

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EN AMÉRICA LATINA: EL REENCUENTRO CON LOS DERECHOS HUMANOS

DIANA CAROLINA OLARTE BÁCARES*

Sumario: 1. Introducción. 2. El contexto común de la inversión extranjera y los derechos humanos en Latinoamérica. A) Surgimiento de la doctrina Calvo; B) Fortalecimiento de las normas sobre la inversión extranjera mediante los derechos humanos; C) Desplazamiento de la protección de los derechos humanos a favor de la globalización de la inversión extranjera. 3. Realidades del derecho internacional de las inversiones y su relación con los derechos humanos. A) Conflictos entre los APPRI y las competencias del Estado; B) Interacción entre la inversión extranjera y los derechos humanos: derechos humanos para proteger a los inversionistas; C) Interacción entre la inversión extranjera y los derechos humanos: derechos humanos en contra de los intereses de los inversionistas. 4. Tendencias en el derecho internacional de las inversiones en favor de los derechos humanos. A) Modificaciones a los acuerdos para la promoción y protección de las inversiones; B) Cambios en el arbitraje sobre inversión extranjera; C) Tendencias en Latinoamérica. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho internacional de la inversión extranjera y de los derechos humanos ha generado grandes cambios en el panorama internacional. El desarrollo jurídico de las dos especialidades del derecho internacional ha contribuido abiertamente al protagonismo que hoy ostenta el individuo en la comunidad internacional. Sin embargo, a pesar de contar con vasos comunicantes importantes, tienen una característica determinante que las diferencia. Los derechos humanos se basan esencialmente en la dignidad de la persona,

* Doctorado Université Paris 1 Panthéon Sorbonne (en curso). Maestría en Derecho Internacional Université Robert Schuman (Strasbourg). Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana; profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la misma universidad. Profesor invitado del Institut d'Études Politiques de Paris, y de las universidades Privada de la Paz (Bolivia), Católica Andrés Bello (Venezuela), Pontificia Bolivariana (Medellín), entre otras.

mientras que el derecho internacional de las inversiones se fundamenta en la protección de la inversión, y específicamente de los intereses del inversionista.

En la actualidad, pareciera que los dos regímenes jurídicos colisionaran. En efecto, la historia del encuentro entre el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera y el de los derechos humanos está llena de encuentros y desencuentros, que adquieren visos particulares tratándose de la región latinoamericana. Por tal motivo, la interacción entre los dos ordenamientos despierta un interés especial al evocar las realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI.

En este orden de ideas, se describirá en una primera parte el contexto común de la inversión extranjera y de los derechos humanos en América Latina, para dar paso en un segundo lugar, al análisis de las realidades o manifestaciones actuales de la interacción de las dos disciplinas. Finalmente, la tercera parte se dedicará a determinar las orientaciones del derecho de la inversión extranjera que favorecen su articulación con los derechos humanos.

Esta contribución no pretende ser un estudio exhaustivo y comprensivo de la relación entre los derechos humanos y la inversión extranjera (cuya realización es más que pertinente y urgente), sino más bien un comentario sobre algunos puntos escogidos que evidencian hechos que los involucran, y de los cuales se pueden inferir algunos movimientos jurídicos en los años venideros. Por tanto, vale la pena aclarar que esta contribución se ocupará de la presencia de los derechos humanos en la inversión extranjera y no tocará la función del derecho internacional de las inversiones en el derecho internacional de los derechos humanos. Las razones reposan, en primer lugar, en la extensión de un estudio semejante, seguido de un interés personal por la evolución acelerada del régimen jurídico de la inversión.

2. EL CONTEXTO COMÚN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA

América Latina¹ recién descolonizada fue el recipiente de un gran número de extranjeros (europeos y norteamericanos, principalmente) que llegaron con el objetivo de fundar en el nuevo mundo sus empresas. Estos inversionistas incursionaron en sectores de gran proyección económica, como es el caso de

¹ Latinoamérica puede definirse desde diferentes perspectivas que van desde el carácter geográfico, político, cultural, institucional, entre otros. Para efectos de este artículo se asume que Latinoamérica agrupa todos los 33 Estados miembros de la CEPAL. Sin embargo, en materia de inversión extranjera es necesario separar Latinoamérica del Caribe en donde la tradición ha sido netamente diversa.

los recursos naturales y la energía. Por tal motivo, la economía de los nuevos Estados dependió en gran medida de los países exportadores de capital.

A) Surgimiento de la doctrina Calvo

Las evidentes condiciones de inestabilidad política y económica de las naciones recién descolonizadas, supusieron la adopción de medidas urgentes para salvaguardar el orden público. La expropiación y la nacionalización de las empresas de extranjeros fueron algunas de las herramientas más utilizadas para contrarrestar la crisis. Esto, sumado a la presencia de los inversionistas extranjeros en sectores de importancia vital para el bienestar público, generó un número importante de discordias que terminaron en los estrados judiciales. La mayor parte de los diferendos supuso el ejercicio de la protección diplomática del Estado nacional del inversionista. Infortunadamente, frente a la evidente disparidad entre las partes de los litigios, los Estados latinoamericanos recibieron con frecuencia condenas exorbitantes por la nacionalización y expropiación de la inversión extranjera². Además, ante la eventual inejecución de las sentencias y laudos condenatorios, fueron el blanco de intervenciones militares y bloqueos. Es el caso de las intervenciones francesas en México en 1838 y en 1861, como consecuencia de las reclamaciones presentadas por ciudadanos franceses que se encontraban en territorio mexicano. Igualmente, se cita el caso del bloqueo económico que aquejó a Venezuela por parte de Alemania, Francia, Inglaterra e Italia, con el fin de forzar el país a regularizar las deudas que tenía con los ciudadanos de cada uno de estos Estados³.

Este fue el contexto en el cual surgió la doctrina Calvo, conocida como tal en virtud de su promulgación por el jurista argentino del mismo nombre. CARLOS CALVO, diplomático argentino, escribió una obra titulada *Le droit international théorique et pratique* durante su estancia en el Quai D'Orsay⁴ en la cual describía su doctrina. Según esta, en primer lugar, el derecho local es el derecho aplicable a los diferendos con los inversionistas extranjeros. En segundo lugar, los extranjeros deben someterse a la jurisdicción del Estado de acogida y deben renunciar al ejercicio de la protección diplomática de su Estado nacional⁵. Esta posición se fundamentó principalmente en la igualdad entre na-

² Por ejemplo, el caso de las comisiones mixtas creadas para dirimir los conflictos provenientes de las expropiaciones realizadas en México y en Venezuela, en donde se demandaban cifras exorbitantes como condena. Sobre el particular, referirse a J. A. BARBERIS, "Le règles spécifiques du droit international en Amérique Latine", R.C.A.D.I., 1992-IV, t. 235, págs. 191 y ss.

³ Para mayor información véase D. SHEA, *The CALVO Clause*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, págs. 12-13.

⁴ CARLOS CALVO se desempeñó como jefe de la misión Argentina en el ministerio de Relaciones Exteriores de Francia.

⁵ C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paris, Rousseau, 1896, págs. 350-351.

cionales y extranjeros con objeto de consolidar el principio de no intervención en los asuntos internos. Por medio de este enfoque, los Estados latinoamericanos lograrían contrarrestar las intromisiones extranjeras y consolidar su recién adquirida soberanía.

El principio de no intervención se convirtió en la bandera que los Estados latinoamericanos hondearían en adelante⁶.

B) *Fortalecimiento de las normas sobre la inversión extranjera mediante los derechos humanos*

Las decisiones internacionales contrarias a la doctrina Calvo eran más que previsibles para la época. Estas se sustentaban en la imposibilidad del individuo de renunciar a un derecho que no le corresponde, pues la protección diplomática es ante todo un derecho del Estado. Por tal motivo, las cláusulas Calvo de los contratos de inversión las interpretaron en la línea de lo previsto por la protección diplomática: como el agotamiento previo de los recursos internos, antes del ejercicio de esta⁷.

Ante los constantes fallos internacionales que desconocían la legitimidad de la doctrina Calvo, sumada a la oposición persistente de los Estados europeos y de los Estados Unidos, los Estados latinoamericanos buscaron otros mecanismos para consolidar el principio de no intervención.

Tal y como se mencionó, la lucha por el afianzamiento de la democracia suponía robustecer la soberanía del Estado y el principio de no intervención era un elemento determinante para preservarla. Las diferentes conferencias americanas que precedieron la creación de la Organización de Estados Americanos, reflejan explícitamente este propósito⁸. La resolución XL sobre la protección internacional de los derechos esenciales del hombre enuncia, desde su preámbulo, que uno de los motivos principales que animan la redacción del proyecto de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consiste, en la utilidad, de una protección internacional de los derechos humanos

⁶ JOSÉ MARÍA YEPES los considera la “espinas dorsal del derecho internacional del nuevo mundo”. Trad. propia, J. M. YEPES, “La contribution de l’Amérique latine au développement du droit international public et privé”, R.C.A.D.I., 1930-III, t. 32, págs. 745 y ss.

⁷ A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006, pág. 39. La jurisprudencia evidencia esta posición: *Mavrommatis (concessions) Grecia contra Reino Unido*, C.P.J.I., 26 de marzo de 1925, rec. 1924, pág. 12; *Nottebohm, Liechtenstein contra Guatemala*, C.I.J., 6 de abril de 1955; *Barcelona Traction Light and Power Company, Bélgica contra España*, 5 de febrero de 1970, rec. 1970, pág. 3. Algunos doctrinantes expresan la manifiesta ausencia de validez jurídica de la cláusula Calvo: P. DAILLER y A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, pág. 816.

⁸ “Resolución XL sobre la Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre”, conferencia de Chapultpec (México) sobre los problemas de la guerra y de la paz de 1945, “Carnegie endowment for international peace”, in *International Conferences of American States*, second supplement, Washington, págs. 93 y ss.

para impedir el empleo de la protección diplomática. Además, agrega que esta herramienta ha generado múltiples violaciones al principio de no intervención.

Concretamente, los Estados americanos dejaron clara la necesidad de erigir los derechos humanos como corolario del sistema que protegería y promovería la democracia. Esta se ve perturbada por las constantes intervenciones de otros Estados para proteger los intereses de sus nacionales y una vía expedita para impedirlo es la garantía de los derechos de los extranjeros. De este modo, por medio de la protección de los derechos humanos se desincentivaría el ejercicio de la protección diplomática.

La protección de los derechos humanos en el sistema de la OEA y, en particular, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre son, en alguna medida, el producto de la necesidad hemisférica de vigorizar el principio de no intervención⁹. En este sentido, la garantía del trato igualitario entre nacionales y extranjeros y el reconocimiento de los mismos derechos son interdependientes con el principio de no intervención.

En este punto surge un cuestionamiento lógico. La creación de un sistema regional de protección de los derechos humanos implica necesariamente la permeabilidad de la soberanía de los Estados, un cierto derecho de intrusión en los asuntos del Estado para estudiar si existió o no una violación de los derechos. Por tal motivo, la afirmación según la cual la creación del sistema interamericano de derechos humanos favorece la preservación del principio de no intervención parece contradictoria. Sin embargo, los Estados americanos supieron desarrollar estos conceptos para permitir la coherencia, ya que los mecanismos inicialmente creados en favor de los derechos humanos otorgaban una protección mínima. Estos eran tributarios de instituciones y normas que aún no habían alcanzado un carácter jurídico vinculante¹⁰. Por tanto, hasta ese momento solo se habían promulgado principios innovadores desprovistos de mecanismos de garantía y de instituciones que contribuyeran a su efectividad, y entonces, la preservación del principio de no intervención, por medio del reconocimiento (hasta entonces ideológico) de los derechos de los extranjeros,

⁹ KARINE GALY dedica gran parte de su tesis doctoral a demostrar la instrumentalización del inicio del sistema interamericano de derechos humanos, con objeto de preservar la soberanía por medio del principio de no intervención, en "Contribution à l'étude de l'impregnation progressive du régionalisme par les droits de l'homme. L'exemple du régionalisme américain", tesis doctoral, Universidad de las Antillas y de la Guyana, 2006.

¹⁰ La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre no constituyó un instrumento convencional con fuerza vinculante conforme a lo dispuesto por el art. 3º de la Convención de Viena sobre los tratados de 1969. Sin embargo, hoy en día constituye una manifestación del derecho internacional consuetudinario vinculante para todos los Estados partes de la OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10 de 1980, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la CADH*, 14 de julio de 1989.

servía indudablemente a evitar las intromisiones de otros Estados en los asuntos internos (sobre todo desincentivaba el ejercicio de la protección diplomática).

Como era de esperarse, esta unión ideológica entre el sistema americano de los derechos humanos y la inversión extranjera, por medio del principio de no intervención, no duró mucho. En la medida que el sistema empezó su desarrollo dotándose de instrumentos e instituciones más jurídicas y menos políticas, se fue escindiendo de la doctrina Calvo. De este modo, la soberanía blindada a la cual aspiraron en la época los Estados latinoamericanos se permeabilizó para darle paso al efectivo reconocimiento de los recursos y mecanismo de garantías de los derechos de las personas¹¹.

Sin embargo, la voluntad de los Estados latinoamericanos por consolidar el principio de no intervención trascendió el ámbito interamericano y se presentó en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. La resolución de la Asamblea acerca de la soberanía permanente sobre los recursos naturales¹² y la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados¹³ de 1974 atestiguan la voluntad por equilibrar la balanza entre inversión extranjera y soberanía del Estado.

Del mismo modo, la mayoría de las constituciones y legislaciones de los Estados latinoamericanos incluyeron la doctrina Calvo, al igual que los contratos celebrados entre estos y los inversionistas extranjeros¹⁴.

Con todo, las condiciones fiscales de los Estados latinoamericanos sumadas a la necesidad de atraer la inversión extranjera para promover el desarrollo económico, llevaron a la región a realizar un giro en su política. Es así que al inicio de los años ochenta y noventa, iniciaron un proceso que contradice ostensiblemente la doctrina que protegieron alrededor de cien años y condicionaron su potestad regulatoria¹⁵ al cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de inversión.

¹¹ K. GALY, *op. cit.*, pág. 185.

¹² Asamblea General, res. 1803 (XVII), “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”, 14 de diciembre de 1962.

¹³ *Idem*, res. 3281 (XXIX), “Carta de derechos y deberes económicos de los Estados”, 12 de diciembre de 1974.

¹⁴ La denominada “Cláusula Calvo” incorporaba una norma en los contratos entre el Estado y el inversionista extranjero, que determinaba al derecho interno y a las instancias judiciales locales como competentes al momento de dirimir los eventuales conflictos.

¹⁵ La actividad regulatoria es entendida en este escrito como “el ejercicio de diversas técnicas jurídicas como la reglamentación, la autorización o la coacción”, J. TORNOS MAS, citado por C. P. MÁRQUEZ-ESCOBAR, “Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía del Estado”, en *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 11, pág. 87.

C) *Desplazamiento de la protección de los derechos humanos a favor de la globalización de la inversión extranjera*

Conforme la expropiación de la propiedad de los inversionistas extranjeros iba creciendo en Latinoamérica (amén de la necesidad de consolidar la soberanía y ejercer las competencias que de ella se derivan), la presión internacional por el pago de la deuda externa se hacía más evidente¹⁶. La comunidad internacional y en particular los organismos financieros, ofrecieron una solución a la crisis que consistió en la firma del Consenso de Washington. Este suponía, en grandes líneas, la firma y ratificación de un paquete de instrumentos que impedía que el derecho local y la jurisdicción interna dirimieran los conflictos sobre inversiones, signaba la liberalización de los mercados y la privatización de las empresas, entre otros. Los Estados de la región suscribieron el pacto y esto motivó un cambio significativo en la política internacional latinoamericana en materia de inversión extranjera.

La firma de un número importante de acuerdos y tratados por parte de los Estados latinoamericanos, en su mayoría tratados bilaterales sobre inversión, evidenció la necesidad por integrarse en la ola mundial de atracción y promoción de la inversión. De este modo, el ambiente fue más que propicio para el desarrollo del derecho internacional de las inversiones.

En la actualidad, el derecho internacional de las inversiones atraviesa por un período de desarrollo sin precedente. Esto se debe, en gran parte, a un entramado de normas internacionales (principalmente tratados) que garantizan su promoción y protección y al particular desarrollo de su mecanismo de solución de controversias.

Tal y como se mencionó, el inversionista extranjero estaba sometido al poder soberano del Estado de acogida y en el caso de un litigio adolecía de una posición desventajosa ya que solo tenía dos opciones para denunciar el litigio. La primera consistía en demandar el Estado ante las instancias judiciales locales, cuyo régimen jurídico privilegiaba el interés nacional y no tomaba particularmente en cuenta el derecho de los extranjeros. La segunda se basaba en la posibilidad de solicitarle la protección diplomática a su Estado nacional, pero esta opción suponía el agotamiento previo de los recursos internos, la voluntad del Estado nacional de proceder a la protección diplomática (la cual es discrecio-

¹⁶ M. H. MOURRA describe cómo entre las décadas de los sesenta y setenta algunos países latinoamericanos se vieron obligados a solicitar empréstitos para financiar el desarrollo económico y esta situación se torna insostenible fiscalmente, en: "The conflicts and controversies in Latin American treaty-based disputes", págs. 5-6, en Th. E. Carbonneau and M. H. Mourra (Eds.), *Latin American investment treaty arbitration: The controversies and conflicts*, Austin, Wolter Kluwer, 2008, pág. 224.

nal) y, finalmente, el traslado de un litigio entre un particular y un Estado a un escenario entre Estados¹⁷.

El arbitraje internacional de inversiones aparece como una solución a estos inconvenientes y se desarrolla en varias etapas, iniciando por la popularidad alcanzada por la Convención de Nueva York de 1958¹⁸, la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante CIADI), el nacimiento de los tratados bilaterales de inversión (en adelante TBI) y su incremento en los años noventa, y la jurisprudencia del CIADI y otros tribunales arbitrales que interpretan los diferentes instrumentos. Esta evolución desarrolló y consolidó el régimen jurídico aplicable a las inversiones extranjeras.

Los instrumentos internacionales que constituyen este régimen (TBI, algunos acuerdos de libre comercio —en adelante TLC— y las convenciones para la solución de las controversias) se caracterizan por su objetivo: la defensa de la propiedad y la protección de las inversiones internacionales contra toda forma de interferencia excesiva o ilegítima por parte de los Estados.

Las economías frágiles y en desarrollo encontraron en la inversión extranjera una herramienta capaz de contribuir al crecimiento¹⁹. La Convención CIADI expresa igualmente en el preámbulo, la estrecha relación entre la promoción de las inversiones extranjeras y el desarrollo económico²⁰. Es así como muchos Estados decidieron modificar y adaptar sus legislaciones para atraer la inversión extranjera en su territorio, abandonando cada vez más la doctrina Calvo que los caracterizó durante muchos años. Estas modificaciones implicaron una flexibilización del orden jurídico interno y el otorgamiento de beneficios al inversionista con objeto de promover y proteger su participación. Los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (en adelante APPRI),

¹⁷ CH. LEBEN, "L' evolution du droit international des investissements: un rapide survol", en *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, págs. 9-21.

¹⁸ "Convención para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras", conferencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), New York, 10 de junio de 1958, entrada en vigencia el 7 de junio de 1959.

¹⁹ "Les investissements étrangers directs (IED) permettent de créer des emplois, d'améliorer la productivité, d'opérer des transferts de compétences et de technologies, d'accroître les exportations et de contribuer au développement économique à long terme des pays en développement. Plus que jamais, quel que soit leur niveau de développement, les pays s'efforcent de tirer parti des IED pour se développer", CNUCED (consultado en <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2527&lang=2>, el 11 de noviembre de 2008).

²⁰ "Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado", Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Washington, 18 de marzo de 1965, entrada en vigencia el 14 de octubre de 1966.

dentro de los cuales se encuentran los TBI y los TLC, y la aceptación de un mecanismo de solución de las controversias, constituyeron los ingredientes esenciales para asegurar la presencia de inversiones extranjeras. Lo anterior, a pesar de la existencia de teorías que contradicen la relación directa entre la firma de los APPRI y la presencia de inversión extranjera²¹.

De este modo, se evidenció el matrimonio y posterior divorcio de la doctrina Calvo con los derechos humanos, o entre la protección de los derechos humanos y la de las inversiones extranjeras en Latinoamérica. Hoy, los dos campos del derecho internacional parecen desarrollarse separadamente. Sin embargo, las críticas que de un tiempo para acá soporta el régimen internacional de las inversiones invitan a replantear algunos de sus principios y, en ciertos casos, a establecer nuevamente enlaces que lo articulen con los derechos humanos.

3. REALIDADES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

Hablar de la actualidad del derecho internacional de las inversiones suena bastante osado, sobre todo si se tiene en cuenta que para algunos se trata de la rama del derecho internacional que ha contribuido a acelerar en los últimos años la globalización de la economía, incluso más que el comercio. Este tema amerita un tratado entero que dé fe del dinamismo y constante evolución de la materia. Por tal motivo, al exponer las realidades del derecho internacional de las inversiones, este análisis se limitará a mencionar aquellas situaciones en las cuales este se encuentra relacionado con los derechos humanos. Vale la pena aclarar que este acápite tendrá en cuenta el desarrollo global de la interacción entre los dos campos y no restringirá su análisis a Latinoamérica. La razón fundamental se basa en que se trata de un fenómeno que en la actualidad alcanza las relaciones en todo el mundo y forma parte de una problemática que caracteriza al derecho internacional.

Retomando las consecuencias de la evolución del derecho internacional de las inversiones, se advierte que las restricciones a las competencias estatales derivadas de la firma de los APPRI, evidencian las tensiones entre las normas relativas a las inversiones extranjeras y a los derechos humanos. Para explicar mejor esta afirmación se describirán, en primer lugar, las condiciones jurídicas que generan la tensión entre los dos ordenamientos y que se materializan cuan-

²¹ Sin embargo, algunos autores sostienen lo contrario y consideran que la firma de los TBI no tiene una relación directa con la presencia de inversionistas extranjeros en el territorio: K. P. GALLAGHER and M. BIRCH, "Do investment agreements attract investment? Evidence from «Latin America»", in *Journal of World Investment and Trade*, 2006, págs. 961-974, et O. HATHAWAY, "Do human rights treaties make a difference?", in *The Yale Law Journal*, 2002, págs. 1935-2042.

do el Estado ejerce la potestad regulatoria. Se presentarán algunos casos que involucran principalmente a Estados latinoamericanos. Esta descripción permitirá seguidamente diagnosticar las circunstancias en las cuales los derechos humanos concurren en el derecho de las inversiones, bien sea para apoyar las posiciones que benefician a los inversionistas, como aquellas que los desfavorecen en favor de terceros ajenos a la inversión.

A) *Conflictos entre los APPRI y las competencias del Estado*

LOS APPRI incluyen comúnmente reglas que determinan la conformidad del régimen jurídico ofrecido por el Estado con la garantía y protección de las inversiones: las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida²², las cláusulas de trato justo y equitativo²³, las cláusulas relativas a la expropiación²⁴ y las cláusulas de protección y seguridad integrales²⁵.

El respeto de estas reglas significa generalmente el compromiso del Estado de mantener la seguridad y la estabilidad del ambiente jurídico y económico. Esto se traduce en varios casos, por una limitación del uso de las prerrogativas de poder público cuando estas generen una modificación desventajosa de los derechos o la supresión de las expectativas legítimas del inversor. Del mismo modo, involucran con frecuencia dificultades para proceder a transferencias de la propiedad ya que las califican comúnmente como expropiaciones, nacionalizaciones o medidas equivalentes, y en cualquier caso (independien-

²² La cláusula de trato nacional supone que los inversionistas extranjeros y sus inversiones se benefician de un trato no menos favorable que aquel acordado a los inversionistas y a las inversiones nacionales. La cláusula de la nación más favorecida implica que los Estados partes deben proporcionarles a los inversionistas y a sus inversiones un trato igualmente favorable que aquel acordado a los inversionistas e inversiones provenientes de un tercer Estado.

²³ La cláusula de trato justo y equitativo no tiene una definición unánime. Algunos APPRI desarrollan más el concepto que otros. Los tribunales arbitrales tampoco han presentado una interpretación homogénea de la cláusula. Para algunos, la violación de la cláusula de trato justo implica la denegación de justicia por parte de las instancias judiciales locales; en otros casos, un trato injusto e inequitativo puede corresponder a medidas administrativas que le generan un trato discriminatorio al inversionista o la violación de sus expectativas legítimas.

²⁴ Los APPRI cuentan con varias cláusulas que protegen a los inversionistas contra la expropiación directa o indirecta. Estas normas implican para el Estado la obligación de otorgar una compensación plena, adecuada y efectiva de toda medida que genera la desposesión del inversionista.

²⁵ Las cláusulas de protección y de seguridad integrales implican la obligación para el Estado receptor de asegurar la protección de los inversionistas y de las inversiones de todo perjuicio causado por los agentes del Estado o por particulares. El cumplimiento de la cláusula se traduce normalmente como la protección policial de los inversionistas y de sus bienes (*due diligence*).

temente de la calificación) obligan al pago de una compensación²⁶. Algunos fallos que tratan estas situaciones no consideran comúnmente el objetivo invocado por el Estado al momento de calificar la legitimidad de la medida. Así mismo, aunque ciertas decisiones tienen en cuenta los motivos de interés y orden público que animan la actividad cuestionada del Estado en contra de la inversión, no los consideran como relevantes al momento de determinar de la suma adeudada a título compensatorio²⁷.

De tal modo, el régimen jurídico de las inversiones toca directamente la soberanía de los Estados y su ejecución compromete ordinariamente sus competencias regulatorias. Esta situación genera conflictos que terminan en el desarrollo de numerosos litigios²⁸ frente a los diversos mecanismos para la solución de las controversias relativas a inversiones²⁹.

En cifras consolidadas correspondientes a 2007, los principales conflictos se manifestaron en los sectores terciario y primario, y representaron la fuente del 63 por ciento de los arbitrajes: 39 por ciento de los arbitrajes internacionales corresponden a diferencias relacionadas con el sector de los servicios (electricidad, telecomunicaciones, servicios de agua y gestión de desperdicios) y 24 por ciento al sector primario (exclusivamente a las actividades de exploración y explotación de gas y petróleo)³⁰. Lo anterior no es extraño, ya que los países en vías de desarrollo y los menos avanzados, en su afán por mejorar el crecimiento económico, conceden la gestión de los recursos naturales y la prestación de algunos servicios públicos a los inversionistas extranjeros. En consecuencia, deben aplicar y respetar el régimen jurídico internacional de las inversiones, cuyas obligaciones internacionales delimitan el poder del Estado,

²⁶ “Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. contra República de Costa Rica”, CIADI, caso ARB/96/1 de 17 de febrero de 2000, párr. 68; “Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. (TECMED) contra Estados Unidos Mexicanos”, CIADI, caso ARB/AF/00/2 de 29 de mayo de 2003, párr. 116.

²⁷ “Siemens Corporation contra Argentina”, CIADI, caso ARB/02/8 de 17 de enero de 2007, párr. 270, “CDSE contra Costa Rica”, CIADI, caso ARB/96/1 de 17 de febrero de 2000, párrs. 69-71.

²⁸ Es el caso de los siguientes diferendos tratados en el CIADI: “Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contra Arab Republic of Egypt”, caso ARB/84/3 de 20 de mayo de 1992; “Azurix contra Argentina”, caso ARB/01/12 de 14 de julio de 2006; “Aguas del Tunari contra Bolivia”, caso ARB/02/03 de 21 de octubre de 2005; “Metalclad Corporation contra Estados Unidos Mexicanos”, caso ARB/AF/97/1 de 30 de agosto de 2000; “MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. contra República de Chile”, caso ARB/01/7 de 25 de mayo de 2004, entre otros.

²⁹ Los principales son el CIADI, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Cámara de Comercio de Estocolmo y los arbitrajes *ad hoc*.

³⁰ “Latest developments in investor-state dispute settlement. IIA Monitor núm. 1, 2008”, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2008/3, pág. 2, consultado en http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf, el 19 de septiembre de 2009.

como ya se anotó, para actuar en escenarios determinantes para el interés público. Recordando que los Estados latinoamericanos se caracterizaron en los últimos veinte años por encaminar un proceso de liberalización de sus economías con el fin de conformarse a los compromisos firmados en el Consenso de Washington, la privatización de los servicios públicos y la concesión a inversionistas extranjeros de la exploración y explotación de los recursos naturales serán fenómenos comunes para la región.

Ante tal contexto, los Estados se encuentran confrontados a situaciones en las cuales el respeto de la protección ofrecida a los inversionistas y a sus inversiones entra en colisión con el respeto de otras obligaciones de interés general. Dentro de estas, se encuentran las obligaciones en materia de derechos humanos³¹.

Parece que el derecho internacional de las inversiones se desarrolló sin considerar suficientemente la protección de los derechos humanos. Esta afirmación puede ser extraña, sobre todo si se tiene en cuenta la historia que llevó a las dos especialidades del derecho internacional a encontrarse.

El ejercicio de ciertas prerrogativas de poder público que implican restricciones a las inversiones arrojó un número creciente de condenas provenientes del contencioso arbitral. Esta es una de las razones por la cual la región latinoamericana alberga hoy una tendencia hostil dentro un grupo minoritario de Estados respecto de los APPRI y, en especial, del arbitraje internacional sobre inversiones. Basándose en la necesidad de salvaguardar el interés público y la protección de los derechos humanos por medio de la potestad regulatoria, algunos Estados han decidido excluir del ámbito de competencia del arbitraje a todos los litigios relacionados con los recursos naturales (en noviembre de 2007, el gobierno de Ecuador le notificó a la secretaría del CIADI que excluye de su competencia las disputas relacionadas con los recursos naturales y, en particular, sobre el petróleo, el gas y la industria minera)³². En otros casos han procedido a la denuncia del Convenio del CIADI (en mayo de 2007, Bolivia envió una comunicación al CIADI anunciando la denuncia de la Convención)³³ y en otros

³¹ Es el caso de varios litigios dentro de los cuales los más representativos son: “*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. contra Argentine*”, CIADI, caso ARB/03/19; “*Aguas del Tunari contra Bolivia*”, CIADI, caso ARB/02/03 de 21 de octubre de 2005; *Glamis Gold, Ltd. contra Etats Unis d’Amérique*, CNUDMI; “*Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. contra United Republic of Tanzania*”, CIADI, caso ARB/05/22; “*Anglian Water Group contra République Argentine*”, CNUDMI.

³² La comunicación disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement9>.

³³ El CIADI registró la denuncia en el enlace <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement3>

incluso a la de numerosos APPRI, procediendo a la nacionalización y expropiación de las inversiones. Uno de los casos más célebres es el de Venezuela, que nacionalizó a favor de PDVSA el proyecto Cerro Negro de Exxon Mobil en el Orinoco³⁴.

Ciertos autores sostienen que este giro obedece a un resurgimiento de la doctrina Calvo³⁵ en Latinoamérica. Sin embargo, sin poner en entredicho la importancia de la protección de los derechos humanos y de todo asunto de interés general por medio de la potestad regulatoria, no se puede concluir que se trate de una política regional generalizada. Incluso, la calificación del renacimiento de la doctrina Calvo se podría moderar ya que su reproducción no es fidedigna³⁶. Más adelante se abordará este aspecto con mayor precisión³⁷; pero vale la pena concluir que estos movimientos en la región se suman a los diferentes cuestionamientos que se le endilgan al derecho internacional de las inversiones y que serán, indudablemente, la base de debates y, probablemente, de ajustes a la disciplina.

En todo caso, los APPRI, en particular los más recientes, empiezan a mencionar expresamente el orden público, la salud pública, la protección del medioambiente y los derechos laborales, derecho a la vida, derecho al debido proceso dentro de sus considerandos o como excepciones derogatorias de las normas de protección de la inversión. El arbitraje internacional, por su parte, se ocupa cada vez más de situaciones derivadas de la intersección de los dos regímenes jurídicos y, por tanto, invita a analizar la interacción entre estos dos regímenes jurídicos. Para efectos académicos, se dividieron en dos los escenarios en los cuales confluyen las inversiones y los derechos humanos. Por un lado, las circunstancias en las que esta interacción obra a favor del inversionista y, por el otro, en las que representa una desventaja para el inversor.

³⁴ El ministerio del poder popular para las relaciones exteriores de Venezuela publicó hace poco una ficha técnica del arbitraje que lo involucra con Exxon Mobil, en el siguiente enlace http://www.minci.gob.ve/doc/fs ExxonMobil_espanol_final_15.pdf (consultado el 1º de febrero de 2010).

³⁵ El debate acerca del renacimiento de la doctrina Calvo suscita un interés particular en la academia y en el ámbito jurídico. La Washington Bar organizó hace pocos años un seminario sobre el resurgimiento de esta doctrina: “The resurgence of the Calvo doctrine?”, en http://www.bg-consulting.com/docs/calvo_program.jpg (consultada el 5 de enero de 2010). Véase también, D. SCHNEIDERMAN, “Calvo in Congress: The migration of Constitution-like investment rules”, en www.ualberta.ca/GLOBALISM/pdf/Aus%pdfs/schneidermanab.pdf (consultada el 5 de enero de 2010).

³⁶ W. SHAN, “From «North-South divide» to «private-public debate»: The revival of the Calvo doctrine and the Changing landscape in International Investment Law”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 27, 2007, págs. 631-664.

³⁷ Referirse al cap. 3.B del presente artículo.

B) *Interacción entre la inversión extranjera y los derechos humanos: derechos humanos para proteger a los inversionistas*

En litigios recientes, los inversionistas apoyan sus argumentos invocando la necesidad de conformar el derecho de las inversiones extranjeras con las obligaciones en materia de derechos humanos, de las cuales son también acreedores³⁸. En este caso, los derechos humanos concurren para apoyar la protección de los derechos de los inversionistas³⁹.

Los árbitros son los que principalmente incluyen en la interpretación de los derechos de los inversionistas la protección análoga de los derechos humanos. Tal es el caso de las argumentaciones en defensa del derecho a la propiedad privada de los inversores⁴⁰. Vale la pena mencionar que la interpretación que hacen estos tribunales del derecho a la propiedad privada resiste una posible crítica. En efecto, en algunas situaciones la mención de la propiedad parece más la de un derecho instrumental que la protección a la propiedad como garantía de la dignidad humana⁴¹. Esto significaría que la protección a la propiedad privada del inversionista no es exactamente la de un derecho humano. Por tal motivo, es necesario efectuar un análisis caso por caso. En cualquier caso, estos arbitrajes demuestran la intersección de los derechos humanos con la inversión.

La protección al derecho al debido proceso se encuentra también en algunos laudos que favorecen al inversor. Esta toma la forma de la protección contra

³⁸ “Grand River Entreprises contra Etats Unis d’Amérique”, CNUDMI, memorial de los demandantes de 10 de julio de 2008, párrs. 146-153, en www.state.gov/documents/organization/107684.pdf (consultado el 10 de septiembre de 2009).

³⁹ Es el caso de los asuntos: “Tokios Tokeles contra Ukraine”, CIADI, caso ARB/02/18, sent. de 26 julio 2007; “CMS Gas Transmission Company contra Argentine”, CIADI, caso ARB/01/8, sent. de 12 mayo 2005, párrs. 114-121, entre otros.

⁴⁰ Los tribunales arbitrales usan frecuentemente la interpretación conforme a las normas del derecho internacional, como mecanismo para apoyar sus argumentos en normativas distintas del derecho de las inversiones; como es el caso en los siguientes diferendos en los cuales invocan normas y decisiones de derechos humanos: “Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. (TECMED) contra Estados Unidos Mexicanos”, CIADI, caso ARB/AF/00/2, sent. de 29 mayo 2003, párrs. 116-122; “Azurix contra Argentine”, CIADI, caso ARB/01/12, sent. de 14 julio 2006, párrs. 311-312; “CMS Gas Transmission Company contra Argentine”, CIADI, caso ARB/01/8, sent. de 12 mayo 2005, párrs. 114-121.

⁴¹ Para profundizar en este punto vale mencionar los siguientes trabajos: CH. SCHREURER and U. KRIEBAUM, “The concept of property in human rights law and International Investment Law”, en *Human rights, democracy and the rule of law, liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, Dike, 2007, págs. 743-762; P. ALSTON, “Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: A reply to Petersmann”, en *European Journal of International Law*, 2002, núm. 13, págs. 815-844.

la denegación de justicia (*denial of justice*) y, en particular, el derecho a un tribunal⁴².

La prohibición de la discriminación es otra herramienta de los derechos humanos que los inversionistas han utilizado en sus dos facetas. En la primera, aparece como un argumento que pretende protegerlos en contra del trato diferenciado con respecto a los nacionales y se fundamenta, sobre todo, en la cláusula de trato nacional. En el segundo caso, particularmente en el diferendo que opone a *Grand River Enterprises* contra Estados Unidos, los inversores reclaman la adopción de medidas afirmativas que los diferencien y beneficien en el trato con respecto a los demás y basan sus argumentos en la necesidad de interpretar las normas del TLCAN⁴³ conforme al derecho internacional y, en particular, a la luz de los derechos humanos. En este sentido, insisten en la obligación de los Estados Unidos de adoptar las acciones afirmativas que garanticen los derechos de las poblaciones originarias al momento de interpretar el trato justo y equitativo⁴⁴.

El derecho a la integridad física y moral forma igualmente parte de los argumentos a favor de una interpretación de las cláusulas de los acuerdos que benefician a los inversores. En este sentido, indican que las previsiones de los acuerdos de inversión, en cuanto a la seguridad y la protección plena de las in-

⁴² La doctrina y la jurisprudencia han analizado profundamente este fenómeno. El caso *Mondev* explica: “These decisions concern the «right to a court», an aspect of the human rights conferred on all persons by the major human rights conventions and interpreted by the European Court in an evolutionary way. They emanate from a different region, and are not concerned, as Article 1105(1) of NAFTA is concerned, specifically with investment protection. At most, they provide guidance by analogy as to the possible scope of NAFTA’s guarantee of «treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security»”. “*Mondev International Ltd. contra USA*”, CIADI, caso ARB/(AF)/99/2, laudo arbitral de 11 de octubre de 2002, párr. 144. Véase, igualmente, J. PAULSSON, *Denial of justice in international law*, 4th ed., Cambridge, Cambridge Press, 2007, pág. 279.

⁴³ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en <http://www.nafta-sec-alena.org/>

⁴⁴ “As an evolving norm of customary international law, the duty of States to respect and protect the rights and interests of First Nations across borders, in good faith, must be considered in the interpretation of treaty rights when the interests of First Nations individuals are directly involved. The NAFTA provisions at issue in this case should be interpreted in conformity with such obligation, particularly given that the rights and interests of indigenous peoples specifically contemplated in the *Jay Treaty*—an instrument still in force as between the two NAFTA Parties concerned—are at issue. This approach to interpretation of NAFTA provisions is also in accord with the customary international law obligation of States to honor obligations undertaken with respect to First Nations, as reflected in Article 40 of the United Nations *Declaration on the rights of indigenous peoples* [...]”. “*Grand River Enterprises contra Etats Unis d’Amérique*”, memorial de los demandantes, del 10 de julio de 2008, párrs. 146-153, en <http://www.state.gov/documents/organization/107684.pdf> (consultado el 10 de septiembre de 2009).

versiones, implican la protección al derecho a la integridad⁴⁵, y por tanto, una vulneración de este derecho humano genera igualmente el desconocimiento de dichas cláusulas de los APPRI.

El derecho a la libertad de expresión completa, por el momento, el catálogo de derechos humanos invocados en favor de los inversionistas para interpretar las obligaciones en materia de inversiones. Las violaciones a este derecho integran los argumentos que podrían demostrar un eventual desconocimiento de la cláusula de trato justo y equitativo y la de seguridad y protección plenas⁴⁶.

Es así que la invocación de la protección de los derechos humanos de los inversionistas empieza apenas a dibujarse en el contencioso arbitral y en las estrategias de litigio. Sin embargo, esta incursión no se registra exclusivamente a favor del inversor, sino igualmente en su contra.

C) *Interacción entre la inversión extranjera y los derechos humanos: derechos humanos en contra de los intereses de los inversionistas*

Los derechos humanos se invocan también para la protección de los derechos de individuos diferentes del inversionista. Hasta el momento, los árbitros no han recurrido oficiosamente a esta posibilidad. Son los Estados y los intervinientes en los procesos en calidad de *amicus curiae*, quienes han presentado argumentos que oponen el respeto de los derechos humanos a la aplicación de las reglas de protección de las inversiones extranjeras. Los árbitros no han reconocido, hasta el momento, la validez de los argumentos de protección de los derechos humanos para justificar las violaciones a los APPRI por cuenta de los Estados. De esta manera, este escenario es el que presenta mayores interrogantes en cuanto a la intersección de las dos especialidades del derecho internacional.

El derecho internacional de las inversiones garantiza la protección de la inversión extranjera. Esta protección promueve comúnmente el crecimiento económico al igual que el desarrollo (al menos esta es la posición mayoritaria, tal como se explicó anteriormente)⁴⁷. Sin embargo, en algunos casos limita la

⁴⁵ Los siguientes diferendos evocan este derecho humano el cual se encuentra incluido en las cláusulas de seguridad y protección plena de los acuerdos sobre inversiones: “Compañía de Aguas del Aconquija S. A. et Vivendi Universal S. A. contra République Argentine”, CIADI, caso ARB/97/3, sent. de 20 agosto 2007, párrs. 7.4.13-7.4.17; “Trinh Vinh Binh contra Vietnam”, CNUDMI, documento confidencial referenciado por L. E. PETERSON en su escrito *Droits humains et traités bilatéraux d’investissement*, Canadá, Droits et Démocratie, 2009, págs. 18 y 24.

⁴⁶ “Tokios Tokeles contra Ukraine”, CIADI, caso ARB/02/18, sent. de 26 julio 2007, párr. 123. A pesar de que en este caso no se configuró una violación al trato justo y equitativo y las cláusulas de seguridad plena y protección, el laudo deja abierta la posibilidad para que una eventual violación de la libertad de expresión resulte por vía de interpretación en la violación de estas cláusulas.

⁴⁷ Véase nota 18.

soberanía del Estado y le impide tener un control suficiente para garantizar y respetar los derechos humanos, distintos a aquellos de los inversionistas⁴⁸. La mayoría de las decisiones arbitrales reflejan la imposibilidad del Estado de modificar la legislación o el ejercicio del poder reglamentario, ya que no reconocen la protección de los derechos humanos como una justificación válida para actuar en contra de las disposiciones de los APPRI. Lo anterior compromete directamente la adopción de políticas públicas en escenarios clave para el interés público y el orden interno⁴⁹ y, por consiguiente, para los derechos humanos. Es así que el derecho a la salud, al agua, a la vivienda, los derechos de los pueblos indígenas, la libertad de expresión, la prohibición de la discriminación y el derecho a la vida aparecen comprometidos al momento de la protección y promoción de la inversión extranjera.

A pesar del carácter confidencial de un buen número de procedimientos arbitrales, algunos fallos dejan percibir ciertos argumentos presentados por los Estados que sustentan su defensa basándose en la protección de los derechos humanos. Las intervenciones de terceros por medio de los escritos de *amicus curiae* defienden, igualmente, la articulación entre inversión extranjera y derechos humanos.

En general, los memoriales presentados por los Estados, en menor medida que los escritos de intervención de los terceros, exponen este fenómeno en el marco del arbitraje internacional de inversiones. Algunos de los casos argentinos revelan en su defensa, la protección general de los derechos humanos como una justificación al incumplimiento de los compromisos adquiridos en los tratados sobre inversión, sin referirse a la posible violación de un derecho en particular. Ejemplo de ello es lo recogido por los árbitros en el fallo *CMS contra Argentina*: “El demandado sostiene, además, que como la crisis económica y social que afectó al país comprometió derechos humanos básicos, ningún tratado

⁴⁸ Varios autores han tratado este problema. Los aportes más recientes son: R. BACHAND, M. GALLIÉ et S. ROUSSEAU, “Droit de l’investissement et droits humains dans les Amériques”, *Annuaire Français de Droit International*, 2003, vol. XLIX, págs. 575-610; J. FRY, “International human rights law in investment arbitration: evidence of international law’s unity”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2007, págs. 77-149; U. KRIEBAUM, “Privatizing human rights. The interface between international investment protection and human rights”, en A. REINISCH and U. KRIEBAUM, *Law of international relations; liber amicorum Hans Peter Neuhold*, Pays-Bas, 2007, Eleven International, págs. 165-189; L. LIBERTI, “Investissement et droits de l’homme”, en P. Kahn and T. Wälde (Eds.), *New aspects of international investment law*, Leiden, Nijhoff, 2007, págs. 791-852; L. E. PETERSON, *Droits humains et traités bilatéraux d’investissement*, Canada, Droits et Démocratie, 2009, pág. 45; CH. PFAFF, “Investment, protection by other mechanism: The role of human rights institutions and the WTO”, en R. HOFMANN and CH. THAMS, *The international Convention on the settlement of investment disputes (ICSID), Taking stock after 40 years*, Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 267-329.

⁴⁹ F. HORCHANI, “Le droit international des investissements à l’heure de la mondialisation”, *Journal du Droit International*, 2004, págs. 367-441.

de inversiones podría prevalecer pues ello implicaría la violación de esos derechos constitucionalmente reconocidos”⁵⁰. Sin embargo, el Tribunal desestimó el argumento en vista de que consideró que en el caso en cuestión no se estaban afectando derechos fundamentales y, por tanto, no había motivo para estudiar la jerarquía de las normas⁵¹. Otros casos argentinos revelan la estrategia empleada por el Estado en ciertos asuntos basada en la protección de los derechos humanos. Sin embargo, hasta el momento, ni los memoriales de los Estados están al alcance del público (por la confidencialidad de ciertos litigios), ni los árbitros han fallado a favor del Estado basándose en su responsabilidad principal en cuanto a derechos humanos. Con todo, la creciente referencia a los derechos humanos en diferentes procedimientos arbitrales permite pensar en una evolución de la materia.

El catálogo de derechos humanos eventualmente involucrados en las actividades de inversión extranjera se está ampliando. El derecho a la vida, a la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de reunión, así como algunos de los derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la salud, al agua, a la adecuada alimentación, los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas) cobran protagonismo progresivamente en ciertos casos de arbitraje de inversión, con objeto de favorecer a personas distintas del inversionista.

El derecho humano al agua está en medio de varios diferendos derivados del tratamiento y distribución de servicios de agua potable por parte de inversionistas extranjeros. Los argumentos en defensa del Estado reposan sobre la necesidad de interpretar los tratados de inversión en consonancia con las demás obligaciones internacionales del Estado, dentro de las cuales el derecho al agua⁵². Así mismo argumentan los terceros interesados⁵³. Las decisiones de

⁵⁰ “CMS Gas Transmission Company contra Argentine”, CIADI, caso ARB/01/8, sent. de 12 mayo 2005, párr. 114.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 121: “En el presente caso, el Tribunal no considera que exista una colisión de ese tipo. Primero, porque la Constitución protege cuidadosamente el derecho de propiedad, tal como lo hacen los tratados sobre derechos humanos, y en seguida porque al considerar los aspectos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”.

⁵² L. E. PETERSON recoge la mayoría de litigios que involucran el derecho al agua y en los cuales el Estado presenta esta obligación en oposición a los tratados de inversión extranjera: “Anglian Water Group contra République Argentine”, CNUDMI. En el caso, “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., et Vivendi Universal S. A. contra République Argentine”, CIADI, ARB/03/19, resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*, 17 de marzo de 2006, párr. 18, el Tribunal señala claramente: “El factor por el cual este caso reviste especial interés público consiste en que la diferencia relativa a inversiones gira en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de las áreas urbanas de la provincia de Santa Fe. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a cientos de miles de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos”. L. E. PETERSON, *op. cit.*, págs. 26-31.

los tribunales están aún pendientes, por lo cual resulta interesante proceder al seguimiento de estos litigios.

Los derechos de los pueblos indígenas tienen, igualmente, un papel interesante en el arbitraje de inversión. Las actividades de inversión pueden afectar los derechos de las poblaciones originarias. Por el momento existen dos casos en los cuales estos derechos se encuentran involucrados: el caso *Glamis Gold* y el caso *Grand River enterprises*. En el caso *Glamis Gold*, a pesar de que los escritos en calidad de *amicus curiae* se refirieron extensamente a la protección de los derechos de los indígenas, en particular a su derecho a la propiedad sobre el territorio y sus recursos naturales, ni el escrito de contestación de la demanda ni el fallo hacen mención.

De este modo, poco a poco se ha empezado a ventilar el respeto de los derechos humanos en el contencioso arbitral, y por tal motivo se podría inferir el inicio de una tendencia del derecho internacional de las inversiones por un análisis más sistémico de sus normas y, en particular, integrador de algunas prescripciones en materia de derechos humanos. De hecho, las críticas que hoy se ventilan respecto a la necesidad de evolución del derecho internacional de las inversiones ya han iniciado algunos procesos de cambio.

4. TENDENCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EN FAVOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

El desarrollo acelerado de litigios de inversión, así como el número de condenas, está alcanzando una magnitud global. Los fallos generan consecuencias económicas y políticas importantes en contra de Estados tanto exportadores como importadores de capital. En efecto, históricamente, los países en vías de desarrollo eran esencialmente importadores de capital y concluían tratados bilaterales de inversión con países desarrollados. Hoy día, están firmando acuerdos entre ellos pasando de 42 en los años noventa a 679 en 2006; es decir, una proporción de casi el 30 por ciento del total de los acuerdos de inversión⁵⁴. El resultado de este proceso es un entramado global y descentralizado de acuerdos en materia de inversión⁵⁵. De este modo, Estados desarrollados y en vías de desarrollo se enfrentan hoy a problemas muy similares en los litigios que de

⁵³ Escrito de *amicus curiae* presentando en el caso “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. contra République Argentine”, CIRDI, ARB/03/19 (consultado en http://www.ciel.org/Publications/SUEZ_Amicus_Spanish_4Apr07.pdf, en enero de 2010). Interesantes, igualmente, las intervenciones en el caso “*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd.* contra *United Republic of Tanzania*”, CIRDI, affaire ARB/05/22.

⁵⁴ CNUCED, “Recent developments in international investment agreements”, IIA Monitor núm. 2, 2005. A. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009, pág. 58.

⁵⁵ A. NEWCOMBE y L. PARADELL, *op. cit.*

ellos se derivan. En respuesta, los Estados están cambiando y readaptando los modelos de los APPRI.

Las críticas que hoy soporta el régimen jurídico de la inversión extranjera promueven debates que giran en torno a su adaptación a nuevas realidades que se traducen en modificaciones en la estructura de los tratados internacionales (véase A, *infra*), así como en el procedimiento para la solución de las controversias (véase B, *infra*). La región latinoamericana evidencia un comportamiento particular al respecto (véase C, *infra*).

A) *Modificaciones a los acuerdos para la promoción y protección de las inversiones*

Los recientes modelos de tratados de inversión cuentan con nuevas características dentro de las cuales algunas podrían favorecer las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

La potestad regulatoria de los Estados, en cuanto a atributo de la soberanía, forma parte de las reivindicaciones de esta evolución. Por tal motivo, están aclarando el alcance de muchas obligaciones, partiendo del objeto y el fin del tratado, así como las normas que determinan el estándar de trato mínimo, el alcance de la cláusula de nación más favorecida y los límites de la cláusula de trato nacional.

En cuanto a los preámbulos de los APPRI, siguiendo el derecho internacional consuetudinario, estos evidencian el objeto y el fin del tratado. Por lo general, los árbitros deberían tener en cuenta el valor jurídico del preámbulo al interpretar las disposiciones del tratado⁵⁶. La mayoría de los acuerdos de inversión incluyen el desarrollo económico dentro de sus objetivos. Este no abarca el desarrollo social o cultural, aunque esta afirmación resistiría un análisis caso por caso. Por tal motivo, algunos acuerdos y modelos recientes especifican otros objetivos que coinciden mayormente con el interés del Estado, como es el caso de la referencia a la protección de la salud y la seguridad, la preservación del medioambiente y los derechos laborales, entre otros⁵⁷. Finalmente, ciertos APPRI

⁵⁶ El arbitraje de inversión ha interpretado en sentido contradictorio el valor jurídico de los preámbulos y, en particular, la referencia al desarrollo económico de los Estados. Algunos árbitros lo han tenido en cuenta: “Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal contra Argentine”, CIADI, caso ARB/97/3, sent. de 20 agosto 2007, párr. 7.4.4. Para precisar este punto referirse a CH. LEBEN, “La partecipazione allo sviluppo economico di uno stato e’ una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati”, Convegno italo-francese *Il nuovo diritto internazionale degli investimenti*, Università Federico II, Napoli, 26 mai 2008, en http://www.sidi-isil.it/html/NEWS/allegati/Leben%20Charles%2026_05_2008.pdf (consultado el 2 de marzo de 2009).

⁵⁷ Modelo de TBI de Estados Unidos de 2004: “Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights”. El tratado entre Suiza, Serbia y Montenegro

recuerdan en los preámbulos los compromisos internacionales adquiridos en cuestión de derechos humanos⁵⁸.

Las cláusulas principales de los APPRI son actualmente el objeto de precisiones que parecieran intentar restablecer el equilibrio entre la protección de la inversión y los intereses del Estado⁵⁹, tales como la potestad regulatoria en materia de salud, seguridad y medioambiente. Sin embargo, el alcance de estas adaptaciones solo podrá apreciarse en el desarrollo del procedimiento contencioso sobre inversiones, en el cual hasta el momento domina una posición mayoritaria más restrictiva y limitada al respecto.

Las excepciones al régimen de inversiones (la educación, el medioambiente⁶⁰, la salud, la seguridad, el orden público, los derechos humanos y las normas sociales⁶¹, etc.) son elementos que favorecen la protección de los derechos humanos relacionados. La técnica de las excepciones se ha venido perfeccionando. Hoy encontramos un número interesante de los APPRI que establecen excepciones al trato nacional y al trato justo y equitativo. Tratándose de la prohibición de requisitos de desempeño obligatorios y de la sujeción de ventajas a requisitos de desempeño, el Estado puede dictar medidas en su contra en caso de ser “necesarias para protección del medioambiente, vida, salud, preservación de recursos naturales”⁶².

Algunos regímenes jurídicos establecen excepciones más específicas que privilegian notablemente la protección de los derechos humanos. Un ejemplo de esta tendencia son ciertos APPRI de Suráfrica, los cuales excluyen de la aplicación de las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida a las leyes internas y a todas las medidas que adopte el Estado, en beneficio de la política de empoderamiento económico de los negros⁶³ (*black economic empowerment*)⁶⁴.

de 2005 se expresa en términos muy similares. Al igual que el TLC entre Chile y Perú. Consultables en CNUCED Country-specific BITS lists. <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>

⁵⁸ El TLC Colombia/Canadá de 2008, el TLC Colombia y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC-EFTA) y el TLC EFTA/Singapur de 26 de junio de 2002, afirman su compromiso de respetar los principios derivados de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

⁵⁹ Para tener un panorama más específico del interés general en el derecho internacional de las inversiones, referirse a W. BEN HAMIDA, “L’arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents”, en *Journal de Droit International*, 2004, págs. 419-441.

⁶⁰ TLCAN, *cit.*, nota 41, art. 1106.

⁶¹ TLC Canadá-Perú, art. 810, en www.international.gc.ca, modelo noruego de TBI de 2008 (el cual no entró en vigencia), en www.regjeringen.no.

⁶² TLC Chili/Etats-Unis du 6/6/2003, art. 10.5.3.c, en <http://www.direcon.cl/>

⁶³ Véase art. 4º (4) c del TBI entre Suráfrica y Madagascar, en http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/madagascar_southafrica_fr.pdf

⁶⁴ Sobre las políticas de empoderamiento económico de los negros referirse a V. M. COLEMAN y K. WILLIAMS, “South Africa’s bilateral investment treaties, «black economic empow-

Lo anterior muestra que un empleo creciente de la técnica de las excepciones puede favorecer la protección de los derechos humanos. Sin embargo, suscitan las preocupaciones de todo régimen excepcional en cuanto al desequilibrio en la protección del inversionista. Un empleo indiscriminado de esta herramienta podría hacer girar la balanza en beneficio del Estado y generar un clima propicio para los abusos de una eventual posición dominante.

Así mismo, los nuevos APPRI promueven una mayor transparencia en los procedimientos. Esto implica no solo la autorización explícita a la participación de terceros intervinientes en calidad de *amicus curiae*, sino igualmente la publicidad del proceso y de la información, dejando a salvo estrictamente la protección de datos privilegiados. Los modelos canadiense y estadounidense evidencian esta tendencia⁶⁵.

La tendencia general a la mención explícita de la protección de los derechos humanos es aún esencialmente tímida; sin embargo, los cambios expuestos demuestran un mayor interés de los Estados por proteger sus competencias relacionadas con el interés y el orden público y, por tanto, mediatamente con la protección de los derechos humanos.

B) *Cambios en el arbitraje sobre inversión extranjera*

El arbitraje sobre inversiones es otro de los aspectos de mayor dinamismo del sector, probablemente más de lo esperado por los Estados al momento de su creación y consolidación, como el mecanismo de solución de controversias por excelencia en las inversiones. Su origen es netamente privatista, ya que se deriva del arbitraje comercial. Con el paso de los años, el arbitraje de inversión va adquiriendo características que le son propias y se va adaptando a situaciones, sujetos y normas específicas que son ajenas a las relaciones estrictamente comerciales privadas. El fenómeno adquiere tallas globales y en ciertos casos incluso regionales.

El arbitraje de inversiones se aparta del comercial en tres de sus rasgos característicos: en primer lugar, el derecho aplicable va más allá del derecho interno y arroja decisiones basadas especialmente en el tratado en cuestión y en el derecho internacional público. En segundo lugar, el arbitraje de inversiones se aparta progresivamente de la estricta confidencialidad que caracteriza las relaciones comerciales privadas. En tercer lugar, en vista de que un buen número de argumentos centrales de las disputas involucran asuntos de interés general, la intervención de los terceros en calidad de *amicus curiae* es un rasgo que se consolida progresivamente.

erment and mining: a fragmented meeting?»”, *Business Law International*, 2008; y a L. E. PETERSON, “South Africa’s bilateral investment treaties. Implications for development and human rights”, *Occasional Papers*, Ginebra, 2006, Frederich-Ebert-Stiftung, pág. 41.

⁶⁵ Arts. 19 y 11, respectivamente. El modelo canadiense se puede consultar en www.international.gc.ca

Estos cambios denotan el paso de la adolescencia a la juventud del arbitraje de inversiones, cuya tendencia evolutiva continúa y cuyas resultas no se podrían establecer con precisión. Con todo, es evidente de que las normas que establecen el derecho aplicable se refieren generalmente al tratado en cuestión y al derecho internacional, el cual incluye, sin duda, los derechos humanos. Por tanto, se puede afirmar que hoy día los árbitros tienen todas las herramientas para realizar una interpretación armoniosa del derecho internacional de la inversión extranjera con el derecho internacional y, en particular, con los derechos humanos.

Las enmiendas de 2005 a la Convención CIADI⁶⁶ son el ejemplo más palpable que concreta estas adaptaciones del arbitraje comercial. La publicación de los fallos⁶⁷, el acceso por terceros intervinientes al proceso y los procedimientos abiertos al público⁶⁸, se concretan en nuevas normas del estatuto o modificaciones de las precedentes. El contencioso arbitral ha incorporado estas nuevas herramientas en casos como el de *Bewater Gauff* contra Tanzania⁶⁹ o el de Suez y otros contra Argentina⁷⁰ (en los cuales se acepta la intervención de terceros en calidad de *amicus curiae*).

Sin embargo, las críticas al sistema subsisten y una de las más recurridas es la falta de homogeneidad en las interpretaciones de los árbitros, que en algunos casos arrojan conclusiones diametralmente opuestas para hechos y personas idénticas. La utilización de la técnica del precedente, sería una solución deseable para la coherencia del sistema⁷¹. De hecho, varias decisiones se basan en interpretaciones realizadas en fallos previos y podrían representar el punto de partida de un cambio radical del sistema.

Otro aspecto del arbitraje que muy seguramente encontrará respuestas pronto, es la necesidad de unificar los fallos por medio de un órgano de apelación⁷².

Todas estas críticas promueven nuevos cambios y adaptaciones del arbitraje internacional de inversiones que podrían ser muy útiles al momento de in-

⁶⁶ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por la Convención CIADI, ha sido el foro arbitral central de las controversias de más de 2.500 TBI firmados por los diferentes Estados. Igualmente, es el referente para dirimir los conflictos de varios acuerdos multilaterales dentro de los cuales se destacan el TLCAN, la Carta de la Energía, y varios TLC. Las modificaciones al estatuto se pueden consultar en la página web de CIADI.

⁶⁷ Convenio CIADI, art. 48.5.

⁶⁸ *Ibidem*, art. 37.2.

⁶⁹ “*Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. contra United Republic of Tanzania*”, *cit.*, nota 53.

⁷⁰ “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., et Vivendi Universal S. A. contra République Argentine”, *cit.*, nota 53.

⁷¹ CH. SCHREURER y M. WEINIGER, “A doctrine of precedent”, en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, págs. 1188-1206.

⁷² K. P. Sauvart (Ed.), *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, pág. 472.

interpretar las normas a la luz de los derechos humanos. Además, es probable que conforme a los APPRI incluyan mayores consideraciones de derechos humanos, los árbitros empezarán a ocuparse más fácilmente de la interpretación de estas previsiones.

C) *Tendencias en Latinoamérica*

En América Latina, luego de haber superado la hostilidad a la institución, este mecanismo de solución de controversias adquiere una popularidad innegable. Sin embargo, la posición de algunos Estados permite preguntarse acerca de la aceptabilidad y legitimidad del CIADI y, en general, del arbitraje internacional relativo a las inversiones en la región.

La heterogeneidad política, económica y social de la región evidencia claras rupturas respecto al arbitraje internacional de inversiones. Estados con modelos económicos liberales de mercado (Chile, Colombia, Perú, Uruguay, Paraguay, Panamá, Costa Rica) son favorables al arbitraje de inversión y, en particular, al CIADI. Los casos de Venezuela, Bolivia, Nicaragua y Ecuador rompen la tendencia previa de aceptabilidad del arbitraje internacional de inversiones. Estos últimos evidencian su posición de rechazo y denuncia de los convenios mediante las iniciativas a instancias del ALBA⁷³ y por la denuncia del Convenio CIADI o la exclusión de determinados sectores del arbitraje internacional. Dentro de los argumentos presentados por este bloque de Estados cobra vigencia la potestad regulatoria del Estado, al igual que la necesidad de proteger efectivamente los derechos humanos.

Sin embargo, de las posiciones hostiles respecto al arbitraje internacional sobre inversiones presentadas por estos Estados, no se puede deducir una tendencia general de la región. Lo que sí se puede inferir en materia de derechos humanos, es que en vista de la pertenencia de los Estados latinoamericanos a la OEA y, en particular, al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las eventuales interpretaciones de las normas de inversión por los árbitros podrían tener en cuenta las especificidades del sistema y arrojar resultados particulares para casos que involucren Estados de la región. Por ejemplo, en lo que atañe a la protección de la propiedad de las comunidades indígenas o a la determinación de la prohibición de la discriminación como norma de *ius cogens*.

5. CONCLUSIÓN

El desempeño de la región latinoamericana en los movimientos de la economía global, supuso el desarrollo del derecho internacional de las inversiones por medio del estímulo a la concretización de múltiples APPRI y a la aceptación del arbitraje internacional como mecanismo para la solución de las dife-

⁷³ Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestras Américas; consúltese en <http://www.alternativabolivariana.org>

rencias. Esta característica sumada al robustecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, signó el divorcio de las políticas de inversión de los Estados latinoamericanos con las estrategias proteccionistas derivadas de la doctrina Calvo. Sin embargo, el contexto actual de la materia, demuestra que las restricciones que el derecho de las inversiones le imponen a las competencias del Estado están presionando cambios en el régimen jurídico aplicable. Los derechos humanos recobran un cierto papel en las relaciones Estado-inversionista y, en particular, en la redacción de los APPRI y en las argumentaciones en el arbitraje internacional. A pesar de tratarse de una incursión tímida y a veces implícita, los derechos humanos tienen hoy en día un peso considerable en la fundamentación de los escritos de demanda y contestación en los litigios sobre inversiones. La jurisprudencia internacional está considerando la interrelación entre estas dos especialidades desde los memoriales de las defensas, los *amicus curiae*, y recientemente en las pretensiones de los inversionistas. Su referencia en los textos convencionales, sobre todo en los preámbulos de los APPRI, así como en las excepciones al régimen del tratado, permiten pensar en una tendencia hacia la interpretación más sistémica del derecho de las inversiones. De hecho, los múltiples procedimientos contenciosos fallados en contra de varios Estados latinoamericanos, son el origen de buen número de las críticas que hoy le endilgan al sistema jurídico internacional de las inversiones. Estas fundamentan las actuales tendencias del régimen en lo concerniente a la inclusión de participación de la población en los litigios que involucran asuntos de interés público y la mayor publicación de los fallos. De igual forma, la tendencia hacia la firma de acuerdos de inversión más cuidadosos de los compromisos internacionales en materia de medioambiente y derechos humanos, completan un panorama favorable al reencuentro de estos con el derecho de las inversiones.

Resta entonces esperar los futuros pronunciamientos arbitrales basados en los nuevos tratados para determinar el alcance de las referencias a los derechos humanos en las interpretaciones de los árbitros.

Los resultados de las iniciativas de creación de nuevos mecanismos y órganos para la solución de las controversias sobre inversiones en la región podrían modificar el panorama descrito, al igual que los efectos de un mayor desarrollo de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos respecto al derecho de propiedad y de algunos derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al agua. Por tanto, invitan a realizar estudios futuros que completen el presente análisis.

6. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina y documentación oficial

Asamblea General, res. 1803 (XVII), “Soberanía permanente sobre los Recursos Naturales”, 14 de diciembre de 1962.

— Res. 3281 (XXIX), “Carta de derechos y deberes económicos de los Estados”, 12 diciembre de 1974.

ALSTON, PH.: “Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: A reply to petersmann”, en *European Journal of International Law*, 2002, núm. 13.

BACHAND R., GALLIÉ M. et Rousseau S.: “Droit de l’investissement et droits humains dans les Amériques”, en *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. XLIX, págs. 575-610.

BARBERIS, J. A.: “Le règles spécifiques du droit international en Amérique Latine”, en R.C.A.D.I., 1992-IV, t. 235.

BEN HAMIDA, W.: “L’arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents”, en *Journal de Droit International*, 2004.

CALVO, C.: *Le droit international théorique et pratique précédé d’un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paris, Rousseau, 1896.

— “Carnegie Endowment for International Peace”, *International Conferences of American States*, Washington, Second Supplement.

CASSESE, A.: *Diritto Internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006, pág. 426.

CNUCED: “Recent developments in international investment agreements”, IIA Monitor, núm. 2, 2005.

— “Convención para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras”, conferencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), New York, 10 de junio de 1958, entrada en vigencia el 7 de junio de 1959.

— Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Washington D. C., 18 de marzo de 1965, entrada en vigencia el 14 de octubre de 1966.

COLEMAN, V. M. y WILLIAMS, K.: “South Africa’s bilateral investment treaties, «black economic empowerment and mining: a fragmented meeting», *Business Law International*, 2008.

DAILLER, P. y PELLET, A.: *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J., 2002.

FRY, J.: “International human rights law in investment arbitration: evidence of international law’s unity”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2007.

GALLAGHER, K. P. and BIRCH, M.: “Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from «Latin America», en *Journal of World Investment and Trade*, 2006.

GALY, K.: “*Contribution à l’étude de l’impregnation progressive du régionalisme par les Droits de l’Homme. L’exemple du régionalisme américain*”, tesis doctoral, Universidad de las Antillas y de la Guyana, 2006.

HATHAWAY, O.: “Do human rights treaties make a difference?”, en *The Yale Law Journal*, 2002.

HORCHANI, F.: “Le droit international des investissements à l’heure de la mondialisation”, en *Journal du droit international*, 2004.

KRIEBAUM, U.: “Privatizing human rights. The interface between international investment protection and human rights”, en REINISCH, A. and KRIEBAUM, U., *Law of international relations; liber amicorum Hans Peter Neuhold*, Pays-Bas, 2007.

LEBEN, CH.: “La partecipazione allo sviluppo economico di uno stato e’ una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati”, Convegno italo-francese *Il nuovo diritto internazionale degli investimenti*, Université Federico II, Naples, 26 mai 2008, http://www.sidi-isil.it/html/NEWS/allegati/Leben%20Charles%2026_05_2008.pdf, consultado el 2 de marzo de 2009.

— “L’evolution du droit international des investissements: un rapide survol”, en *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006.

LIBERTI, L.: “Investissement et droits de l’homme”, en P. Kahn and T. Wälde (Ed.), *New aspects of international investment law*, Leiden, Nijhoff, 2007.

— “Latest developments in investor-state dispute settlement. IIA Monitor núm. 1, 2008”, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2008/3, pág. 2, consultado en http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf, el 19 de septiembre de 2009.

MÁRQUEZ-ESCOBAR, C. P.: “Expropiación mediante regulación: Inversión Extranjera, Tratados de Promoción de Inversiones y el Poder de Policía del Estado”, en *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm.11.

MOURRA, M. H.: “The conflicts and controversies in Latin American treaty-based disputes”, págs. 5-6, en Th. E., Carbonneau, M. H. Mourra (Eds.), *Latin American investment treaty arbitration: the controversies and conflicts*, Austin, Wolter Kluwer, 2008.

NEWCOMBE, A. y PARADELL, L.: *Law and practice of investment treaties*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009.

PAULSSON, J.: *Denial of Justice in International Law*, 4th ed., Cambridge, Cambridge Press, 2007.

PETERSON, L. E.: “South Africa’s bilateral investment treaties. Implications for development and human rights”, en *Occasional Papers*, Ginebra, 2006, Frederick-Ebert-Stiftung.

— *Droits Humains et traités bilatéraux d’investissement*, Canada, Droits et Démocratie, 2009.

PFAFF, CH.: “Investment, Protection by other mechanism: The role of human rights institutions and the WTO”, en HOFMANN R., THAMS CH., *The inter-*

national Convention on the settlement of investment disputes (ICSID), Taking stock after 40 years, Baden-Baden, Nomos, 2007.

REINISCH, A. and KRIEBAUM, U.: *Law of international relations; liber amicorum Hans Peter Neuhold*, Pays-Bas, 2007.

SAUVANT, K. P. (Ed.): *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, New York, Oxford University Press, 2008.

SCHNEIDERMAN, D.: "Calvo in Congress: The Migration of Constitution-Like Investment Rules", en www.ualberta.ca/GLOBALISM/pdf/Aus%0pdfs/schneidermanab.pdf, consultada el 5 de enero de 2010.

SCHREURER, CH. and WEINIGER, M.: "A doctrine of precedent", en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

SCHREURER, CH. and KRIEBAUM, U.: "The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law", en *Human Rights, Democracy and the Rule of Law, liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, Dike, 2007.

SHAN, W.: "From «North-South Divide» to «Private-Public Debate»: The revival of the Calvo Doctrine and the Changing landscape in International Investment Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 27, 2007.

SHEA, W.: *The CALVO Clause*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

Jurisprudencia, opiniones consultivas, laudos

Aguas del Tunari c. Bolivia, CIADI, caso núm. ARB/02/03, sent. de 21 octubre 2005.

Anglian Water Group c. République argentine, CNUDMI.

Azurix c. Argentine, CIADI, caso núm. ARB/01/12, sent. de 14 julio 2006.

Barcelona Traction Light and Power Company, Bélgica c. España, 5 de febrero de 1970, Rec. 1970.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. United Republic of Tanzania, CIADI, caso núm. ARB/05/22.

CDSE c. Costa Rica, CIADI, caso núm. ARB/96/1, sent. de 17 febrero 2000.

CMS Gas Transmission Company c. Argentine, CIADI, caso núm. ARB/01/8, sent. de 12 mayo 2005.

Compañía de Aguas del Aconquija S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République Argentine, CIADI, caso núm. ARB/97/3, sent. de 20 agosto 2007.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. c. República de Costa Rica, CIADI, caso núm. ARB/96/1 sent. de 17 febrero 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10 de 1980, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del art. 64 de la CADH*, 14 julio 1989.

Glamis Gold, Ltd. c. Etats Unis d'Amérique, *CNUDMI*.

Mavrommatis (Concessions) Grecia c. Reino Unido, C.P.J.I., 26 marzo 1925, rec. 1924.

Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, caso núm. ARB/AF/97/1, de 30 agosto 2000.

Mondev International Ltd. c. USA, CIADI, caso núm. ARB/(AF)/99/2, laudo arbitral de 11 octubre 2002.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. c. República de Chile, caso núm. ARB/01/7, de 25 mayo 2004.

Nottebohm, Liechtenstein c. Guatemala, C.I.J., 6 abril 1955.

Siemens Corporation c. Argentina, CIADI, caso núm. ARB/02/8 de 17 enero 2007.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt, caso núm. ARB/84/3, de 20 mayo 1992.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. c. Argentine, *CIADI*, caso núm. ARB/03/19.

Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. (TECMED) c. Estados Unidos Mexicanos, CIADI, caso núm. ARB/AF/00/2, de 29 mayo 2003.

Tokios Tokeles c. Ukraine, CIADI, caso núm. ARB/02/18, sent. de 26 julio 2007.

Trinh Vinh Binh c. Vietnam, *CNUDMI*, documento confidencial.

