques alternativos a la protección de las inversiones, buscando alcanzar un mayor equilibrio entre la promoción y facilitación de las inversiones, y la necesidad de garantizar la protección de los derechos humanos y del desarrollo sostenible.<sup>103</sup> Bajo el artículo 15 del TBI entre Marruecos y Nigeria, se establece, por ejemplo, que «es inapropiado fomentar la inversión relajando las normas nacionales sobre trabajo, salud pública o seguridad», y «se asegurará de que sus leyes y reglamentos proporcionen altos niveles de protección laboral y de derechos humanos adecuados a su situación económica y social».<sup>104</sup>

En el artículo 18 del mismo TBI, impone a los inversionistas la obligación de defender los derechos humanos en el Estado anfitrión y actuar de conformidad con las normas laborales fundamentales. Además, de acuerdo con el artículo 20, los inversionistas «estarán sujetos a acciones civiles por responsabilidad en el proceso judicial de su Estado de origen por los actos o decisiones que se tomen en relación con la inversión cuando dichos actos o decisiones provoquen daños, lesiones personales o pérdidas importantes de la vida en el Estado anfitrión».

El modelo de BIT holandés incluye también algunas notables referencias a las responsabilidades de los inversionistas en materia de derechos humanos y a las obligaciones de los Estados, exigiendo a

<sup>98</sup> SCHILL, S. «Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law». En *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*. D'ASPREMONT, J. et al. (coords.). Oxford: Oxford University Press, 2017; ADINOLFI, G. «Soft Law in International Investment Law and Arbitration». *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, vol. 1, n.º 1, 2021, pp. 86-112; BJORKLUND, A. «Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law». En *International Investment Law and Soft Law*. BJORKLUND, A. y A. REINISCH (coords.). Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

<sup>99</sup> VEDER, V. «Procedural Soft Law in International Arbitration». *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2019.

<sup>100</sup> Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 19 de mayo de 2010, revisadas en 2022.

<sup>101</sup> Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, adoptadas el 23 de octubre de 2014.

<sup>102</sup> *Total S.A. c/ Argentina*. Decisión sobre la propuesta de Recusación de Teresa Cheng, 26 de agosto de 2015. Caso CIADI n.º ARB/04/1, § 98; *Ipha Projektbalding GmbH c/ Ucrania*. Decisión sobre la propuesta de Recusación de un Árbitro, 19 de marzo de 2010. Caso CIADI n.º ARB/07/16, § 56.

<sup>103</sup> CHIUSSI CURZI, L. *General Principles for Business and Human Rights in International Law*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2020; COLEMAN, J. et al. «Human Rights Law and the Investment Treaty Regime». En *Research Handbook on Human Rights and Business*. DEVA, S. y D. BIRCHALL (coords.). Cheltenham: Edward Elgar, 2020, pp. 290-314; STEININGER, S. «The Role of Human Rights in Investment Law and Arbitration. State Obligations, Corporate Responsibility and Community Empowerment». En *The Cambridge Companion to Business and Human Rights Law*. BANTEKAS I. et al. (coords.). Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 406-421; ZARRA, G. «International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors». En *Legal Sources in Business and Human Rights*. BUSCEMI, M. et al. (coords.). Leiden-Boston: Brill Nijhoff, pp. 52-73.

<sup>104</sup> TBI Marruecos-Nigeria, adoptado el 3 de diciembre de 2016.

los futuros Estados parte que «adopten las medidas adecuadas» para garantizar que los afectados por abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas tengan acceso a un recurso efectivo.<sup>105</sup>

Esta evolución indica que los Estados están tomando conciencia de que tienen el deber, y no solamente el derecho, de regular a los inversionistas y sus inversiones de tal manera que todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente (así como el medio ambiente), estén debidamente protegidos.

---

<sup>105</sup> Modelo de TBI neerlandés, 2019, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>. Véase DE BRABANDERE. E. «The 2019 Dutch Model Bilateral Investment Treaty: Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform». *ICSID Review*, vol. 36, n.º 2, pp. 319-339.