

Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable

*Gustavo Prieto**

RESUMEN

En los últimos años, los flujos de inversión han crecido a nivel mundial y junto con estos se ha producido un desarrollo normativo que comprende la creación de más de 3.000 tratados bilaterales y regionales. Estos tratados comparten similares estándares sustantivos de trato, así como procedimientos similares de solución de controversias. Por esta razón, se ha conceptualizado a este conjunto de normas en el derecho internacional como un régimen emergente global de inversiones, el cual está generando constantes tensiones entre estados. La creación de este régimen emergente no es espontánea, ya que proviene de un complejo proceso de evolución que se desarrolla a través de la historia del derecho internacional. El presente trabajo analiza la historia y evolución del Derecho Internacional de Inversiones, e identifica los puntos clave que deben ser considerados en la construcción de una regulación integral de la inversión extranjera.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional de Inversiones, régimen global de inversiones, tratados Bilaterales de Inversiones, arbitraje internacional.

SUMMARY

In recent years, investment flows worldwide have rapidly increased, and along with this there has been a regulatory development on the international level that includes the creation of more than 3000 bilateral and regional treaties. These treaties share similar substantive standards and dispute settlement mechanisms. For this reason, this legal framework has been conceptualized as an emerging global investment regime, which is generating constant tensions between states. The creation of this emerging regime was not a spontaneous development; on the contrary, it is the outcome of a complex evolutionary process that has developed through the history of International Law. This article analyzes the history and evolution of International Investment Law, and identifies the key elements of the current emerging regime that shall be considered in the construction of a comprehensive regulation of foreign investments.

KEY WORDS: International Investment Law, global investment regime, bilateral investment treaties, international arbitration.

— **FORO** —

* Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Investigador sobre temas de Derecho Internacional Económico y de Inversiones.

INTRODUCCIÓN

La última década del siglo XX y los primeros años del siglo XXI se han caracterizado por un gran incremento de los flujos de inversión extranjera directa a nivel global. Según datos de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) en la década de los noventa los flujos de inversión extranjera se cuadruplicaron.¹ Junto a este crecimiento, se empezó a evidenciar un desarrollo normativo tanto a nivel nacional como internacional. En el contexto internacional se creó una gran cantidad de tratados tanto bilaterales como regionales y actualmente existen más de 6.000 tratados que regulan directa o indirectamente la inversión extranjera y que actualmente se los considera como un régimen global emergente. Adicionalmente a esta gran cantidad de tratados, en su mayoría bilaterales, se ha generado un sinnúmero de precedentes de tribunales arbitrales y cortes internacionales, que han añadido interpretaciones opuestas sobre los principios y reglas que conforman el régimen emergente. La inversión extranjera en este contexto continúa generando constantes tensiones entre países desarrollados y en desarrollo.

El presente trabajo pretende establecer y analizar el proceso de evolución normativo que ha tenido la inversión dentro del Derecho internacional, así como identificar las tendencias dentro de la sociedad internacional que han influido en el régimen actual de tratados bilaterales y regionales. La aproximación a este proceso evolutivo se realizará en cinco partes: 1. Una descripción desde el período antiguo del Derecho internacional hasta el tiempo de la colonia; 2. El estudio de la época colonial y la expansión de la economía mundial en el siglo XIX; 3. Una mirada a la inversión durante el colapso de la economía mundial y las dos guerras mundiales; 4. La regulación de la inversión durante la reconstrucción del orden económico mundial y los fallidos intentos multilaterales; y 5. La construcción del actual régimen emergente desde el bilateralismo y regionalismo.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Existen tres conceptos fundamentales que a continuación se definen brevemente: inversión extranjera directa; inversión de cartera o portafolio; y, el riesgo político. Los dos primeros nacen de la complejidad de la definición de la noción de inversión en el

1. Informe de la UNCTAD, citado por Rudolf Dolzer y Chrisoph Schreuer en *Principles Of Investment Law*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2008, p. 1.

Derecho internacional, mientras que el tercero –riesgo político– es un elemento esencial para la comprensión de la generación de un marco de protección de inversiones.

INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA E INVERSIÓN DE CARTERA

El concepto expresado como inversión puede variar de tratado en tratado y en muchos casos, como en el Tratado de creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), se ha evitado dar una definición exacta, dejando la puerta abierta para que tribunales arbitrales construyan esta definición a través del tiempo. En principio se puede afirmar que inversión es toda utilización de activos, de una entidad económica,² destinados a obtener un beneficio económico. Partiendo de este concepto, se puede establecer que inversión extranjera significa la utilización de activos en al menos una jurisdicción adicional al país de origen de la entidad económica propietaria de estos.

La inversión extranjera a su vez se divide en dos tipos: extranjera directa y de cartera, también denominada de portafolio. La primera, es cualquier utilización de activos, en uno o varios países distintos al país del propietario del activo, manteniendo un control y/o administración sobre estos. La inversión de cartera o portafolio carece de este elemento de control.

El elemento de control ha sido destacado por diferentes actores. Así Sornarajah define la inversión como: “Transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro con el propósito de uso en ese país para generar riqueza bajo el control parcial o total del dueño del activo”.³ Existen otros autores que atribuyen a la inversión extranjera directa otros elementos adicionales al control como el tener un proyecto a largo plazo, propósito de beneficios regulares y el riesgo del negocio,⁴ por lo tanto el elemento fundamental que diferencia a una inversión extranjera directa de una de portafolio es el control sobre la inversión, del cual se desprende la administración del activo en el Estado receptor. Para determinar la existencia de *control* sobre una inversión se ha utilizado en la práctica reciente, sobre todo por fines estadísticos, la regla del 10%, que es utilizada ampliamente por organizaciones internacionales, gobiernos y doctrina.⁵ Esta regla establece

-
2. El uso de la expresión *entidad económica* engloba a una gran variedad de sujetos que pueden ser titulares de una inversión, que se explicarán a lo largo del presente artículo, por ejemplo: personas, compañías, fondos soberanos de inversión, etc.
 3. M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 7.
 4. Rudolf Dolzer y Chrisoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, p. 60.
 5. Jeswald W. Salacuse, *The law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 21.

que si un inversor realiza una adquisición de un paquete accionario de una entidad económica en un monto igual o superior al 10%, se presumirá la intención de control y se contabilizará como Inversión Extranjera Directa.

RIESGO POLÍTICO

La inversión extranjera, en especial la directa, implica el internarse en un medio tanto legal como político extraño al inversionista, lo que trae consigo un riesgo especial que no se evidencia en la inversión de un mismo país, este es el riesgo que se denomina político. La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, (MIGA por sus siglas en inglés), ha definido el riesgo político como “la probabilidad de interrupción de las operaciones de compañías por fuerzas políticas y eventos, ya sea que estos ocurran en los países receptores o como resultado de cambios en el ambiente internacional”.⁶ Esta misma organización identifica siete escenarios⁷ que en la actualidad son entendidos como riesgo político: a) Transferencias y convertibilidad, entendidas como la inhabilidad de trasladar al país de origen las utilidades de una inversión; b) Expropiación, entendida como la pérdida de propiedad y control como resultado de acción directa del Estado receptor; c) Incumplimientos contractuales; d) No honrar obligaciones financieras soberanas; e) Terrorismo; f) Guerra; disturbios civiles; g) Cambios regulatorios adversos.⁸

ANTECEDENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL INICIO DEL PERÍODO COLONIAL

La inversión y el comercio son tan antiguos como la vida en comunidad, pero la relevancia de estos en el Derecho internacional radicó en establecer cuál es el trato que debe dar un Estado a los extranjeros cuando están en su territorio,⁹ y de ser el caso, determinar la responsabilidad internacional en caso de una afectación de la propiedad de estos extranjeros. Si bien es cierto que la internación de un extranjero en otro Estado genera diferentes interrogantes para el derecho, lo relevante en la inversión es la relación entre el particular con el Estado anfitrión. En primera instancia,

6. Multilateral Investment Guarantee Agency MIGA, *2011 World Investment and Political Risk Report*, Washington D.C., The international Bank for Reconstruction and Development, 2011, p. 21.

7. *Ibid.*, p. 21.

8. En este concepto se incluyen las pérdidas posibles por la falta de cumplimiento de laudos arbitrales que resulten de incumplimientos contractuales.

9. Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Portland, Hart Publishing, 2008, p. 8.

podría asumirse que una vez que un particular decide ingresar en otro territorio, queda subordinado a las normas del Estado anfitrión, pero la realidad ha demostrado que este tipo de situaciones traen consigo una serie de factores políticos que juegan un papel importante en las relaciones internacionales.

En el Derecho internacional primitivo, pueden encontrarse vestigios de este tipo de relaciones donde la regulación de extranjeros tomaba la forma de actos unilaterales del soberano de un territorio o de acuerdos bilaterales. En el caso de las concesiones mediante actos unilaterales, estas consistían en el otorgamiento de privilegios o exoneración del pago de derechos. Salacuse relata episodios en este sentido, como las concesiones del Rey Enrique II de Inglaterra para el establecimiento de comerciantes de Colonia en Londres en 1157, o el otorgamiento de privilegios extensivos del rey de Noruega en 1296 a mercaderes de Hamburgo.¹⁰ También tenían la forma de convenios o tratados, los cuales eran usados como instrumentos de dominación, como el Tratado entre el Rey de Francia y el Sultán Otomano en 1536, que favorecía a los comerciantes franceses aplicando el principio de extraterritorialidad de la ley francesa.¹¹

Posteriormente y luego del fin de la guerra de los treinta años en 1648, se considera el nacimiento del Derecho internacional moderno,¹² así como el principio de la sociedad internacional entendida como la relación de estados soberanos tanto en sus asuntos internos como externos.¹³ La importancia de este año radica en: a) la celebración de los tratados que pusieron fin a este conflicto, conocidos como los Tratados de Westphalia; b) el surgimiento de los Estados-Nación; c) las interrogantes sobre las normas que regulaban las relaciones entre estos Estados-Nación. En este período Vandeveldé identifica al Tratado de Munster,¹⁴ dentro de los acuerdos de Westphalia como uno de los primeros en establecer disposiciones sobre la restitución de propiedad privada extranjera perdida durante la guerra.

En este período también existe el desarrollo de varias ideas de los primeros tratadistas del Derecho internacional público sobre la relación de los estados soberanos con los extranjeros de otros estados. Vitoria,¹⁵ identificado con la escuela del naturalismo, calificó las actividades comerciales como un Derecho natural inherente al hombre, entendiendo al comercio como una expresión del sentimiento de comuni-

10. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, p. 80.

11. *Ibid.*, pp. 82.

12. Sean D. Murphy, *Principles of International Law*, Washington, Thomson West, 2006, p. 21.

13. Adam Watson, *The Evolution of International Society, a Comparative Historical Analysis*, Abingdon, Routledge, 1992, p. 186.

14. Kenneth J. Vandeveldé, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, Nueva York, Kindle edition/Oxford University Press, 2010, p. 617.

15. M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, p. 19.

dad. Al ser un Derecho natural, el trato al extranjero comerciante no podía ser diferente que el trato a los nacionales del Estado.

Posteriormente en 1758, De Vattel, en su tratado sobre la Ley de las Naciones, desarrolló la idea de la existencia de un estándar externo propio del Derecho internacional estableciendo un nivel mínimo de trato al extranjero. Se atribuye a De Vattel el desarrollo de la idea de que un Estado tiene el derecho de controlar y establecer las condiciones para la entrada de extranjeros, pero una vez que estos ingresan al territorio, el Estado anfitrión adquiere un deber ante el Derecho internacional de protegerlos.¹⁶ De igual forma De Vattel consideraba la propiedad del extranjero como una extensión de la riqueza de la nación, por lo tanto una afectación de esta debería constituir una afectación al Estado origen del extranjero.¹⁷ Este es el fundamento de la protección diplomática que se desarrollaría en el futuro.

EL PERÍODO DE LA COLONIA Y EL INICIO DE LA EXPANSIÓN ECONÓMICA MUNDIAL

El siglo XIX puede ser considerado como el inicio de la expansión económica mundial, y en ese sentido también como el principio de la misma globalización tal como la concebimos en nuestros días. Uno de los tratadistas que hace énfasis en este punto es Vandevelde quien señala al año de 1820 como el punto de partida de esta expansión, en que apenas el 1% de bienes se intercambiaban en el comercio internacional. Este autor señala tres eventos que permitieron esta expansión de la economía global.¹⁸ El primer factor fue el fin de las guerras napoleónicas en 1815, lo que trajo un período de cien años de paz en Europa, interrumpida únicamente por episodios aislados con excepción de la guerra de Crimea –hoy en día parte de Ucrania– que duró dos años pero que ha sido catalogada como periférica. En todo caso, incluso en este período, los bonos rusos que se encontraban en Londres fueron honrados durante el conflicto.¹⁹ Como segundo factor se menciona el advenimiento de la Revolución industrial que directa o indirectamente trajo consigo mejoras tecnológicas claves para la expansión económica y el aumento de la migración como: la locomotora, el bote a vapor, el telégrafo, entre otros. Finalmente, otro factor clave fue el reemplazo del mercantilismo por la teoría de economía liberal, que en otras palabras significa

16. Citado por Newcombe y Paradell, en Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009, p. 4.

17. *Ibid.*, p. 4.

18. Kenneth J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 649.

19. Karl Polanyi, *The Great Transformation The political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Kindle edition/Beacon Press, 2001, p. 273.

entender la productividad como la esencia de la riqueza de una nación y no el oro, como ocurría en el mercantilismo.

El tercer elemento clave que se desarrolla en este período es el uso de entidades legales como sujetos titulares de inversión extranjera. En tiempos anteriores, los sujetos que realizaban una inversión u operación comercial eran en su mayoría personas naturales, de ahí que los primeros tratadistas como Vitoria y De Vattel centraban su análisis sobre el trato de estos particulares negociantes con el soberano en un territorio extranjero. Sin embargo, desde mediados del siglo XIX, se empieza a utilizar en el Reino Unido un tipo de compañías conocidas como *Free-Standing* que era una especie de compañía limitada que permitía canalizar inversión extranjera directa inglesa principalmente en América del Norte.²⁰ Según Muchlinski, este tipo de compañías no era una forma de multinacional como las conocemos ahora, pero permitía acceder al mercado de capital de Londres para financiar operaciones en el extranjero relacionadas con ferrocarriles y minería.²¹ Las compañías *Free Standing* sin embargo fueron el principio de la introducción a gran escala de entidades legales en la inversión extranjera.

En este período también se produce un avance en el desarrollo de normas bilaterales internacionales con la implementación de los denominados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. El primero lo celebraron entre Estados Unidos y Francia en 1778 pero su idea fue también adoptada por algunas potencias Europeas. Este tipo de tratados, si bien tenía una orientación comercial, incluía varios principios que luego serían recogidos por los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. En especial, en sus distintos tipos de redacciones se encontraron principios de no discriminación, especialmente con el uso de cláusulas con el estándar de Nación Más Favorecida y mediante la introducción, en algunos casos, de sistemas de arbitraje *ad hoc* entre estados. Este fue el caso del Tratado de Comercio y Navegación entre Estados Unidos y Gran Bretaña, también conocido como *Jay Treaty*, que estableció una Comisión para resolver, entre otras cosas, los reclamos de afectación a la propiedad de extranjeros durante y luego de la guerra de independencia de los Estados Unidos.²² La creación de este tipo de comisiones fue frecuente durante este período. Brownlie calcula que en el lapso entre 1840 a 1940 se crearon alrededor de sesenta comisiones de este tipo.²³ La importancia de la inclusión de estos mecanismos radica en el empleo de métodos pacíficos para la solución de controversias en materia comercial o de inversiones, contrarios al uso de la fuerza por parte de los estados para exigir el cobro de deudas de particulares.

20. Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 10.

21. *Ibid.*, p. 10.

22. Andrew Newcombe, Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, p. 7.

23. *Ibid.*, p. 7.

DOCTRINAS CALVO, DRAGO Y PORTER

El antecedente para la creación de estas doctrinas fue precisamente el uso durante casi todo el siglo XIX de la denominada diplomacia de los cañones, que no era otra cosa que la resolución de controversias derivadas del comercio mediante el uso de la fuerza²⁴ por parte de potencias principalmente europeas persuadidas por grupos de interés para enviar contingentes de barcos²⁵ con la misión de presionar a países más débiles, en su mayoría latinoamericanos.²⁶ Gran Bretaña fue el más activo de los estados europeos en Latinoamérica que, de acuerdo a cifras citadas por Vandevelde,²⁷ usó la fuerza al menos en cuarenta ocasiones para proteger intereses privados de sus nacionales en América Latina.

Carlos Calvo expuso en uno de sus textos lo que en el futuro sería conocido como la Doctrina Calvo, la cual busca nacionalizar la relación jurídica con el extranjero y puede ser resumida en dos postulados. El primero consiste en establecer el trato nacional como el trato mínimo que un Estado debe otorgar a extranjeros, lo que retoma una idea anterior de Vitoria, y puede resumirse de la siguiente forma: “La responsabilidad de los gobiernos frente a extranjeros no puede ser mayor de aquella que estos Gobiernos tienen frente a sus propios ciudadanos”.²⁸ El segundo postulado determina que cualquier disputa que se genere con un extranjero debe ser resuelta por las cortes locales del país anfitrión, promulgando nuevamente la igualdad entre nacionales y extranjeros.²⁹

24. James Thuo Gathii, “War’s Legacy in International Investment Law”, en *International Community Law Review*, vol. 11, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2009, pp. 353-386.

25. Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, p. 12.

26. Uno de los casos que ejemplifican este período fue el conflicto entre el británico Mackintosh y la Gran Colombia. En 1822 Mackintosh vendió y envió a la naciente república armamento, provisiones y recibió una negativa posterior al pago que debía realizarse en bonos del gobierno. La negativa de pago derivó en que el gobierno británico enviara un escuadrón de 5 naves, las mismas que se dirigieron a Cartagena y en 1857 emitieron un ultimátum al gobernador Narciso Jiménez amenazando bombardear la ciudad. Como fin anecdótico de la historia, curiosamente los tripulantes de los barcos británicos sufrieron una enfermedad tropical que les obligó a pedir cuidado a las personas a quienes tenían que bombardear originalmente. El bombardeo nunca se produjo ya que el oficial a cargo de la operación en agradecimiento solicitó a su Gobierno la revocatoria de la orden de bombardeo, la cual que fue concedida. Historia relatada por Nigel Blackaby, “El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio”, en Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa, coords., *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005, p. 285.

27. Kenneth J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 810.

28. Adriana Sánchez Musi, “International Minimum Standard of Treatment,” Wordpress, sitio web, 2008, disponible en [<http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>].

29. Jorge Pérez Vera, “La doctrina y cláusula Calvo en el derecho internacional, su evolución y práctica”, en Adriana Zapata de Arbeláez, comp., *Derecho Internacional de los Negocios: alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 232.

Sin embargo, el punto cumbre de incidentes bélicos en la región se produjo en el año de 1902 cuando grupos de barcos de varias naciones europeas bloquearon varios puertos de Venezuela en respuesta a lo que se consideró una actitud hostil por parte del gobierno venezolano en contra de nacionales de varias potencias europeas. El antecedente de este conflicto fue el ascenso al poder de Cipriano Castro, quien encabezó un movimiento denominado la Revolución Restauradora,³⁰ de tinte nacionalista, que entró rápidamente en conflictos con estados Europeos. Ulpiano L. Maldonado, describe el incidente de la siguiente forma:

El Dictador Cipriano Castro, según se dijo “hacía mangas y capirotos” con los contratos celebrados con súbditos extranjeros y aun con la propiedad de los mismos: estadounidenses, británicos, alemanes, italianos, belgas, franceses, suecos y noruegos. Para la protección de estos era inminente una intervención armada. Alemania y la Gran Bretaña, en efecto, convinieron en una expedición naval contra Venezuela en apoyo de su ultimátum, la misma que debía durar de diciembre de 1902 a marzo de 1903. Ante la negativa de Castro con respecto a las reclamaciones pecuniarias, Alemania y Gran Bretaña luego de retirar sus legaciones en Caracas, se apoderaron de cuatro cañoneros venezolanos y hundieron tres de ellos. Incluso la Gran Bretaña fue más allá al disponer el bloqueo de sus principales puertos...³¹

Ante estas circunstancias Luis M. Drago, que se desempeñaba como secretario venezolano de Asuntos Exteriores, emitió una nota de protesta el 29 de diciembre de 1902, donde entre otras cosas demandó “que las deudas públicas no pueden ser motivo de intervención armada ni aun de ocupación efectiva de territorios de las naciones americanas”.³² Este postulado fue conocido posteriormente como la Doctrina Drago, y fue recogido en diversas manifestaciones de los estados principalmente americanos. Para Gatti, la doctrina en esencia contiene una declaración del principio de no intervención y es también una declaración especial sobre la naturaleza de la deuda adquirida por estados soberanos.³³ Esta declaración implica que un prestamista sabe que no existe un medio de coacción para cobrar sus deudas a un Estado soberano, por lo tanto la doctrina Drago se relaciona íntimamente con la teoría de absoluta inmunidad en transacciones comerciales donde intervengan soberanos, que luego caería en desuso.

30. Luis Alberto Sánchez, *Historia General de América*, t. II, Santiago de Chile, Ercilla, 1949, p. 402.

31. Ulpiano López Maldonado, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954*, Quito, Imprenta del Ministerio de Educación, 1954, p. 156.

32. *Ibid.*, p. 157.

33. James Thuo Gathii, “War’s Legacy in International Investment Law”, p. 356.

Finalmente, estos postulados fueron tratados en la conferencia de la paz de la Haya de 1907 donde la doctrina Drago fue discutida pero confrontada con un postulado de la delegación de Estados Unidos conocida como la doctrina Porter; nombrada de esta forma en honor al jefe de la delegación de Estados Unidos en la conferencia, General Horace Porter, quien propuso que “la intervención militar para exigir el pago de deudas debía ser prohibida a menos que el Estado deudor se negase a someter la disputa al arbitraje o que habiéndola sometido, se negase a cumplir con el laudo arbitral”.³⁴ Al proponerse el arbitraje como método de solución de controversias, la doctrina Porter confrontaba también con el postulado de Calvo que precisamente se basaba en el hecho de que las únicas cortes competentes para estos casos eran las cortes nacionales. Al final se impuso una limitación al uso de la fuerza para el cobro de deudas, pero no se desterró del todo esta posibilidad al aceptarse la limitación impuesta a la doctrina Drago, pero sin lugar a dudas la discusión de estas doctrinas fue punto de quiebre importante para la institucionalización de la solución de disputas en materias comerciales y principalmente de inversiones.

LAS GUERRAS MUNDIALES, EL COLAPSO DE LA ECONOMÍA GLOBAL Y LAS NACIONALIZACIONES

El inicio de la primera guerra mundial no solo puso fin a un siglo de relativa paz, sino que significó un período de cambios del poder global, que determinó la interrupción de las transacciones internacionales y el movimiento de flujos de capital que se habían generado. Adicionalmente estos acontecimientos fueron acompañados de crisis económicas como la gran depresión en Estados Unidos de América, lo que en general ocasionó que no existan avances significativos en esta u otras áreas del Derecho internacional. Sin embargo, la influencia de grandes sentimientos nacionalistas y proteccionistas propios de este período produjo como resultado un fenómeno en el Derecho internacional de inversiones que no se había visto a gran escala: el de las nacionalizaciones. Como Sornarajah lo manifiesta: “un cambio mayor en este período fue la creciente aceptación que la nacionalización en búsqueda de la reforma o reorganización económica, no sean considerados ilegales en el derecho internacional”.³⁵

En este período existen dos procesos de nacionalización de inversiones que marcaron este cambio de su legitimidad en el Derecho internacional. El primero fue la nacionalización ocurrida en la Unión Soviética luego de la Revolución de Octubre en 1917, que como Novoa Monreal lo destaca, fue uno de los “más amplios y radica-

34. Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 853.

35. M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, traducción de Gustavo Prieto, p. 23.

les... pues se extendieron a casi la totalidad de las actividades de producción y distribución de bienes y servicios”.³⁶ La segunda nacionalización importante fue la efectuada por México durante la presidencia de Lázaro Cárdenas, quién nacionalizó la industria petrolera en 1938, lo cual generó una inmediata reacción del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Cordell Hull, quien en una nota diplomática demandó un “adecuado, efectivo y pronto pago por las propiedades incautadas”³⁷ e insistió en una nota posterior que “La legalidad de una expropiación depende de hecho de la observación de este requerimiento”.³⁸

Esta serie de argumentos que se desprenden de las comunicaciones intercambiadas por Cordell Hull y el Gobierno Mexicano luego de la expropiación de 1938 constituyen la esencia de la denominada fórmula Hull, que se sintetiza en las características de adecuada, efectiva y pronta que debe ser una indemnización. La fórmula Hull es, por lo tanto, el fundamento de los estándares de compensación en el Derecho internacional que luego sería adoptado en los diferentes tratados bilaterales de protección de inversiones. Sin embargo, la fórmula Hull entra en conflicto con la doctrina Calvo, ya que esta manifiesta que no se pueden conceder a los extranjeros mayores derechos que a los nacionales; por lo tanto, si una expropiación con fines de política pública fuese dirigida tanto a nacionales como a extranjeros, los segundos no podrían exigir un trato más favorable en las condiciones de una indemnización. Esta oposición entre la doctrina Calvo y la fórmula Hull se vería disuelta, sobre todo a finales de los años noventa, cuando la mayor parte de los países de Latinoamérica abandonaron los fundamentos de la doctrina Calvo al entrar en los programas de negociación de tratados bilaterales de inversiones.

Finalmente, el nacionalismo que fue evidente en el período entre guerras creó un efecto especial entre los actores económicos al forzar que compañías multinacionales deban integrarse entre aquellas que compartían la misma nacionalidad para luego crear carteles internacionales con algunos de sus competidores extranjeros.³⁹ De acuerdo a Muchlinski, este tipo de acuerdos internacionales fueron muy comunes en Europa, especialmente entre compañías suizas, alemanas y británicas, pero no se evidenciaron tanto en Estados Unidos de América, debido especialmente a factores geográficos y de leyes de competencia, lo que contribuyó para que Latinoamérica y

36. Eduardo Novoa Monreal, “La Nacionalización en su Aspecto Jurídico”, en Jorge Castañeda, *Derecho Económico Internacional. Análisis jurídico de la Carta de Derecho y Deberes Económicos de los Estados*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 139.

37. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, traducción de Gustavo Prieto, p. 18.

38. Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, p. 18.

39. Peter t. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p. 13.

Canadá hayan sido los principales destinos de la inversión extranjera directa en esta región.

LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ECONOMÍA GLOBAL Y LOS INTENTOS DE CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO MULTILATERAL DE REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN

El fin de la segunda guerra mundial, trajo consigo un período de desarrollo del Derecho internacional en diferentes áreas y estuvo marcado por procesos de descolonización y por la necesidad de construcción de un nuevo orden económico mundial, entendido como un estado *de facto* que Schwarzenberger lo enmarca en un mínimo que debe alcanzar una forma negativa de la paz, que representa un “control efectivo de los sujetos de un sistema” y que en lo máximo genera un consenso de los sujetos interesados de que “todo lo que realmente importa tiende a estar organizado armoniosamente”.⁴⁰ Sin embargo, la problemática que trae consigo la definición del orden económico de Schwarzenberger radica en el segundo elemento o “máximo” al establecer “lo que realmente importa”.

La búsqueda de este elemento tuvo lugar en el poblado de Bretton Woods, en el Estado de New Hampshire, Estados Unidos, donde se desarrolló la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas que adoptó un plan que sería conocido como el sistema de Bretton Woods. Este sistema consistió en la creación de tres organizaciones⁴¹ que funcionarían como pilares del nuevo orden económico, siendo uno de ellos la creación de un marco multilateral del comercio y la inversión a través de la fallida Organización Internacional de Comercio OIC.

En lo que se refiere concretamente a la regulación de la inversión, desde la Segunda Guerra Mundial existieron diferentes intentos de creación de un orden económico que contenga un marco jurídico internacional que regule la inversión extranjera a través de estándares sustantivos de protección adicionales al trato nacional, que, conforme lo explicado, fue ya aceptado dentro de la doctrina Calvo. Sin embargo, la creación de un marco multilateral de estándares de trato fracasó sistemáticamente durante la segunda mitad del siglo XX, ocasionando una expansión de estos estándares mediante la proliferación de tratados bilaterales.

40. Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 10.

41. Los otros dos fueron el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, para el desarrollo y reconstrucción.

El primer intento de consolidar un marco multilateral para la regulación de la inversión fue precisamente en la Organización Internacional del Comercio (OIC). Las negociaciones para esta organización empezaron en la ciudad de Londres en 1946 y terminaron en La Habana en marzo de 1948⁴² con la elaboración del instrumento denominado Carta de La Habana,⁴³ la cual no incorporó, contrario al deseo de países industrializados, normas sustantivas profundas de protección de inversiones. Por este y otros motivos, la Carta de La Habana no contó con el respaldo de muchos países incluyendo Estados Unidos de América. Existen varias razones para explicar el por qué los Estados Unidos de América, uno de los originalmente interesados en esta organización, no haya ratificado este instrumento a pesar de ser uno de sus precursores. Una de ellas fue la situación de la política interna de este país donde el presidente Truman, siendo miembro del partido Demócrata, enfrentaba a un Congreso con mayoría Republicana. Esto limitó el capital político de Truman quien tal vez prefirió centrar sus esfuerzos en el fortalecimiento del Acuerdo General de Tarifas y Comercio, conocido como GATT,⁴⁴ cuyas negociaciones habían empezado paralelamente en Ginebra, y que regulaba la disminución gradual de aranceles en el comercio internacional. Por otro lado, Estados Unidos también centró sus esfuerzos en la celebración de una segunda generación de Tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación.⁴⁵

La importancia de la Carta de La Habana de 1948 para la regulación de inversión no fue formal, pero este instrumento constituyó en palabras de Shill: “la expresión de los conflictos políticos e ideológicos fundamentales sobre la forma de la protección de la inversión en el orden posterior a la Segunda Guerra Mundial”.⁴⁶ El aporte fundamental de La Carta de La Habana fue el hecho de que marcó la separación de la regulación del comercio y de la inversión en el Derecho internacional. Desde ese año, tanto el comercio como la inversión empezaron a correr de forma paralela en el Derecho internacional: a) por un lado la regulación internacional del comercio con el inicio de las rondas de negociación del GATT, que terminó en la creación en 1994 de la Organización Mundial de Comercio (OMC); y, b) por otro lado se desarrolló la regulación de la inversión extranjera directa a través de fallidos intentos multilaterales, que terminaron en la proliferación de acuerdos bilaterales. Newcombe y Paradell comentan este punto de la siguiente manera:

42. Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 1054.

43. Algunos textos se refieren a esta como Conferencia de La Habana.

44. Siglas en inglés *General Agreement on Tariffs and Trade*.

45. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment*, p. 88.

46. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 34.

La Carta de La Habana nunca entró en vigor y la OIC nunca llegó a establecerse, sobre todo debido a que el Senado de los EE.UU. no aprobaría su ratificación. Como resultado, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), que habían sido negociados con el fin de liberalizar el comercio, se aplicará provisionalmente sin el marco general de la OIC. Por lo tanto, si bien el comercio internacional y las inversiones son económicamente entrelazados, la no inclusión de la inversión en el ámbito del GATT significó que después de 1947, el Derecho internacional de inversiones y el Derecho del comercio internacional se desarrollen independientemente el uno del otro.⁴⁷

El siguiente importante intento de regular la inversión extranjera desde el multilateralismo fue en la Convención de 1967 de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) sobre Protección a la Propiedad Extranjera. El antecedente de este esfuerzo fue un modelo de regulación de la inversión conocido como Abs-Schawcross, en honor a Herman Abs, quien fue colaborador de varias corporaciones Alemanas –entre ellas fue Presidente del Deutsche Bank– y Lord Hartley Shawcross quien fue Fiscal General Británico y Directivo de la Shell Petroleum Company.⁴⁸ Este modelo fue una recopilación y formulación de principios o estándares para la protección de la inversión directa que no fueron implementados formalmente pero que constituyeron la base de los tratados bilaterales de protección de inversiones y de la misma convención de la OECD de 1967. Este intento, al igual que la Carta de La Habana, no contó con el número de ratificaciones necesarias debido a la resistencia para su aprobación. Es más, como Shill manifiesta: “el clima internacional en este tiempo pudo difícilmente ser menos favorable para un proyecto multilateral de protección de la inversión extranjera”.⁴⁹

El clima internacional del momento se resumía en el constante aumento del riesgo político sobre la inversión extranjera que podemos atribuir principalmente a dos factores: El primero fue la extensión del comunismo que se desarrollaba en plena guerra fría; y el segundo, los procesos de descolonización e independencia en África y el Medio Oriente. Estos cambios introdujeron por primera vez y de manera relevante el concepto de desarrollo sostenible en la esfera del Derecho internacional público que en las relaciones internacionales significó la transformación que Rajagopal sintetiza como un cambio de la dinámica colonizador-colonizado por la de desarrollado-en desarrollo.⁵⁰

47. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, traducción de Gustavo Prieto, p. 20.

48. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, p. 36.

49. *Ibid.*, p. 36.

50. Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 25.

En el año de 1974 este grupo de estados, que durante años impulsaron el reconocimiento de la soberanía sobre su economía, impulsaron la creación de dos resoluciones importantes en el marco de las Naciones Unidas, estas fueron: a) La Declaración para el Establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional,⁵¹ que proclama la soberanía de los estados sobre los recursos naturales y en materia de inversiones establece el principio de “reglamentación y supervisión de las actividades de las empresas transnacionales mediante la adopción de medidas en beneficio de la economía nacional”⁵² del Estado receptor; y b) la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados,⁵³ que se inspira en la anterior y establece que “todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”.⁵⁴ Estas resoluciones no fueron aceptadas como relevantes por algunos países desarrollados que votaron en contra de las mismas ya que no llegaron a tener nunca la fuerza de un tratado internacional, pero “la importancia de las mismas radica en que a través de estas se reconocen o confirman prácticas generalizadas o principios legales, los cuales pueden ya ser admitidos como principios generales de derecho”.⁵⁵

En los siguientes años existieron varias iniciativas poco efectivas en diferentes organizaciones internacionales para regular la inversión de forma multilateral.⁵⁶ Dentro de estos intentos, los más relevantes fueron aquellos realizados dentro del marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y un segundo esfuerzo dentro de la Organización para la cooperación y desarrollo económico (OCDE). En el caso de la OMC, esta nunca alcanzó un acuerdo amplio que contuviera estándares sustantivos de trato a la inversión.

Sin embargo, ciertos aspectos de la inversión son regulados de alguna manera en tres acuerdos que forman parte del marco jurídico de la OMC: a) el Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio (MIC),⁵⁷ que tiene una aplicación exclusiva en las medidas en materia de inversiones relacionadas con mercancías⁵⁸ y con la aplicación del trato nacional y restricciones cuantitativas del

51. Resolución No. 3201, del 1 de mayo de 1974, que aprueba la declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, cuyo texto en español se encuentra disponible en [<http://www.un.org/comun/docs/?symbol=A/9559>].

52. Punto 4, literal g) de la Declaración sobre el Establecimiento de Un Nuevo Orden Económico Internacional.

53. Resolución No. 3281, de 12 de diciembre de 1974 que adopta la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, cuyo texto en español puede encontrarse en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/60/IMG/NR074360.pdf?OpenElement>].

54. Artículo 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

55. Eduardo Novoa Monreal, “La Nacionalización en su Aspecto Jurídico”, p. 172.

56. Una de estas iniciativas fue el Código de Conducta de Transnacionales de la ONU en 1983.

57. Acuerdo Sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC), cuyo texto en español puede encontrarse en [http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims.pdf].

58. Artículo 1 del MIC.

artículo III y XI del GATT respectivamente; b) el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), que introduce los estándares relativos de Nación Más Favorecida y Trato Nacional al comercio de servicios que pueden aplicarse en ciertas formas de inversión; y c) el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC que establece mínimos de protección en las jurisdicciones locales y al hacerlo, indirectamente otorga herramientas de protección para la inversión. Estos acuerdos a pesar de su importancia no regulan aspectos controversiales sobre la inversión. Shill realiza la siguiente evaluación de esta normativa de la OMC en la regulación de la inversión:

En definitiva, los logros dentro del GATT/OMC para introducir protección a la inversión extranjera fueron apenas satisfactorios para los países exportadores de capital, porque no lograron concluir normas sustantivas de protección a la inversión. En cambio las provisiones relacionadas con la inversión dentro del GATT/OMC apenas son una mezcla de aspectos aislados que eran relevantes para la actividad de la inversión extranjera, pero sin establecer ningún marco sistemático o integral.⁵⁹

Ante estos avances limitados en el marco de la OMC, existió un último intento relevante en el siglo XX de crear un marco multilateral, esta vez nuevamente en el marco de la OECD, con la idea de negociar un Tratado ambicioso en términos de estándares de protección entre países desarrollados, lo que resultó también ser una tarea difícil. Este nuevo intento dentro de la OECD se denominó Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), cuyas negociaciones empezaron en 1995 pero se interrumpieron en 1998. La mayor dificultad que enfrentó este nuevo intento fue que los países desarrollados ya estaban obteniendo ventajas concretas en negociaciones bilaterales con países en vías de desarrollo por lo que difícilmente iban a comprometerse en estándares extensivos con otros países en desarrollo. Adicionalmente, en este tiempo ya empezó a existir incomodidad en varios estados receptores de la inversión, producidas especialmente por fallos de tribunales arbitrales sobre todo constituidos bajo el marco del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN). Sin embargo, la importancia de este intento puede resumirse en las palabras de Villanueva, al describir al AMI como “el único instrumento que ha tratado de universalizar y estandarizar un marco normativo de las expectativas de los inversores con respecto del tratamiento de sus inversiones en el extranjero”.⁶⁰

59. Stephan W. Shill, *The Multilateralization of International Investment Law*, traducción de Gustavo Prieto, p.52.

60. Gabriel Cavazos Villanueva, *The Fair And Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*, New Orleans, VDM, 2008, p. 49. Traducción de Gustavo Prieto.

Por lo expuesto, este intento de la OECD se sumó a la larga lista de intentos fallidos en la construcción de un marco o estructura multilateral de inversiones en el siglo XX, que dieron pocos resultados, de los que se puede rescatar el caso de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) creada por el auspicio del Banco Mundial en 1985 que brinda garantías a los inversores frente a riesgos políticos en países en vías de desarrollo, sin crear obligaciones directas de trato a sus estados miembros, razón por la cual fue aceptada,⁶¹ a pesar de incomodidades de algunos países.⁶²

CREACIÓN DEL RÉGIMEN GLOBAL EMERGENTE DE INVERSIONES DESDE LOS ACUERDOS BILATERALES Y REGIONALES

Los problemas descritos en la negociación de tratados multilaterales fue un contraste con la gran cantidad de tratados bilaterales y regionales negociados y concluidos mundialmente desde la segunda mitad del siglo XX y primeros años del siglo XXI. El primer tratado bilateral enteramente sobre inversiones es atribuido al firmado entre Alemania y Pakistán el 25 de noviembre 1959,⁶³ ya que fue precisamente Alemania el primer país en iniciar un programa de negociación de Tratados Bilaterales de Inversión, basado en el modelo Abs-Schawcross, que no pudo concluirse en la esfera multilateral. Luego de Alemania, otros estados europeos empezaron a lanzar sus programas de negociación, entre estos: Francia (1960) suscribió su primer TBI con Chad;⁶⁴ Suiza (1961) con Tunes; Países Bajos (1963) con Túnez; Suecia (1965) con Costa de Marfil; Reino Unido (1975) con Egipto.⁶⁵ Estados Unidos por el contrario empezó a celebrar este tipo de tratados después de los países europeos en la década de los ochenta. En total, entre 1959 y 1989 existe un registro total de 386 Tratados Bilaterales de Inversión, denominados TBI.⁶⁶

61. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, p. 48.

62. Sin embargo la MIGA no estuvo exenta de resistencia de varios países. Esteban Restrepo señala: “Algunos países industrializados ya habían desarrollado esquemas de protección a las inversiones extranjeras de sus nacionales, de manera que un esquema de protección multilateral significaba una competencia potencial. Por el lado de los países en vías de desarrollo, para algunos el establecimiento de un mecanismo de esta naturaleza representaba conflictos relacionados con el ejercicio de su soberanía y con su autodeterminación”, en Esteban Restrepo Uribe, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”, en *La inversión extranjera en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997, p. 21.

63. Newcombe y Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, p. 50.

64. Este Tratado nunca entró en vigencia.

65. Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 1337.

66. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, p. 41.

Las motivaciones de los países desarrollados para celebrar estos tratados fueron varias, pero es necesario resaltar, en primer lugar, una competencia entre multinacionales de Estados Unidos y Europa por posicionarse globalmente. En este sentido se diferencian dos períodos muy marcados luego de la segunda guerra mundial: a) entre 1945-1960, de dominación de las multinacionales estadounidenses que industrialmente estaban enteras frente a sus pares europeas; y b) un segundo período entre 1960-1990, en el que existe una verdadera competencia entre Estados Unidos y las multinacionales,⁶⁷ especialmente de Europa occidental y Japón, lo que motivó a presiones de estos actores en Europa para disminuir el riesgo político, especialmente en sus ex colonias. Una segunda causa fueron los fallidos intentos en el plano multilateral, lo que motivó a que los esfuerzos se canalicen a través de tratados bilaterales mucho más simples de concluir debido a que un país desarrollado podía usar su mayor fuerza económica para imponer sus condiciones y de esta forma disminuir el riesgo político creciente.

En un inicio, los tratados bilaterales tenían como segunda parte a países en vías de desarrollo. Si bien es cierto que los términos de estos tratados eran impuestos por el país más fuerte económicamente, no es menos cierto que para concluir estos tratados, aún en estas condiciones, se necesitó de una voluntad real del Estado en vías de desarrollo de querer suscribirlos. Las motivaciones para que estos países hayan decidido entrar en estos tratados pueden explicarse por: a) la necesidad percibida en el momento para atraer flujos de inversión que los ayuden en su desarrollo; b) una situación de “*competencia dañina*”⁶⁸ con otros países en desarrollo para la atracción de flujos de capital, teniendo como premisa la idea de generar condiciones más favorables para atraer inversionistas.⁶⁹

Sin embargo, a partir del año 1990 se evidenció un alto crecimiento de estos tratados, los cuales no solo empezaron a ser firmados entre estados dentro de la dinámica desarrollado-en desarrollo, sino que también empezaron a negociarse tratados entre dos estados en vías de desarrollo, denominados también Sur-Sur, siendo el primero el celebrado entre Kuwait e Irak en 1964.⁷⁰ La motivación para este tipo de tra-

67. Peter t. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p. 15.

68. Término empleado por Baistrocchi para explicar el nacimiento de normas tributarias en el nivel internacional, pero que análogamente sirve para explicar el nacimiento de los diferentes TBI, en Eduardo Baistrocchi, “La estructura del Sistema de Tributación Internacional: Algunas cuestiones conceptuales”, en *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008, p. 61.

69. Louis T. Wells, “The Emerging Global Regime for Investment: A Response”, en *Harvard International Law Journal*, Online, vol. 52, 2010, p. 46., en [http://www.harvardilj.org/2010/10/online_52_wells/].

70. Lauge Skovgaard Poulsen, “The Politics of South-South Bilateral Investment Treaties”, en Tomer Broude, Marc Busch y Amy Porges, eds., *The Politics of International Economic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 186.

tados puede explicarse porque desde finales del siglo XX y principios del actual, una gran cantidad de países en desarrollo empezaron a generar inversiones en otros territorios. En otras palabras, estados tradicionalmente importadores de capital empezaron a adquirir al mismo tiempo y de forma paralela una calidad de exportadores. El caso más evidente de esta realidad es China, que en un inicio fue un país que empezó importando capital, cuando suscribió su primer TBI con Suecia en 1982 y que actualmente, sin perder su calidad de importador, ha empezado una inversión agresiva en el mundo, lo cual se ha traducido en que China hasta el año 2010 tiene suscritos al menos 125 tratados bilaterales de inversiones.⁷¹

A esta gran cantidad de tratados bilaterales se sumaron varios regionales en los que se incluyeron disposiciones sobre inversión. En el continente americano existen varios ejemplos de esta tendencia global, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que entró en vigencia en 1994, celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá, y que tiene un capítulo de inversiones con múltiples estándares de trato, del cual se ha derivado una gran cantidad de procesos arbitrales.

Otro proceso regional donde se ha tratado la inversión extranjera, con diferentes características, es la Comunidad Andina (CAN); el 21 de diciembre de 1970 fue promulgada la Decisión 24,⁷² la cual ha sido mal interpretada por parte de la doctrina⁷³ al considerarla como el primer código interestatal en materia de inversiones extranjeras. Sin embargo, esta norma no debe considerarse un código propiamente dicho, porque no introdujo normas sustantivas sino que pretendía establecer una política común sobre manejo de inversión, con mecanismos de autorización de entrada⁷⁴ y dando prioridad⁷⁵ a las industrias nacionales.⁷⁶ Posteriormente, en 1987 se expidió la Decisión 220, que sustituyó a la Decisión 24 y normas conexas, que si bien es cierto limitaba ciertas restricciones hacia la inversión, seguía la misma línea de control de su predecesora.

71. Elodie Dulac, “The Emerging Third Generation of Chinese Investment Treaties”, en *Transnational Dispute Management*, vol. 7, issue 4, 2010, p. 2, disponible en [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1636].

72. Decisión No. 24 de la Comisión del Acuerdo Cartagena, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías cuyo texto en español puede encontrarse en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07].

73. Algunos de los autores que se refieren a esta como código interestatal de inversiones son Newcombe, Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p 657., y Newcombe y Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, p. 50.

74. Artículo 2, Decisión No. 24, CAN.

75. *Ibid.*, artículo 3.

76. Adicionalmente permitía a los estados miembros “reservar sectores de actividad económica para las empresas nacionales, públicas o privadas y determinar si se admite en ellos la participación de empresas mixtas”, artículo 38, Decisión No. 24, CAN.

Esta Decisión fue finalmente remplazada en el año 1991 por la hasta ahora vigente Decisión 291,⁷⁷ la cual se alejó del proteccionismo de sus predecesoras y más bien entró en la dinámica de aperturismo que primaba en la década de los noventa.⁷⁸ Esta norma tampoco desarrolla estándares sustantivos de trato, pero sí hace referencia a un Trato Nacional⁷⁹ de los inversionistas extranjeros a la subregión, dejando libertad a los estados miembros para limitar dicho trato. De lo expuesto, se puede determinar que esta única normativa relacionada directamente con la inversión extranjera de la CAN junto con la Decisión 290 que introduce el régimen de Empresas Multinacionales Andinas, deja mucha discrecionalidad a los países miembros sobre la materia, lo que es percibido por Muchlinski como: el “abandono de manera efectiva de cualquier política común sobre inversiones extranjeras”.⁸⁰

Por otro lado en el Mercado Común del Sur (Mercosur), también se han desarrollado dos protocolos relevantes sobre inversión: El Protocolo de Colonia de 1994 para la promoción y protección de flujos de capital dentro del Mercosur; y el Protocolo de Buenos Aires del mismo año, que protege los flujos que provienen de fuera de la región. En el Protocolo de Buenos Aires se establecen condiciones mínimas que cada Estado debe otorgar a inversores fuera de la subregión y en su estructura se asemeja a los elementos encontrados comúnmente en los tratados bilaterales. Estos elementos son sustantivos por un lado, al contener estándares de trato, y adicionalmente incorpora mecanismos de arbitraje internacional.⁸¹ Sin embargo, estos protocolos no han entrado en vigencia ya que para esto se requiere la ratificación de los cuatro miembros plenos del Mercosur.

Considerando todos los factores expuestos tanto a nivel bilateral como regional se tiene como resultado un conjunto impresionante de normas a nivel internacional. Los datos de la UNCTAD hasta finales del año 2010 determinan que ya existen al menos 6092 acuerdos relacionados con la inversión, de los cuales 2807 son TBIs. La gran difusión de los acuerdos descritos se evidencia en el hecho de que ya en el 2008 se registró que al menos 178 estados han sido parte de algún TBI.⁸² Esta gran cantidad

77. Decisión No. 291, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías de la Comisión del Acuerdo Cartagena, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías cuyo texto en español puede encontrarse en: [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07].

78. Por ejemplo, la decisión reemplaza la figura de autorización de la inversión extranjera por la de registro; de igual manera es más permisiva con el envío de divisas a los países de origen.

79. Artículo 2, Decisión No. 291, CAN.

80. Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p. 658.

81. Guillermo Argerich, “Protocolos de inversiones extranjeras del MERCOSUR ¿Instrumentos útiles para el siglo XXI?”, en *Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires, 2005, p. 211.

82. Jeswald W. Salacuse, “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No. 2, 2010, p. 428.

de normas guardan generalmente una estructura similar y casi uniformemente contienen dos características fundamentales: a) confieren a los inversionistas “derechos sustantivos específicos”⁸³ a través de estándares de trato que en gran parte son de Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Trato Justo y Equitativo y Seguridad Plena, aunque lo hacen usando diferentes redacciones; y b) confieren a los inversionistas medios procesales directos para poder ejercer estos Derechos sustantivos, concretamente procedimientos de arbitraje.

Por este motivo, este conjunto de normas son consideradas actualmente como un “régimen global emergente”⁸⁴ de inversiones. Uno de los mayores defensores de esta conceptualización es Salacuse, quien determina que el estado actual de las normas de inversión cumple con los cuatro elementos que se consideran necesarios para establecer la existencia de un régimen internacional: a) principios, entendidos como creencias generales y no como doctrina propiamente dicha; b) normas, entendidas como “estándares de comportamiento”, c) reglas, entendidas como “prescripciones o prohibiciones específicas” para acciones determinadas, aunque el autor no realiza una diferenciación con las normas; y d) toma de decisiones a través de diferentes instituciones incluyendo tribunales arbitrales.⁸⁵ Aunque alguno de estos elementos expuestos por Salacuse puede ser controvertido, en especial el referente a la toma de decisiones, ha sido aceptado actualmente el observar en conjunto los diferentes tratados sobre inversión como un régimen emergente o especial. En todo caso, tiene actualmente muchas falencias, lo que ha ocasionado que su legitimidad este actualmente cuestionada por algunos estados en vías de desarrollo o emergentes.

Las debilidades de este régimen emergente pueden resumirse en tres: a) la falta de uniformidad en formulación de los principios sustantivos. Esto significa que aunque en casi todos los tratados se utilicen los mismos estándares de trato, son expresados en diferentes tipos de redacciones con diferente alcance; b) la inexistencia de un solo cuerpo u organismo que interprete estas normas diversas ya que al usar tribunales arbitrales como medio de solución de disputas, existen casi tantos interpretadores como conflictos que se llevan a arbitraje. Esto a su vez ocasiona los escenarios descritos por Franck⁸⁶ donde diferentes tribunales lleguen a diferentes conclusiones sobre el mismo tratado, diferentes tribunales organizados bajo diferentes tratados lleguen a diferentes conclusiones sobre los mismos hechos y cuando diferentes tribu-

83. Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, en *Fordham Law Review*, Washington, vol. 73, 2005, p. 1521, disponible en SSRN: [<http://ssrn.com/abstract=812964>].

84. Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime for Investment*, p. 427.

85. *Ibid.*, pp. 448, 452, 454.

86. Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, p. 1545.

nales organizados bajo diferentes tratados pero que consideren hechos similares lleguen a conclusiones opuestas; finalmente, c) el régimen de inversiones solo ha considerado una parte de la relación, esto es la protección de la inversión,⁸⁷ dejando de lado a la otra parte que es el inversionista y los intereses del Estado receptor, lo que ha ocasionado que temas como desarrollo sostenible, Derechos humanos, temas ambientales y responsabilidad empresarial hayan quedado al margen de cualquiera de las múltiples normas de inversión.

Lo expuesto ha ocasionado que un grupo de países estén adoptando una posición defensiva frente al régimen emergente de inversiones. Concretamente, esta ha sido la posición de Venezuela, Bolivia, Ecuador y Rusia. Venezuela y Bolivia a partir de 2007 denunciaron la convención del CIADI, que había sido creada en 1967 como un centro para arbitrajes de inversiones. Ecuador fue más lejos todavía ya que en 2008 al aprobar su nueva Constitución incluyó una limitación al arbitraje fuera de la región, y posteriormente, su Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de su TBI, ordenando la denuncia de estos, volviendo de alguna manera a los postulados de la doctrina Calvo. Finalmente, Rusia que en un inicio firmó alrededor de 30 tratados bilaterales⁸⁸ e ingresó en las negociaciones de la Carta Europea de la Energía, se ha alejado de esta tendencia en los últimos años.

CONCLUSIÓN

Conforme a lo expuesto, la inversión es un fenómeno que ha estado presente a lo largo de la historia, y la evolución de su marco normativo ha sido constante durante el desarrollo mismo del Derecho internacional. Un factor que ha influido permanentemente en los distintos cambios de este marco normativo ha sido el riesgo político, que está íntimamente ligado con la capacidad de autodeterminación de los estados. En este contexto se puede diferenciar a lo largo de la historia, especialmente desde el tiempo de la colonia, la existencia de dos fuerzas claras: a) una de nacionalización de la relación jurídica, íntimamente ligada a los países importadores de capital y su deseo de autodeterminación; b) otra de internacionalización, la cual se relaciona con los países exportadores de capital y con los intereses de los inversores, especialmente multinacionales, que han jugado un papel importante en el desarrollo del marco jurídico descrito en este trabajo.

87. Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, p. 2.

88. Noah Rubins, Azizjon Nazarov, "Investment Treaties and the Russian Federation: Baiting the Bear?", en A. Liber Amicorum, *Thomas Wälde Law Beyond Conventional Thought*, Londres, CMP Publishing, 2009, p. 239.

Estas dos fuerzas han funcionado como una especie de péndulo durante varios momentos de la historia y detrás de cada una se han desarrollado doctrinas y posteriormente normas internacionales. La fuerza nacionalizadora estuvo presente en la creación de doctrinas como la de Carlos Calvo, que promulga la igualdad del inversor extranjero con el nacional y de concebir a las cortes nacionales como las llamadas a resolver cualquier disputa. Adicionalmente, esta corriente de pensamiento ha servido como una base para la teoría jurídica de la nacionalización de propiedad de extranjeros, aplicada a gran escala en la Unión Soviética y en múltiples ocasiones en América Latina. Finalmente, esta corriente desarrollada durante muchos años obtuvo un reconocimiento en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los estados, en el marco de las Naciones Unidas en 1974. Por otro lado, la fuerza por internacionalizar la relación jurídica ha motivado la idea expresada por De Vattel del estándar externo, que se basa en la noción de la existencia de un mínimo de trato a los extranjeros en otro Estado, el cual no puede relativizarse con la comparación al trato que un Estado otorga a sus propios nacionales.

El constante choque de estas dos fuerzas ha impedido entre otros factores la creación de un acuerdo multilateral en materia de inversiones. La internacionalización a través de acuerdos bilaterales y regionales permitió que se cree un régimen global emergente imperfecto y que actualmente sea sujeto de muchos cuestionamientos. Sin embargo, en los últimos años se evidenció un fenómeno mediante el cual los estados que tradicionalmente fueron importadores de capital, ahora y sin perder su calidad de receptores de flujos de inversión, han emprendido agresivas estrategias de inversión propia, como es el caso de China. Este cambio en la dinámica internacional influyó aún más en la proliferación de tratados bilaterales, que ahora son parte del denominado régimen emergente global de inversiones. Este régimen emergente tiene como común denominador la existencia de estándares absolutos de trato como el denominado Trato Justo y Equitativo y estándares relativos como el de Nación Más Favorecida y Trato Nacional. Sin embargo, estos estándares que aparecen constantemente en un universo de 2807 tratados bilaterales no son expresados ni redactados de manera uniforme, lo que imposibilita su interpretación. Adicionalmente, en la mayoría de estos tratados se establece el arbitraje como medio de cumplimiento de los estándares y normas sustantivas, lo que ha creado una colección de laudos arbitrales, muchas veces contradictorios, que no han contribuido para la estabilización del régimen emergente de inversiones.

Actualmente han sido planteadas varias ideas para modificar el actual régimen como: la creación de una instancia permanente de apelación de laudos arbitrales que unifique las diferentes interpretaciones de tribunales arbitrales,⁸⁹ o la incorporación

89. Susan D. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", p. 1524.

de “cláusulas de escape”⁹⁰ presentes en acuerdos comerciales como la OMC, que permite la suspensión parcial y temporal de ciertas obligaciones ante circunstancias extremas, como lo fueron los estados de necesidad por crisis financieras en Argentina e Indonesia hace algunos años y que motivaron una serie de disputas con inversores.

Finalmente, cualquier reforma que se pretenda sobre el actual régimen emergente debe considerar la inversión como algo integral en que el fin del derecho sea regularla y no solo protegerla, sin considerar el comportamiento del inversionista.

En todo caso, cabe rescatar la importancia de la existencia de un régimen, aunque este sea imperfecto. Esta idea resalta la importancia de un marco jurídico con medios para resolver disputas, ya que cuando estos han faltado, la historia muestra como la fuerza ha sido la encargada de dirimirlos como aconteció con la época de la diplomacia de los cañones en el siglo XIX. A este contexto se aplica el razonamiento de Samuel Johnson: “Si una parte decide demandar lo que la otra decide negar, la disputa solo puede resolverse mediante el arbitraje; y entre poderes que no tienen un superior común no existe otro árbitro que la espada”.⁹¹

BIBLIOGRAFÍA

- Argerich, Guillermo, “Protocolos de inversiones extranjeras del MERCOSUR ¿Instrumentos útiles para el siglo XXI?”, en *Inversiones extranjeras*, Buenos Aires, 2005.
- Baistrocchi, Eduardo, “La estructura del Sistema de Tributación Internacional: algunas cuestiones conceptuales”, en *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008.
- Blackaby, Nigel, “El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio”, en Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa, coords., *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005.
- Cavazos Villanueva, Gabriel, *The Fair And Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*, New Orleans, VDM, 2008.
- Dolzer, Rudolf, y Chrisoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Dulac, Elodie, “The Emerging Third Generation of Chinese Investment Treaties”, en *Transnational Dispute Management*, vol. 7, issue 4, 2010 [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1636].

90. Louis T. Wells, “The Emerging Global Regime for Investment: A Response”, p. 55.

91. Citado por Matthew Parish en *Mirages Of International Justice The Elusive Pursuit of a Transnational Legal Order*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2011, p.1.

- Franck, Susan D., “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, en *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, disponible en SSRN: [<http://ssrn.com/abstract=812964>].
- Gathii, James Thuo, “War’s Legacy in International Investment Law”, en *International Community Law Review*, vol. 11, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2009.
- López Maldonado, Ulpiano, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954*, Quito, Imprenta del Ministerio de Educación, 1954.
- Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises & The Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Multilateral Investment Guarantee Agency MIGA, *2011 World Investment and Political Risk Report*, Washington D.C., The international Bank for Reconstruction and Development, 2011.
- Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, Washington, Thomson West, 2006.
- Newcombe, Andrew, y Lluís Paradell, *Law and Practice Of Investment Treaties: Standards Of Treatment*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009.
- Novoa Monreal, Eduardo, “La Nacionalización en su Aspecto Jurídico”, en *Derecho Económico Internacional. Análisis jurídico de la carta de Derecho y Deberes Económicos de los Estados*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1976.
- Parish Matthew, *Mirages Of International Justice The Elusive Pursuit of a Transnational Legal Order*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Pérez Vera, Jorge, “La doctrina y cláusula Calvo en el derecho internacional, su evolución y práctica”, en Adriana Zapata de Arbeláez, comp., *Derecho Internacional de los Negocios: alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Polanyi, Karl, *The Great Transformation The political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Kindle edition/Beacon Press, 2001.
- Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Restrepo Uribe, Esteban, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”, en *La Inversión Extranjera en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Rubins, Noah, y Azizjon Nazarov, “Investment Treaties and the Russian Federation: Baiting the Bear?”, en A Liber Amicorum, *Thomas Wälde Law Beyond Conventional Thought*, Londres, CMP Publishing, 2009.
- Salacuse, Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No. 2, 2010.
- Sánchez, Luis Alberto, *Historia General de América*, t. II, Santiago de Chile, Ercilla, 1949.

- Sánchez Mussi, Adriana, “International Minimum Standard of Treatment,” Wordpress sitio web, 2008 [<http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>].
- Schill, Stephan W., *The Multilateralization of Internacional Investment Law*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- Schwarzenberger, Georg, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971.
- Skovgaard Poulsen, Lauge, “The Politics of South-South Bilateral Investment Treaties”, en Tomer Broude, Marc Busch y Amy Porges, eds., *The Politics of International Economic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Sornarajah, M., *The International Law On Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 .
- Subedi, Surya P., *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Portland, Hart Publishing, 2008.
- Vandavelde, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, New York, Kindle/Oxford University Press, 2010.
- Watson, Adam, *The Evolution of International Society, a Comparative Historical Analysis*, Abingdon, Routledge, 1992.
- Wells, Louis T., “The Emerging Global Regime for Investment: A Response”, en *Harvard International Law Journal*, Online vol. 52, 2010, p. 46, [http://www.harvardilj.org/2010/10/online_52_wells/].

OTROS

- Comunidad Andina, Decisión No. 24, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, Comisión del Acuerdo Cartagena. en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07].
- Comunidad Andina, Decisión No. 291, *Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*, Comisión del Acuerdo Cartagena, en: [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07].
- GATT, Acuerdo Sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio, MIC, cuyo texto en español puede encontrarse en [http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims.pdf].
- Naciones Unidas, Asamblea General, Documentos Oficiales Sexto Período Extraordinario de Sesiones, Resolución No. 3201, del 1 de mayo de 1974, que aprueba la declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, cuyo texto en español se encuentra disponible en [<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/9559>].
- Naciones Unidas, Asamblea General, *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, Documentos Oficiales, Vigésimo Noveno Período, Resolución No. 3281, 12 de diciembre de 1974.

Fecha de recepción: 27 de junio de 2012
Fecha de aprobación: 1 de noviembre de 2012