

# ¿ARBITRANDO LO MÍO O LO TUYO? NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LOS INVERSIONISTAS

## Arbitrating what is mine or what is yours? The legal nature of the rights of investors<sup>1</sup>

HUGO GARCÍA LARRIVA<sup>2</sup>

Universidad San Francisco de Quito / Carmigniani Pérez Abogados (Ecuador)

### Resumen

El estatus de los inversionistas bajo el derecho internacional de inversión es un tema que ha generado importantes debates y en torno al cual se han desarrollado distintas teorías. En este sentido, con la finalidad de precisar cuál es la naturaleza y el alcance de los derechos de los inversionistas —como actores no estatales del derecho de inversión— el presente artículo abordará cuatro teorías principales: la teoría del modelo derivativo, del modelo dualista, del modelo del tercero beneficiario y del efecto directo. A través de este estudio se demostrará que la teoría del modelo directo, fundada en la concepción formal de la personalidad jurídica, es la que mayor claridad proporciona al régimen de inversión y la que permite hacer frente a los futuros desafíos del derecho internacional de las inversiones.

### Palabras clave

Inversionista, Derecho Internacional de las Inversiones, AII, Derechos de los inversionistas, Personalidad internacional

### Summary

The investors' status under international investment law is an issue that has led to long-standing debates around which different theories have been developed. In this regard, in order to specify the nature of investors' rights and what they can do with them as non-State actors on the international arena, this article will address four main theories: the derivative model, the dualist model, the third party beneficiary model, and the direct model. Through this analysis, it will be demonstrated that the direct model theory, based on the conception of legal personality of Kelsen could bring more clarity and provide a better framework to the development of investment law than the other models.

### Keywords

Investor, International Investment Law, IIA, Investors' rights, International Personality.

## 1. Introducción

Homero describía a la Quimera como una criatura “de naturaleza no humana, sino divina, con cabeza de león, cola de dragón y cuerpo de cabra, cuya gola babeante arrojaba sin cesar torbellinos

<sup>1</sup> Un especial agradecimiento a Ana Isabel Cobo Ordóñez sin cuya ayuda este artículo no existiría.

<sup>2</sup> Socio Carmigniani Pérez Abogados. Profesor de la Universidad San Francisco de Quito. Abogado y Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad San Francisco de Quito. LL.M. por la Universidad de Cambridge. Correo electrónico: hgarcia@cplaw.ec; hgarcia@usfq.edu.ec.



de fuego y horribles y encandidas llamas” (Homero, 1965, p. 128). El término Quimera ha sido utilizado para describir a cualquier animal mítico o ficticio compuesto por partes tomadas de diversos animales; a un organismo formado por una mezcla de tejidos genéticamente diversos; o, en general, a una molécula de ADN con secuencias derivadas de dos o más organismos diferentes (Oxford English Dictionary, 2018). Como la Quimera, se ha argumentado que el régimen del derecho de inversiones contiene elementos y principios provenientes de diferentes áreas del derecho que están en constante tensión<sup>3</sup>. El estatus de los inversionistas bajo el derecho internacional, es un claro ejemplo. ¿Son los inversionistas sujetos de derecho internacional? ¿Les otorgan derechos directos los acuerdos internacionales de inversión (en adelante AII o AIIIs)? ¿Pueden los inversionistas modificar, negociar o renunciar a tales derechos? La mayoría de los AIIIs actuales proporcionan poca, o a veces ninguna, claridad sobre este asunto. Por esta razón, el estado actual del derecho de inversiones requiere de un marco analítico para el estudio de la naturaleza y el alcance de los derechos de los inversionistas.

Con la finalidad de responder a las interrogantes planteadas, el presente artículo analizará las cuatro principales teorías que se han desarrollado para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas. Se argumentará que, a pesar de que desde el punto de vista de diseño normativo todas las teorías son posibles, siempre que un AII no contenga una posición clara respecto a la naturaleza de los derechos de los inversionistas, debería preferirse la teoría del efecto directo. Esta teoría aporta mayor claridad y ofrece un marco analítico más adecuado para el desarrollo del derecho de inversiones.

Para facilitar la comprensión de los argumentos desarrollados en este artículo, es necesario proporcionar al lector el marco conceptual sobre el cual están contruidos. Así, en primer lugar, se asume que el derecho internacional de las inversiones es *lex specialis* en el ámbito del derecho internacional público y no es un régimen autocontenido<sup>4</sup> (CIADI, 1990, *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ¶21). A raíz de aquello, existe un diálogo continuo y evolutivo entre los principios que son parte del derecho internacional público y la dinámica bajo la cual funciona el derecho internacional de las inversiones. Por consiguiente, el presente artículo no pretende proponer una teoría aplicable a todos los campos del derecho internacional, sino que busca proporcionar al lector un marco analítico para el estudio de la naturaleza de los derechos del inversionista, tomando en consideración el contexto y las particularidades del derecho de inversiones<sup>5</sup>. Finalmente, este estudio se basa en la idea de que el consentimiento del Estado es la piedra angular del derecho internacional de las inversiones. Por esta razón, no existe impedimento alguno para que los Estados modifiquen o eliminen el sistema actual de protección de inversiones extranjeras ni, incluso, para que creen uno diferente o completamente nuevo. Ahora, el hecho de que los Estados puedan modificar su sistema actual no significa que “[IIA] rights were never there” (2007, *Archer Daniels Midland Comp Any And Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ¶ 51).

<sup>3</sup> Véase Roberts (2013) y Paparinskis (2013a).

<sup>4</sup> Véase CIADI (1990, *Asian Agricultural Products Limited c. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Caso No. ARB/87/13, ¶21): “[f]urthermore, it should be noted that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated”. Para más referencias, véase Koskeniemi (2006).

<sup>5</sup> Este estudio se centra en la naturaleza de los derechos contenidos en un AII que tienen por objetivo proteger inversiones extranjeras y garantizar a los inversionistas la capacidad de ejercicio para presentar sus propios reclamos frente a un tribunal internacional. En consecuencia, el presente análisis se construirá desde la perspectiva de los inversionistas. No se ocupará de evaluar los derechos que corresponden a los Estados parte de un AII, ni de analizar si un AII otorga derechos independientes o interdependientes, tanto a los Estados parte como a los inversionistas. Para más referencias sobre el tema véase, Roberts (2014); y, la respuesta a este artículo por Paparinskis (2014).

## 2. Naturaleza del régimen de protección de derechos del inversionista: ¿Quimera?

El derecho internacional de las inversiones se ha desarrollado a través de constantes interacciones entre quienes participan en el proceso de creación de normas y políticas bajo el derecho internacional. El origen de la protección contemporánea a las inversiones extranjeras tiene su fundamento en la necesidad de proteger a los ciudadanos en el extranjero, a través de la Ley de Responsabilidad del Estado por Daños Causados a Extranjeros<sup>6</sup> (Hirsch, 2009, p. 98). Originalmente, la protección por parte de un Estado de origen a un ciudadano que ha sufrido un daño en un país extranjero, se ejercía a través de la institución de la protección diplomática. Esta doctrina se concibió bajo la premisa de que un Estado de origen tiene un interés legal representado en sus ciudadanos y, consecuentemente, cualquier persona que les cause un daño, puede tener que rendir cuentas al Estado en su capacidad de protección (Crawford, 2012, p. 607).

Junto con la influencia de la protección diplomática, el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la primera mitad del siglo pasado, coadyuvó a estructurar el régimen de protección de los individuos bajo el derecho internacional (Crawford, 2002, p. 26). Después de la Segunda Guerra Mundial, la modernización de la ley de protección a extranjeros desafió al marco clásico del derecho internacional público que se centraba exclusivamente en los estados (Mills, 2009; Parlett, 2011, pp. 26-29) para posicionar a los individuos como los actores principales y como el núcleo de protección del sistema de derechos humanos (Mills, 2009; Parlett, 2011, pp. 36-37).

En relación con el consenso general sobre la necesidad de ofrecer protección a los extranjeros y la aparición de los individuos como actores en el plano internacional, se deben tomar en consideración dos aspectos adicionales en el desarrollo del derecho de inversiones. En primer lugar, la circunstancia de que los Estados se comprometen en actividades para regular nuevos campos bajo el derecho internacional, particularmente, el derecho económico internacional<sup>7</sup>. En segundo lugar, el hecho de que las interacciones entre el Estado y los particulares han incrementado considerablemente a través de una participación activa en actividades comerciales (Mills, 2009, pp. 93-94). Ambos fenómenos, desdibujaron la frontera entre el sector público y el privado.

En este contexto, emergió en la segunda mitad del siglo veinte, el derecho internacional de inversiones extranjeras<sup>8</sup>. El sistema tardó algunas décadas en tomar forma y finalmente, despegar<sup>9</sup>. Los AIIs firmados frenéticamente entre 1990 y principios del 2000<sup>10</sup>,

<sup>6</sup> Un análisis histórico sobre los orígenes del sistema de protección de inversiones extranjeras puede ser encontrado en Miles (2013). Miles ubica al origen del sistema en las reglas internacionales sobre protección a la propiedad extranjera, desarrolladas durante el siglos diecisiete hasta principios del veinte.

<sup>7</sup> Esto se puede evidenciar en regímenes (i.e OMC) que restringen la actividad del Estado en áreas designadas como pertenecientes al mercado, y que limitan el rol que han ocupado los gobiernos en la protección de los intereses nacionales mediante técnicas de distorsión del mercado (i.e. tarifas, subsidios, cuotas de comercio y barreras no comerciales). Para más referencias véase Van de Bossche, P y Zdouc, W. (2013, pp. 4-13, 75-78).

<sup>8</sup> El tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de las Inversiones, firmado el 25 de noviembre de 1959, se conoce comúnmente como el primer tratado moderno de inversiones. Un hito en el desarrollo en este campo fue la entrada en vigor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convención CIADI) que creó el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI).

<sup>9</sup> En 1972 se registró el primer caso ante el CIADI (*Holiday Inns S.A. y otros v. Morocco*). Sin embargo, el sistema no registró una actividad sustancial sino hasta finales de 1990. De hecho, en el año 2012 el CIADI reportó 50 casos registrados el mayor número de registros hasta el 2015. Esta cantidad superó al número de casos registrados en los primeros 31 años de existencia del Centro (1966-1997). ICSID (2013-1) Caseload Statistics.

<sup>10</sup> En 1990, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD) reportó la existencia de 446

así como el creciente número de acuerdos regionales y multilaterales que contienen un capítulo de protección de las inversiones, conllevaron a un incremento sustancial de casos en la última década. Como era de esperar, a medida que incrementaba la cantidad de casos, aumentaban en número, complejidad y sofisticación los problemas que afrontaban los tribunales. Algunos de los temas más controvertidos en los que se ha centrado el debate han sido: la naturaleza de los derechos de los inversionistas, la posición que ocupan como actores en el plano del derecho internacional y cómo ellos interactúan con las fuentes y con el marco político del sistema para la protección de inversionistas extranjeros.

No existe duda que los inversionistas están dotados de capacidad, frente a tribunales de inversión, para presentar un reclamo contra un Estado de acogida cuando consideren que se ha incumplido un AII (Schreuer et al., 2009, ¶268). Del mismo modo, es unánimemente reconocido que este derecho puede ser ejercido libremente sin necesidad de recurrir al Estado de origen (International Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1968; Parlett, 2011, p. 105) y que la compensación, cuando se concede, se debe directa y exclusivamente al inversionista (Crawford, 2002, pp. 874-888). De hecho, este es el concepto fundamental alrededor del cual se diseñó el sistema (Broches, 1972, pp. 331, 349; Scheuer et al., 2009, ¶269). Ahora bien, está lejos de resolverse si, en el caso en cuestión, el inversionista actúa en nombre propio o en nombre de su Estado de origen; al respecto, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión Internacional de Derecho (CID), no ha adoptado posición alguna<sup>11</sup>. A pesar de aquello, la literatura ha propuesto cuatro teorías diferentes para explicar los derechos que ejerce el inversionista como nuevo actor no estatal en el campo internacional. La primera teoría explica la naturaleza de los derechos de los inversionistas realizando una analogía con la protección diplomática y afirma que los individuos son agentes que ejercen derechos pertenecientes a su Estado de origen. La segunda, recurre a la distinción entre derechos procesales y sustantivos con el fin de precisar la naturaleza de los derechos de los inversionistas. La tercera, explica la naturaleza de estos derechos construyendo una analogía con el régimen de derechos de terceros beneficiarios. Por último, la cuarta teoría argumenta que, bajo el derecho de inversiones, los derechos se otorgan directamente a los inversionistas.

### 2.1. Teoría del modelo derivativo<sup>12</sup>

La teoría del modelo derivativo se basa en la idea de que la protección brindada a las inversiones extranjeras se crea por la celebración de tratados entre Estados de los cuales, los inversionistas no son parte (Crawford, 2002, p. 887). Por lo tanto, los derechos y obligaciones que nacen de estos tratados permanecen en la esfera del derecho internacional, bajo el cual, los individuos son simplemente objetos y no sujetos de derecho (Higgings, 1994, p. 49; Parlett, 2011, p. 37). Así, los derechos y obligaciones se deben de un Estado a otro (Douglas, 2009, ¶17). La falta de protección a un inversionista extranjero afecta, indirectamente, el interés legal del Estado de origen representado por el inversionista (Crawford, 2012, p. 607).

---

AIIIs. En el año 2002, se alcanzaron 2181 AIIIs. De acuerdo con la CNUCYD, a finales del año 2014, el régimen de acuerdos internacionales de inversión se componía de 3271 tratados. CNUCYD (2015, p. 106).

<sup>11</sup> El artículo 33 del Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión Internacional de Derecho, dispone que las obligaciones del Estado responsable se deben “sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”. Crawford (2002) comenta el artículo 33(2) señalando que los AIIIs son sistema que pertenece al Estado. No obstante, Crawford clarifica que el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado no precisa sobre si los derechos se otorgan directamente a los inversionistas o no.

<sup>12</sup> Paporinskis, M. ha sugerido el nombre “delegada” para esta teoría, mientras que Juratowitch, B. sugiere el nombre “subrogación”.

Esta articulación de derechos y obligaciones entre Estados, introduce el esquema de protección desarrollado bajo la institución de la protección diplomática, dentro del régimen de protección de las inversiones (McLachlan, 2007, ¶3.55). En efecto, esta ficción del daño vicarial se usó originalmente para superar la falta de personalidad de los extranjeros al presentar un reclamo en un foro internacional (Sornarajah, 2010, p. 121; Douglas, 2009, ¶17; Schreuer et al., 2009, p. 415). Sin embargo, este no es el caso en el arbitraje de inversiones, en el que el sistema se crea alrededor de la idea de que el inversionista tiene legitimación para presentar su reclamo en un tribunal internacional. Aparentemente, esta idea contradice la estructura clásica de la personalidad jurídica bajo el derecho internacional (McLachlan, 2007, ¶3.54).

La supuesta contradicción se origina porque, bajo la clásica construcción del sistema, solo los Estados son sujetos de derecho internacional y, en consecuencia, solo ellos tienen legitimación frente a tribunales y cortes internacionales. Sin embargo, la idea subyacente del régimen de inversión es conferir capacidad a los inversionistas, frente a tribunales internacionales y divorciar sus reclamos de aquellos de su Estado de origen<sup>13</sup> (2007, *BG Group PLC v. The Republic of Argentina*, ¶145). Para reconciliar ambas ideas, es preciso analizar la teoría de la agencia<sup>14</sup>. Esta analogía implica conceptualizar a los tratados de inversión como acuerdos entre el Estado de origen (principal) y el Estado de acogida, para delegar a un inversionista (agente) que se ha visto afectado por una conducta en particular el derecho de presentar un reclamo interestatal (Paparinskis, 2013b, p. 625). De acuerdo con este modelo, los derechos pertenecen a los Estados parte de un AII; no obstante, los Estados otorgan a los inversionistas la facultad de ejercerlos<sup>15</sup>. En palabras de Douglas, “[i]nvestors therefore procedurally step into the shoes of their national State, without thereby becoming privy to their interstate legal relationship” (Douglas, 2009, ¶16). Así, es posible argumentar que “bilateral investment treaties in some sense institutionalize and reinforce (rather than replace) the system of diplomatic protection” (Crawford, 2012, p. 888).

El Tribunal del caso *Loewen v. USA*, basó su argumentación en esta teoría para explicar cómo funciona la protección de la inversión bajo el TLCAN en este sentido el TLCAN no difiere de otros AIIs. El Tribunal sostuvo que:

stemming from a corner of public international law in which, by treaty, the power of States under that law to take international measures for the correction of wrongs done to its nationals has been replaced by an ad hoc definition of certain kinds of wrong, coupled with specialist means of compensation. These means are both distinct from and exclusive of the remedies for wrongful acts under private law... The two forms of process, and the rights which they enforce, have nothing in common. There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states (2003, *Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ¶233).

<sup>13</sup> UNCITRAL (24 de diciembre de 2007). *BG Group PLC c. The Republic of Argentina*, ¶145: “[i]nvestors may seek redress in arbitration without securing espousal of their claim or diplomatic protection”. Véase el artículo 27 del Convenio del CIADI y el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio del CIADI, ¶33. Véase también Schreuer, C. et al. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. New York: Cambridge University Press, 414-30.

<sup>14</sup> Para mayores referencias acerca de la teoría de la agencia en el derecho internacional, véase Chinkin, C (1993). *Third Parties in International Law*. Clarendon Press, 4-7.

<sup>15</sup> Esta fórmula fue adoptada por las Comisiones Mixtas de Reclamación establecidas por EEUU y el Reino Unido con los estados de México, Chile, Venezuela y Perú. Véase Dugan, C.F. et al. (2008). *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 36-40; Simpson, J.L. y Fox, H. (1959). *International Arbitration, Law and Practice*. Stevens, Capítulos 1-4.

En otras palabras, de acuerdo con este pronunciamiento, los tratados de inversión confieren legitimación a los inversionistas para presentar lo que es, en esencia, un reclamo de protección diplomática en nombre de su propio Estado (Douglas, 2006, p. 27-30). En suma, el sistema de protección de las inversiones recurre a la protección estructural que ofrece la institución de la protección diplomática, pero permite a los inversionistas actuar como agentes de su Estado de origen presentando directamente reclamos ante tribunales internacionales.

Sin perjuicio de lo mencionado, este modelo ha sido constantemente criticado desde sus orígenes (García Amador, 1958, pp. 369, 467). Se lo ha descrito como una ficción construida sobre una ficción (Juratowitch, 2008, p. 24). Es solo a través de una ficción que la protección diplomática comprende los derechos del Estado dañado vicarial. La teoría del modelo derivativo implica una ficción adicional mediante la cual, el inversionista se pone en los zapatos del Estado.

Si se analiza la Ley de Responsabilidad del Estado por Daños Causados a Extranjeros desde una perspectiva sistemática, equiparar al régimen de protección de la inversión con la institución de la protección diplomática, podría debilitar al sistema en su conjunto. La asimilación regresiva de ambos mecanismos de protección socava, en última instancia, la posibilidad de que la protección diplomática asuma incluso un papel residual en la resolución de disputas internacionales (Douglas, 2009, ¶21; Juratowitch, 2008, pp. 29-33)<sup>16</sup>.

Desde un punto de vista funcional, la analogía que considera que los inversionistas se ponen en los zapatos del Estado para hacer valer sus derechos y, consecuentemente, ejercer los derechos de este último puede, eventualmente, afectar el propósito de proteger a los inversionistas. Para abrazar los reclamos de los inversionistas y los derechos de los del Estado de origen, se asigna a este último como el verdadero titular de los derechos. Ergo, al menos teóricamente, el Estado de origen podría considerarse autorizado para consentir una violación o para renunciar a un reclamo<sup>17</sup> (2009, *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, ¶424). Al final, esto podría evitar que un inversionista tenga expectativas de una posible reparación.

Desde un perspectiva procesal, la asimilación de ambas instituciones puede traer más inconvenientes y confusiones que claridad. Si enmarcamos la disputa como aquella en la que el inversionista presenta un tipo de reclamo de protección diplomática en nombre de su Estado de origen, es difícil explicar la existencia de ciertos aspectos de

<sup>16</sup> Juratowitch trae como ejemplo circunstancias en las que la protección diplomática puede ser de relevancia: [1] a situation where the human rights of an investor were transgressed but no applicable human rights or other treaty conferred a right to the investor to take international legal action for such a wrong; [2] a situation where the treaty contains, or is interpreted by an arbitral tribunal as containing, a narrow definition of an 'investment' out of which a dispute must arise in order to come within the protective scope of the treaty; [3] if a particular factual situation gives rise to a number of claims, none, or only some of which, are covered by treaty, then, assuming mutual consent has not already been given to investor-State arbitration, and assuming the requirements for diplomatic protection are met, a diplomatic protection claim may provide a means for all claims to be ventilated in the same international forum at the same time; [4] in some cases, even though treaties may confer on non-State actors rights and a means to assert those rights, a diplomatic protection claim by one State against another State may, if still available, be taken more seriously by a defendant State. En relación al punto [4] véase el caso del 15 de marzo de 2005, *The Republic of Italy v. The Republic of Cuba*. Laudo provisional. En esta misma línea, Roberts considera relevantes para la institución de la protección diplomática y el régimen de protección de inversiones, las siguientes circunstancias: [1] when the injured investor is a person or small corporation which is precluded to bring a direct claim due to the burden of expenses; [2] in the case of class actions, particularly where the injuries are individually small but collectively large; [3] when individual investors fear retaliation or discrimination by a host state if they were to launch an investor-state arbitration: Roberts, A. (2014, p. 15). Es necesario añadir un último escenario en el que la compensación concedida a un inversionista, a través de un laudo, no se paga por el Estado de acogida y, como resultado, el Estado de origen decide ejercitar la protección diplomática. Sobre esta última consideración véase Tejera Pérez, V.J. (2012, p. 445). En relación con la función de la protección diplomática a la hora de proteger inversiones extranjeras, véase Parlett, K. (2007, p. 533).

<sup>17</sup> Véase Newcombe / Paradell (2009, p. 511).

jurisdicción y admisibilidad, suspensión de procedimientos, compensación, y efectos del laudo en el régimen de inversión que difieren profundamente de aquellos del sistema de protección diplomática<sup>18</sup>. En primer lugar, contrario a lo que ocurre en el régimen de protección diplomática, la regla de agotar todas las instancias internas solo aplica al arbitraje de inversiones cuando se ha consentido expresamente (Newcombe / Paradell, 2009, p. 512; Douglas, 2009, ¶59). En segundo lugar, las reglas para evaluar nacionalidad son más estrictas en el régimen de protección diplomática que en el sistema de protección de inversiones (Douglas, 2009, pp. 40-41); de hecho, la regla de la nacionalidad continua raramente aplica a los procedimientos de arbitraje de inversiones. En tercer lugar, si la naturaleza de los derechos de los inversionistas se analizara bajo el marco de la protección diplomática, no se podría explicar cómo los inversionistas pueden negociar o renunciar de manera autónoma a esos derechos una vez que se ha iniciado un procedimiento, puesto que esos derechos pertenecerían al Estado (McLachlan et al., 2007, ¶3.58). En cuarto lugar, no existe manera clara, bajo la lógica de la protección diplomática, para racionalizar el hecho de que la compensación, en el sistema de protección de inversiones, se calcule sin tomar como referencia el daño sufrido por el Estado y que se deba directamente al inversionista<sup>19</sup> (Newcombe / Paradell, 2009, p. 512; Douglas, 2009, ¶61; McLachlan et al., 2007, ¶3.58). Por último, mientras que las decisiones tomadas bajo el derecho de protección diplomática son íntegramente juicios de derecho internacional y no están sujetas a ninguna ley municipal, los laudos emitidos en un arbitraje internacional de inversiones pueden verse afectados por leyes nacionales al momento de la ejecución o en un procedimiento de nulidad (Douglas, 2009, ¶63).

Los argumentos expuestos impiden concluir que la teoría del modelo derivativo es la vía adecuada para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas.

## 2.2. Teoría del modelo dualista<sup>20</sup>

De acuerdo con la segunda teoría, los AII's originan dos tipos de derechos, procesales y sustantivos (Douglas, 2009, ¶73; Smit Duijzentkunst, 2010, p. 415). El Tribunal del caso *Archer Daniels v. México*, diferenció los estándares sustantivos de protección contenidos en el capítulo 11, sección A del TLCNA, de las disposiciones procesales contenidas en la sección B. El tribunal señaló:

In the Tribunal's view, the obligations under Section A remain interstate, providing the standards by which the conduct of the NAFTA Party towards the investor will be assessed in the arbitration. All investors have under Section B is a procedural right to trigger arbitration against the host State. What Section B does is to set up the investor's exceptional right of action through arbitration that would not otherwise exist under international law, when another NAFTA Party has breached the obligations of Section A (2007, *Archer Daniels Midland Comp Any And Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c The United Mexican State*, ¶173).

Por un lado, el conjunto de derechos que corresponden a la protección sustantiva, son derechos creados bajo un tratado y se deben de un Estado parte a otro; respecto de los

<sup>18</sup> Para una visión general de las diferencias véase Juratowitch (2008, pp. 13-14).

<sup>19</sup> Para obtener información sobre los elementos que deben ser considerados en la compensación otorgada a través de la protección diplomática véase el caso: Corte Permanente de Justicia Internacional (1928, *Chorzów Factory (Germany v Poland)*, 28.

<sup>20</sup> Braun, TR. ha sugerido el nombre "Contingent Rights Paradigm" para esta teoría. Braun (2013; 2014, pp. 73-88).

inversionistas, este tratado es *res inter alios acta*. En este sentido, bajo un AII, se crea un vínculo legal internacional entre los Estados parte. El objeto de esta obligación consiste en otorgar recíprocamente, un nivel específico de trato y protección hacia sus respectivos inversionistas. Estas obligaciones se mantienen in abstracto en el ámbito internacional como un estándar frente al cual debe evaluarse el comportamiento del Estado de acogida (Douglas, 2009, ¶63; 2007, *Archer Daniels Midland Comp Any And Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican State*, ¶173). Como resultado, el AII no crea un vínculo legal específico, ni independiente, entre el Estado de acogida y el inversionista. En consecuencia, ninguna de las obligaciones respecto de la protección sustantiva se debe a los inversionistas, sino a su Estado de origen. Este, sin embargo, no es el caso del segundo conjunto de derechos creado por un AII, los derechos procesales.

Como se señaló previamente, en el núcleo del régimen de protección de inversiones reside la idea de conferir capacidad de ejercicio a los inversionistas frente a tribunales internacionales. Este propósito se evidencia, y se alcanza, a través de la oferta unilateral de un Estado para arbitrar, contenida en una cláusula de resolución de disputas de un AII. Tales disposiciones ubican al inversionista como el beneficiario de un derecho proveniente de AII<sup>21</sup>. Este modelo respalda su estructura en la teoría del tercero beneficiario, reconocida bajo el derecho internacional<sup>22</sup> (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 36). De acuerdo con esta teoría, los inversionistas reciben *ius tertii* bajo el AII, para consentir en arbitrar una disputa que provenga de un supuesto daño causado a su inversión. Si el inversionista asiente o acepta la oferta hecha por el Estado de acogida, se crea entre ellos un vínculo legal nuevo e independiente (Crawford, 2012, p. 888).

El contenido de esta nueva relación consiste en el derecho del inversionista de presentar un reclamo autónomo frente a un tribunal de arbitraje internacional con el fin de evaluar el comportamiento del Estado de acogida en el contexto definido por los derechos sustantivos contenidos en el AII.

En este sentido, los AII cumplen dos funciones principales. Primero, dan origen a obligaciones interestatales que ofrecen protección a inversionistas extranjeros a través de la creación de un conjunto de derechos *in abstracto*, frente a los cuales se juzgará el comportamiento del Estado de acogida. Segundo, ofrecen a los inversionistas el derecho de presentar su reclamo en un tribunal arbitral internacional. En este sentido los AII son, simultáneamente, acuerdos que crean obligaciones internacionales entre Estados y, una *stipulatio alteri* que confiere a los inversionistas legitimación autónoma bajo el derecho internacional.

Esta teoría ofrece una explicación satisfactoria a la ficción que considera que los inversionistas se ponen en los zapatos del Estado. Sin embargo, parte de la idea de que las obligaciones sustantivas de los AII se deben entre Estados. En consecuencia, la teoría dualista termina recurriendo a la misma ficción del daño vicarial, desarrollada bajo la institución de la protección diplomática. Así, en lo relativo a los derechos sustantivos, esta teoría trae como consecuencia los mismos problemas que aquellos analizados bajo la teoría del modelo derivativo.

### 2.3. Teoría del modelo del tercero beneficiario

Esta teoría explica la naturaleza de los derechos de los inversionistas acudiendo a la teoría de terceros beneficiarios bajo el derecho internacional. Este tema se analizó brevemente con

<sup>21</sup> Este modelo fue respaldado por el tribunal en el caso *RosInvestCo UK Ltd v. Russia* (2007). SCC Caso No. V 079/2005. El tribunal sostuvo: "153... The objective purpose of such treaty provisions, which confer independent third party rights on investors".

<sup>22</sup> Véase el caso CIADI (2008, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina*, ¶114).

anterioridad cuando se mencionaron la diferencias entre el derecho procesal y el sustantivo. Sin embargo, en este caso, no hay necesidad de trazar esa diferencia. El propósito principal de esta teoría es el reconciliar la visión clásica de un tratado como un acuerdo entre Estados, con el principal objetivo del sistema de protección de inversiones, esto es, ofrecer a los inversionistas legitimación autónoma y protección directa, independiente de aquella ejercida por su Estado de origen.

Si los tratados son acuerdos entre Estados (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 2.1.a), están sujetos al principio de que los acuerdos no imponen obligaciones ni confieren derechos a terceras partes (Crawford, 2012, p. 384). Este principio ha sido visto tradicionalmente como el corolario de los principios de soberanía, igualdad e independencia de Estados (Villiger, 2009, p. 467). En el caso *Certain German Interest in Polish Upper Silesia*, la Corte Permanente de Justicia Internacional dictaminó que “[a] treaty only creates law as between the States which are parties to it; in case of doubt, no rights can be deduced from it in favour of third States” (1926, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, p. 29). Este principio se consideró la piedra angular del derecho de los tratados y, consecuentemente, fue incorporado a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (en adelante CVDT) en su artículo 34.

No obstante, esta disposición no impide que las partes de un tratado confieran derechos a un tercer Estado. El artículo 36 de la CVDT, contempla la posibilidad de que un derecho se cree expresamente a favor de un Estado que no es parte del tratado. Sin embargo, para que el Estado puede adquirir ese derecho, deberá asentir en ello (Villiger, 2009, pp. 483-488; Sinclair, 1984, pp. 100-102). En otras palabras, para crear un vínculo legal entre un tercer Estado y los Estados parte de un tratado, es imprescindible el consentimiento del primero, a pesar de que el asentimiento se presume mientras no haya indicación en contrario (CVDT, 1969, Artículo 36.1). Mientras que, por medio de su consentimiento el tercer Estado obtiene el pretendido derecho, permanece en su posición original como un extraño al tratado y, en consecuencia, no se vuelve parte del acuerdo (Villiger, 2009, p. 469). En este sentido, el consentimiento juega el papel de un acto de apropiación de derechos derivados directamente del tratado (Sinclair, 1984, p. 103).

Sin duda, un AII es un tratado que pretende otorgar beneficios a los inversionistas. De hecho, es posible afirmar que esta es una característica fundamental y su *raison d'être*. De ser así, la estructura de obligación-derecho creada bajo un AII, puede ser asimilada a la creada bajo la situación de un tercero beneficiario<sup>23</sup> (Bernman, 2011, pp. 658-661). Esto, sin embargo, no configura el clásico ejemplo de terceras partes previsto por la CVDT. En el contexto de los AIIs, los beneficios se confieren a terceros que no son en sí mismos Estados, mientras que la CVDT describe una relación entre Estados. Aunque es claro que existe una diferencia normativa en el origen de ambas disposiciones, nada impide aplicar por analogía las mismas reglas de terceros beneficiarios en el derecho internacional a terceros beneficiarios que no son Estados<sup>24</sup>. Tal como determinó el tribunal en el caso *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*: “[o]n the analogy of Article 36(2) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (the “Vienna Convention”), the “secondary right-holder” under a bilateral treaty (the investor) who is conferred certain rights, being in no different position from “the third State” (mentioned in Article 36)” (2008, ¶114). En esta secuencia de ideas, la siguiente interrogante será cuáles derechos se crean a favor de los inversionistas por medio de un AII.

<sup>23</sup> Véanse los casos *RosInvestCo UK Ltd v. Russia* (2007). SCC Caso No. V 079/2005 y CIADI (8 de diciembre de 2008). *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, Caso No. ARB 04/14, ¶114.

<sup>24</sup> Chinkin (1993, pp. 121-122).

Cuando los Estados celebran un AII tienen la intención explícita de conferir derechos, tanto procesales como sustantivos, a los inversionistas. Como se explicó anteriormente, el derecho a presentar un reclamo puede ser fácilmente concebido *como ius tertii* pues se otorga directamente al inversionista. Ahora, el caso de los derechos sustantivos requiere una mayor apreciación. Al celebrar un AII, los Estados tienen la intención de conferir a los inversionistas un derecho que consista en un nivel particular y en un estándar de protección contra cualquier daño que el Estado de acogida pueda provocarles de manera ilegal. A pesar de que dichos derechos se crean de forma general y abstracta, se ofrecen directamente al inversionista como *ius tertii*. Como resultado de aquello, no solo el derecho de presentar un reclamo bajo el derecho internacional se otorga directamente al inversionista, sino que además, él puede ser ahora titular de derechos de protección sustantiva.

Como resultado, este modelo refuerza y respeta la idea de que el consentimiento del Estado es la fuente de obligaciones internacionales. En el núcleo de esta teoría reside la idea de que los Estados consienten expresamente en garantizar un derecho directo a los inversionistas por medio de una oferta. Tras su aceptación, los inversionistas se vuelven titulares del derecho. No obstante, los inversionistas no participan en la creación de esos derechos, son meros beneficiarios de ellos. En consecuencia, no se vuelven parte del tratado, dado que este se mantiene como un acuerdo internacional entre Estados, gobernado por el derecho internacional.

Ciertas críticas pueden hacerse a este modelo con respecto a su idea principal: el asentimiento del tercero. Parte de la literatura<sup>25</sup> ha explicado la situación derivada del artículo 36 de la CVDT a través del rol del consentimiento del Estado como fuente del derecho internacional. En este sentido, la función del consentimiento de dos o más Estados al otorgar un beneficio a un tercero es crear una oferta, mientras que la función del consentimiento del tercero beneficiario constituye una aceptación. Mediante esta reunión de declaraciones de voluntad, se crea un nuevo acuerdo entre los dos Estados parte del tratado y el tercero beneficiario<sup>26</sup>. Solo cuando ocurre este fenómeno, se puede afirmar que ha nacido un derecho para el tercero<sup>27</sup>. Por lo tanto, la fuente del derecho y su obligación correspondiente, se encuentran en el nuevo acuerdo (Villiger, 2009, p. 45). El tratado que contiene el *ius tertii* es la fuente de la oferta. El nuevo acuerdo internacional es la fuente del derecho y de la obligación internacional. Si aplicamos este análisis al escenario del régimen de protección de las inversiones, obtenemos que la fuente de los derechos conferidos al inversionista es el nuevo acuerdo creado por el consenso de voluntades entre este último y el Estado de acogida. Por lo tanto, esta analogía llevaría, inevitablemente, a la conclusión de que un inversionista es capaz de crear derechos y obligaciones bajo el derecho internacional; posición que desafía el clásico papel de los individuos en el derecho internacional, que, en primera instancia, este modelo intentó reconciliar.

<sup>25</sup> Para consultar distintas posiciones de los estudiosos sobre el tema véase Villiger (2009, pp. 469-470; y, Yearbook of the International Law Commission, (1996, p. 229, ¶7).

<sup>26</sup> Este nuevo acuerdo se conoce también como “acuerdo colateral”. Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff, 485.

<sup>27</sup> Esta tesis fue respaldada por el juez M. Negulesco en su opinión separada del caso ante la Corte Permanente de Justicia Internacional. (19 de agosto de 1929). *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 36-37. El juez del caso sostuvo “[i]t is possible, in an international convention, to stipulate a right in favour of a third State... in international law the States having made such a stipulation mutually undertake to conclude together with the third State a supplementary agreement which will be appended to the agreement originally made. With this object, the treaty may provide for the right of adherence by third Powers interested therein, and failing a stipulation of this nature, an agreement between the signatory States and the third State must be concluded”.

Un segundo problema con el asentimiento del inversionista, podría surgir de la posible existencia de una obligación que surja para los inversionistas en virtud de un AII. Bajo un análisis teórico, si contemplamos la posibilidad de que un AII cree un derecho a favor de un tercero beneficiario, nada impide aplicar la misma lógica para concebir la viabilidad de que un AII imponga una obligación a los inversionistas. De hecho, la CVDT reconoció la posibilidad de que un tratado imponga una obligación a un tercero, aunque impone requisitos exigentes. El artículo 35 de la CVDT establece que “[u]na disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación” (CVDT, 1969, Artículo 35).

De acuerdo con lo anterior, un tercero adquirirá una obligación siempre que haya dado su aceptación por escrito, requisito no previsto en el caso de los derechos que derivan del artículo 36 de la CVDT. En este sentido, se puede llegar a la inconveniente situación en la que un inversionista se considere como titular de derechos bajo un tratado, a raíz de su consentimiento implícito, y al mismo tiempo, evite las obligaciones que tiene en virtud del mismo tratado, basándose en el hecho de que no hubo consentimiento escrito. Desde un punto de vista pragmático, es posible argumentar que esta consideración es de poca relevancia dado que los AII actuales imponen pocas, o a veces ninguna obligación a los inversionistas<sup>28</sup>. No obstante, esta situación cuestiona la aplicabilidad de esta teoría en un futuro, dado que el arbitraje de inversión es un mundo evolutivo y los países están buscando cada vez más espacio para la regulación estatal<sup>29</sup>. Disposiciones relativas a la protección del medio ambiente, el bienestar de los consumidores, las regulaciones laborales y, en general, los requisitos de desarrollo sostenible, podrían imponerse a los inversionistas en el futuro, y, en ese caso, los Estados pretenderían hacer cumplir dichas obligaciones frente a un tribunal internacional<sup>30</sup>.

Los escenarios expuestos generan dudas sobre la idoneidad de esta teoría para lidiar con los desafíos que pudieren presentarse en el futuro del derecho de inversiones, cuestionando la conveniencia de adoptar este modelo para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas.

<sup>28</sup> Un caso interesante es el artículo 13 del Acuerdo de Inversión del Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA) que dispone que “...investors and their investments shall comply with all applicable domestic measures of the Member State in which their investment is made”. Adicionalmente, el artículo 28(9) de este acuerdo permite expresamente a los Estados presentar reconvencciones en contra de los inversionistas. El artículo establece que “[a] Member State ... may assert as a defence, counterclaim, right of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages”. En este sentido, el Acuerdo de Inversión COMESA plantea la obligación de cumplir con legislación nacional a nivel internacional (tratados). Otro ejemplo interesante es el AII Modelo propuesto en el año 2005 por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD). En su tercera sección, este AII impone obligaciones generales y específicas a los inversionistas. Notablemente, los artículos 12 y 13 del modelo de AII USAN, del año 2012, fijan cuatro obligaciones generales respecto de estándares medioambientales y laborales.

<sup>29</sup> En cuanto a las críticas al arbitraje de inversiones véase Waibel (2010).

<sup>30</sup> En un arbitraje en el marco de un tratado de inversión, Ecuador presentó una reconvencción en contra del inversionista Francés Perenco, debido a la supuestos daños medioambientales que se habían ocasionado. Véase CIADI (2015, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*). Para más referencias sobre la función de las reconvencciones como mecanismo para reequilibrar el Derecho de inversión véase Bjorklund (2013, p. 461). Véase también, Laborde (2010, p. 97); Mann (2013, p. 521). Curiosamente, el modelo de AII del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible contiene disposiciones expresas para la aplicación de obligaciones impuestas a los inversionistas: Acuerdo de Inversión del Comesa, artículo 44. Para interesantes argumentos a favor de los Estados como demandantes que buscan ayuda en general, en un arbitraje desarrollado bajo el marco de un AII, véase Roberts (2014).

#### 2.4. Teoría del modelo directo<sup>31</sup>

La cuarta teoría propuesta para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas, es la teoría del modelo directo. En el corazón de esta teoría reside la idea de que cada vez que un inversionista presenta un reclamo en contra un Estado de acogida, está reivindicando y ejerciendo sus propios derechos y no los de su Estado de origen. Esta idea se basa en la premisa de que los individuos pueden adquirir derechos exigibles en virtud de un tratado (Parlett, 2011, p. 359). De hecho, bajo el derecho internacional no existe impedimento teórico para que los Estados confieran derechos a los individuos a través de un tratado (Lauterpacht, 1975, p. 526; Douglas, 2003, p. 182). Ya en 1908, el artículo 2 de la Convención para el Establecimiento de una Corte Centroamericana de Justicia, reconocía la personalidad jurídica internacional de los individuos (Convención para el Establecimiento de una Corte Centroamericana de Justicia, 1908, artículo 2). Posteriormente, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Jurisdicción de las Cortes de Danzig, confirmó la posición de que los particulares puedan adquirir derechos en virtud de un tratado<sup>32</sup> (1928, pp. 17-18). Más adelante, la Corte Internacional de Justicia ratificó el principio de que los individuos pueden adquirir derechos directos bajo el derecho internacional. En el caso *LaGrand*, la Corte resolvió que el artículo 36 (1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares crea derechos individuales, sean estos derechos humanos o no (*LaGrand case, Germany v United State*<sup>33</sup>, 2011, ¶77). En esta misma línea, en el caso *Ahmadou Sadio Diallo, Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*, la Corte ratificó que el derecho internacional confiere derechos directos a los individuos<sup>34</sup> (2007, ¶39).

Recientemente, la Corte de Justicia del Mercado Común de África Oriental y Austral (en adelante COMESA) desarrolló el mismo principio (2013, *Polytol Paints & Adhesives Manufacturers Co. Ltd v The Republic Of Mauritius*). El caso hacía referencia a una disputa derivada de una medida promulgada por la República de Mauricio que presuntamente había provocado una restricción del comercio en la región de COMESA. Mientras que, en el contexto de la Organización Mundial del Comercio y de los acuerdos comerciales regionales, este tipo de controversias internacionales son iniciadas por un Estado miembro en contra de otro Estado miembro, en este caso, el reclamo fue presentado por una empresa nacional de Mauricio. En el proceso, Mauricio impugnó la legitimidad del demandante para presentar un reclamo internacional basado en una violación del tratado bajo el derecho internacional. El Tribunal señaló que:

[...] signatories of the COMESA Treaty have committed themselves to give some space in the COMESA territory not only for the Member States but also for individuals. By giving the residents of any Member State the right to challenge the acts thereof on grounds of unlawfulness or infringement of the Treaty, the Member States have in some areas

<sup>31</sup> Parlett, K. ha sugerido el nombre de “Substantive-direct” para esta teoría.

<sup>32</sup> A pesar de que en este caso la Corte determinó que los tratados pueden crear derechos directos para los individuos exigibles frente a tribunales nacionales no hay impedimento bajo la misma lógica, para que los individuos presenten un reclamo frente a un tribunal internacional. Al respecto, véase el caso ILR (1928). *Steiner and Gross v Polish State*, 4, 291-292.

<sup>33</sup> Respecto a la conclusión del tribunal, Crawford señala que “the question of capacity to act, in particular by enacting new rules, is distinguished from the holding of rights or entitlements”. El razonamiento de la Corte fue compartido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva *OC-16/99* ¶80, 82-4, 89-97 sobre el derecho a la información en asistencia consular.

<sup>34</sup> ¶39: “Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals ...”.

limited their sovereignty. The proper functioning of the Common Market is, therefore, not only a concern of the Member States but also that of the residents. The Treaty is more than an agreement which merely creates obligations between the Members States. It also gives enforceable rights to citizens residing in the Member States... This Court holds that residents of COMESA Members States likewise have an enforceable right before this Court whenever they establish that they have been prejudiced by an act of the Council or of a Member State that contravenes the Treaty (2013, *Polytol Paints & Adhesives Manufacturers Co. Ltd v The Republic Of Mauritius*, ¶17-19).

En su sentencia, la Corte del COMESA adoptó, en su totalidad, la posición de que los individuos son sujetos de derecho internacional, y, en consecuencia, tienen derechos y obligaciones derivados directamente de un tratado. Por esta razón, pueden hacer cumplir sus derechos directamente y solicitar la reparación correspondiente cuando se ha violado un tratado.

La idea de que los tratados confieren derechos directos a los individuos no es ajena al mundo del arbitraje de inversiones<sup>35</sup>. El Tribunal del caso de *SGS v. Filipinas* admitió que un AII puede crear derechos, tanto sustantivos como procesales, a favor de los inversionistas (2004, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ¶154). En adición, el Tribunal del caso *Cargill Incorporated v. The United Mexican States* retomó el enfoque dualista del caso *Archers Daniels v. México* al TLCAN al declarar que, en virtud del Capítulo 11, se confiere a los inversionistas no solo derechos procesales sino también sustantivos (2009, ¶ 422-425). Adicionalmente, en el caso *Corn Products International v. los The United Mexican States*, el Tribunal dictaminó que

...NAFTA confers upon investors substantive rights separate and distinct from those of the State of which they are nationals... It is now clear that States are not the only entities which can hold rights under international law; individuals and corporations may also possess rights under international law (2008, ¶ 167-168).

En esencia, el Tribunal señaló que cuando un inversionista presenta un reclamo contra el Estado de acogida hace valer, ejerce y reivindica sus propios derechos (procesales y sustantivos) bajo un AII y no los de su Estado de origen. Del mismo modo, este enfoque ha sido respaldado por las cortes nacionales que han tramitado un proceso de anulación de un laudo internacional en materia de inversiones (2005, *Occidental Exploration & Production Company v. The Republic of Ecuador*, ¶18; 2007, *The Czech Republic v. European Media Ventures SA*, ¶23, 52).

Por las consideraciones expuestas es posible concluir que los AIIs pueden otorgar derechos directos a los inversionistas, aunque proporcionan poca claridad al momento de regularizar este fenómeno. Por lo tanto, para una mejor comprensión del problema, es

<sup>35</sup> El tribunal en el caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, al comentar el Tratado sobre la Carta de la Energía señaló, ¶141: “[a]rticle 26 is a very important feature of the ECT which is itself a very significant treaty for investors, marking another step in their transition from objects to subjects of international law”.

necesario recurrir a un marco teórico bajo el cual sea posible precisar el hecho de que los tratados crean derechos directos aunque no fundamentales<sup>36</sup> a favor de los individuos, y que los mismos son exigibles en el plano internacional<sup>37</sup>.

La concepción formal de la personalidad en el derecho internacional, propuesta por Hans Kelsen, se basa en la idea de que cualquier persona que sea beneficiaria de una norma internacional es un sujeto de derecho internacional (Kelsen, 1932, p. 141; 1949, pp. 343-349). Como resultado, la personalidad jurídica internacional es la consecuencia y no la causa de poder ser titular de derechos y de la capacidad de asumir obligaciones. En efecto, no se puede mantener una presunción a priori de que solo ciertas entidades (i.e. Estados) son sujetos de derecho internacional (Portmann, 2010, p. 177; Von Bernstorff y Dunlap, 2010, p. 146; St. Korowickz, 1956, pp. 533-535). La personalidad internacional solo se adquiere a posteriori<sup>38</sup>, por lo que, un sujeto de derecho internacional no tiene derechos ni deberes inherentes a su condición. Estos poderes están determinados por la aplicación de normas internacionales y no por el concepto de personalidad internacional en sí mismo (Kelsen, 1932, p. 249). Por lo tanto, el poder para crear una ley en el plano internacional es consecuencia de una norma que otorga esta capacidad y no del simple hecho de ser sujeto de derecho. El Estado está autorizado a crear legislación internacional, solo debido al hecho de que normas internacionales consuetudinarias le otorgan esta competencia a él, y no a los individuos (Portmann, 2010, p. 177; Von Bernstorff y Dunlap, 2010, p. 147). El único resultado que deriva de la personalidad internacional es la capacidad de invocar la responsabilidad internacional y el ser considerado responsable en el plano internacional (2010, p. 277). Como conclusión, es posible afirmar que, bajo la teoría de la concepción formalista, el derecho internacional es un sistema abierto y la personalidad internacional surge a consecuencia de una norma internacional que regula a una entidad. De este modo, para determinar si un individuo tiene derechos directos en el ámbito internacional se debe observar el resultado de la interpretación y aplicación de normas internacionales<sup>39</sup>.

El modelo del efecto directo, utilizado para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas, se centra en la concepción formal de la personalidad internacional. En este

<sup>36</sup> Algunos estudiosos explican la existencia de los derechos de los inversionistas realizando una analogía con los derechos humanos. A pesar de que ambos regímenes comparten algunas similitudes (principalmente por el hecho que en ambos, los individuos adquieren derechos directos bajo el derecho internacional) existen diferencias considerables entre ellos en cuanto a su estructura, origen y finalidad. Además, la concepción individualista de la personalidad en el derecho internacional, usada para justificar el estatus de los individuos como sujetos de derecho internacional, puede no ser útil para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas. Esta concepción se centra en la noción de la persona como un ser humano que, en consecuencia, tiene derechos fundamentales bajo el derecho internacional, independientemente de la voluntad del Estado. Asimismo, la existencia misma del Estado y su racionalización se explica a través del fin último del derecho internacional: el individuo. Como resultado, se puede apelar a la función moral del Derecho internacional para explicar la existencia de derechos individuales en el ámbito internacional. Ahora, ni la noción central de los individuos como seres humanos es aplicable a los inversionistas (de los cuales la mayoría son corporaciones), ni la función moral de proteger a la humanidad es aplicable al derecho de inversiones (que se enfoca en proteger intereses comerciales). Para más referencias sobre la relación entre los derechos humanos y el derecho de inversión para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas, véase Juratowitch (2008), Paparinskis (2013a, pp. 617-625; 2008, p. 264), Hirsch (2009) y Douglas, Z. (2003, p. 182; 2006 pp. 27-30). Para una explicación de la concepción individualista véase Portmann, R. (2010, pp. 126-172).

<sup>37</sup> Portmann propone una combinación de la concepción Formal y la Individualista para explicar, de manera integral, la concepción de la personalidad internacional.

<sup>38</sup> Bajo la teoría eclética de Portman, existe una excepción a la regla general de que la personalidad, bajo el derecho internacional, se adquiere *a posteriori*. La excepción se refiere a la condición jurídica internacional de los individuos en el contexto de los crímenes internacionales y de los derechos fundamentales (en general, normas imperativas).

<sup>39</sup> De acuerdo con Von Bernstorff, J. y Dunlap, T. (2010) “[t]he unmediated effect of international legal norms on individuals, combined with direct access to courts above the state, was for [Kelsen] the crucial breakthrough toward a more effective universal law”. Von Bernstorff, J. y Dunlap, T.

contexto, la tarea principal es analizar y determinar si los AII regulan derechos y obligaciones para los inversionistas calificados. Para cumplir esta tarea se puede recurrir al marco teórico de los correlativos Hohfeldianos (Newcomb Hohfeld, 1914, p. 16; Edmundson, 2004, pp. 87-105; Wilson, 1980, p. 190). Bajo el primer correlativo jurar, un derecho ( $\varphi$ ) se debe a alguien (X) siempre que una obligación ( $\psi$ ) a su favor, se imponga a otra persona (Y) (1914, pp. 31-32; 2004, p. 90; Wilson, 1980, p. 191). En otras palabras, X tiene derecho a reclamar a Y “ $\varphi$ ”, si y solo si Y tiene una obligación con X a “ $\psi$ ”. Por lo tanto, si un AII establece, mutatis mutandis, que “investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment”<sup>40</sup>, se podría decir que un inversionista calificado (X) tiene derecho a recibir un trato justo y equitativo ( $\varphi$ ), debido a que el tratado impone al Estado de acogida (Y) la obligación de otorgar un trato justo y equitativo ( $\psi$ ) a los inversionistas (X). En conclusión, un análisis literal de los AII parece ser “...consistent with the conclusion that the substantive investment protection obligations... are owed to investors directly, who then have the means of enforcing their corresponding” (Douglas, 2009, p. 72).

Adicionalmente, la misma conclusión se puede alcanzar si se aplican las dos teorías principales de la función de los derechos: la teoría del interés y la teoría de la elección<sup>41</sup>. La primera teoría, sostiene que el propósito de un derecho es servir y proteger los intereses de su titular. Según esta teoría, el derecho existe para aportar un beneficio a su titular; en consecuencia, los titulares de derechos son aquellos cuyos intereses se benefician y alcanzan a través de un derecho (Edmundson, 2004, p. 121; Smit Duijzentkunst, s.f.). En este sentido, dado que los AII se centran en proteger los intereses de los inversionistas, estos deben considerarse los titulares de derechos propios del régimen de protección de inversiones. Por otro lado, la teoría de la elección establece que el papel de un derecho es conferir a su titular el control sobre la obligación de otro. Por lo tanto, un titular de derechos es la persona que está en condiciones de ejercer un poder Hohfeldiano (2004, p. 122). En otras palabras, un titular de un derecho es la persona capaz de exigir el cumplimiento del deber correlativo al derecho (Edmundson, 2004, p. 122; Smit Duijzentkunst, s.f.). En el contexto del régimen de protección de inversiones, los inversionistas calificados son aquellos que tienen derecho a presentar un reclamo. Además, ejercen un control completo de este derecho (Douglas, 2009, ¶34-39). Como consecuencia, esta teoría considera a los inversionistas como los verdaderos titulares de derechos de un AII.

A modo de resumen, la teoría del modelo directo sostiene que los AII otorgan derechos directos a los inversionistas. Esto es posible ya que, bajo la concepción formal de la personalidad, el derecho internacional es un sistema abierto y cualquiera que sea el beneficiario de una norma internacional es un sujeto de derecho internacional. Por lo tanto, la respuesta a la pregunta de si los inversionistas pueden tener derechos directos derivados de un AII, se centra principalmente en la interpretación que se dé al tratado. Si un AII impone deberes a los Estados de acogida a favor de un inversionista calificado, este último adquiere sus derechos correlativos (Hohfeldianos). De esto se deduce que los inversionistas son sujetos de derecho internacional y, por lo tanto, que tienen derechos directos en el ámbito internacional (Braun, 2014, pp. 96-99).

La aplicación de esta teoría para explicar los derechos de los inversionistas nos permite armonizar el papel de los individuos bajo el derecho internacional, con el concepto de personalidad jurídica, reconociendo, a su vez, el principio de que el consentimiento

<sup>40</sup> Para un estudio interesante sobre el trato justo y equitativo véase *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* (2004).

<sup>41</sup> También conocida como “will theory”. Smit Duijzentkunst (s.f.).

del Estado es la piedra angular del derecho internacional y que solo los Estados tienen la capacidad de crear normativa internacional, en virtud de su soberanía. Además, la teoría del efecto directo nos permite hacer frente a los futuros desafíos que se presentarán en el derecho internacional de inversión. En primer lugar, esta teoría permite a los Estados imponer obligaciones exigibles a los inversionistas. En segundo lugar, si consideramos que los derechos que derivan de un AII son los de los inversionistas, es factible argumentar que dichos derechos deben ejercerse en apego al principio de buena fe<sup>42</sup> (CVDT, 1969, Artículo 26). Aquello tiene como consecuencia directa el imponer a los inversionistas un conjunto de obligaciones implícitas que surgen junto con esos derechos (2011, *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, ¶116). Así, se podría argumentar que ciertas obligaciones como: la colaboración<sup>43</sup>, el no abuso del derecho<sup>44</sup>; la mitigación de los daños<sup>45</sup>; el estoppel<sup>46</sup>; la transparencia<sup>47</sup>; entre otras, pueden surgir cuando se han otorgado derechos a los inversionistas.

Por las razones expuestas es preciso concluir que, cuando un AII no prevé una posición clara respecto de la naturaleza de los derechos de los inversionistas, la teoría del efecto directo, basada en la concepción formal de la personalidad jurídica (Kelsen), debe ser preferida frente a las demás<sup>48</sup>.

### 3. Conclusión

Antes de llegar a una conclusión, es preciso hacer hincapié en las premisas sobre las cuales está construido el presente artículo: el consentimiento del Estado es la piedra angular del derecho internacional y el derecho de inversiones es *lex specialis* en el campo del derecho internacional público. Así, los Estados pueden desarrollar un modelo basado en la protección diplomática, en el esquema del tercer beneficiario u otorgar derechos directos a los inversionistas. De la misma manera, los Estados pueden restringir y limitar el ejercicio de esos derechos incluyendo disposiciones en AIIs que prohíban al inversionista negociar o renunciar a sus derechos. Después de todo, los Estados son los dueños de sus tratados.

Sin embargo, dado que la mayoría de AIIs actuales proporcionan poca, o a veces ninguna claridad sobre el asunto, el estado actual del derecho de inversión requiere de un marco analítico para el estudio de la naturaleza y el alcance de los derechos de los inversionistas. Hasta ahora, los derechos de los inversionistas han sido generalmente descritos como aquellos que pertenecen al Estado; no obstante, explicarlos de esa manera es similar a describir a un círculo como un cuadrado sin esquinas. En este orden de ideas, el presente artículo concluye que la teoría del modelo directo, a diferencia de las demás, aporta mayor claridad y proporciona un marco más adecuado para el desarrollo del

<sup>42</sup> El tribunal del caso *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic* estableció que “[t]his principle [good faith] governs the relations between States, but also the legal rights and duties of those seeking to assert an international claim under a treaty”. CIADI (15 de abril de 2009). *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, Caso No. ARB/06/5, ¶107. Véase también *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006) ¶238. Véase Cheng (1953, p. 121), Kryvoi (2011, p. 21).

<sup>43</sup> Ver CIADI (2008, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ¶144,145).

<sup>44</sup> CIADI (2009, *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ¶108, 113 y 144); CIADI (2011, *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ¶646); CIADI (2013, *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso No. ARB/10/3, ¶ 127).

<sup>45</sup> CIADI (2012, *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ¶1302).

<sup>46</sup> CIADI (1999, *Ceskoslovenska obchodni banka, A.S. v. Slovak Republic*, ¶479).

<sup>47</sup> CIADI (2009, *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ¶107, 113 y 144); CIADI (2010, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ¶ 123, 124).

<sup>48</sup> Se pueden arribar a las mismas conclusiones a través de la aplicación de la teoría del “tercero beneficiario” dado que, bajo la misma, los inversionistas son considerados titulares de derechos.

derecho de inversión. Según esta teoría, que se basa en la concepción de Kelsen sobre la personalidad jurídica, los inversionistas son sujetos de derecho internacional siempre que sean destinatarios de derechos y obligaciones contenidos en un AII. Por lo tanto, a pesar de que la concepción de la personalidad jurídica es abierta, los Estados permanecen como los únicos sujetos de derecho internacional capaces de crear normas internacionales, debido a que el derecho internacional consuetudinario les otorga exclusivamente este poder.

### Referencias bibliográficas

- Bernman, F. Evolution or revolution? En C. Brown y K. Miles (2011). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (pp. 648-661). New York: Cambridge University Press.
- Bjorklund, A.K. (2013). The Role Of Counterclaims In Rebalancing Investment Law. *Lewis & Clark Law Review*, 17, 461-480.
- Braun, T.R. (2013). Investor as a Partial Subject in Public International Law - An Inquiry into the Nature and Limits of Investors Rights. *Jean Monnet Working Paper Series NYU School of Law*, 4 (26), 1-63.
- (2014). Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law: An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights. *Journal of World Investment & Trade*, 15, 73-116. <https://doi.org/10.1163/22129000-01502003>
- Broches, A. (1972). *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Boston: Recueil des Cours.
- Cheng, B. (1953). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Chinkin, C (1993). *Third Parties in International Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Crawford, J. (2002). *International law as an open system*. London: Cameron May.
- (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 8 ed.
- Douglas, Z. (2003). The hybrid foundations of Investment Treaty Arbitration, *BYIL*, 74, 151-289.
- (2006). Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration, *Arbitration International*, 22 (1), 27-52.
- (2009). *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press.
- Edmundson, W.A. (2004). *An introduction to rights*. New York: Cambridge University Press.
- García Amador, F. (1958). *State responsibility some new problems*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 365-491. [http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pp1rdc\\_ej.9789028613126.365\\_491](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789028613126.365_491)
- Higgins, R. (1994). *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press.
- Hirsch, M. (2009). Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. En P.M. Dupuy et al. (ed.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Homero (1968). *La Iliada*. Madrid: Ediciones Ibéricas.
- International Centre for the Settlement of Investment Disputes. (1968). *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention History*, vol. II, part 2.

- Juratowitch, B. (2008). The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties. *International Centre for Settlement of Investment Disputes Review-Foreign Investment Law Journal*, 23 (10).
- Kelsen, H. (1932). *Théorie générale du Droit International Public: Problèmes Choisis*. Recueil des Cours.
- (1949). *General Theory of Law and State*. Harvard: Harvard University Press.
- Korowickz, M. St. (1956). The problem of international personality of individuals. *American Journal of International Law*, 50, 533-535.
- Koskenniemi, M. (2006). Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. *Report of the Study Group of the International Law Commission*, Doc.A/CN.4/L.682. New York: UN Nations.
- Kryvoi, Y. (2011). Counterclaims in Investor-State Arbitration *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 8.
- Laborde, G. (2010). The Case of Host State Claims in Investment Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 17, 97-122.
- Lauterpacht, H. (1975) The subject of the Law of Nations. En E. Lauterpacht. *International Law: Being the collected papers of Hersch Lauterpacht*, Vol. 2.
- Mann, H. (2013). Reconceptualizing International Investment Law: Its Role In Sustainable Development. *Lewis & Clark Law Review*, 17, 521-544.
- McLachlan, C. et al. (2007). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press.
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguard of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mills, A. (2009). *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. New York: Cambridge University Press.
- Newcomb Hohfeld, W. (1913-1914). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, 23.
- Newcombe, A / Paradell, L. (2009). *Law and practice of investment treaties*. Amsterdam: Wolters Kluwers.
- OECD (2004), Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>
- Oxford English Dictionary (2018). *Chimera*. <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/chimera>>.
- Paparinski, M. (2008). Investment Arbitration and the Law of Countermeasures, *BYIL*, 79, 264-352.
- (2013a). Analogies and Other Regimes of International Law. En Z. Douglas *et al* (2014) (ed.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (pp. 74-107). Oxford University Press.
- (2013b). Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility. *European Journal of International Law* 24(2), 617-625.
- (2014) On the Love of Hybrids and Technicalities. *Harvard International Law Journal Online Symposium*. < <http://opiniojuris.org/2014/03/31/hilj-online-symposium-love-hybrids-technicalities/>>.
- Parlett, K. (2011). *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*. New York: Cambridge University Press.

- Portmann, R. (2010). *Legal Personality in international law*. New York: Cambridge University Press.
- Parlett, K. (2007). Role of Diplomatic Protection in the Protection of Foreign Investments. *Cambridge Law Journal*, 66, 533- 535.
- Roberts, A. (2013). Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. *American Journal of International Law*, 107 (1), 45-94
- (2014). State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority. *Harvard International Law Journal*, 55(1).
- Schreuer, C. et al. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. New York: Cambridge University Press.
- Sinclair, I. (1984). *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*. Manchester: Manchester University Press.
- Smit Duijzentkunst, B. (2010). Treaty Rights as Tradable Assets: Can Investors Waive Investment Treaty Protection? *International Centre for Settlement of Investment Disputes Review-Foreign Investment Law Journal*, 25.
- (s.f.) Of Rights and Powers: Waiving Investment Treaty Protection. *Blog of the European Journal of International Law*. < <https://www.ejiltalk.org/of-rights-and-powers-waiving-investment-treaty-protection/>>.
- Sornarajah, M. (2010). *The international law of foreign investment*. New York: Cambridge University Press.
- Tejera Pérez, V.J. (2012). Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards. *Journal of International Dispute Settlement*, 3, 445.475.
- Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff.
- Van de Bossche, P y Zdouc, W. (2013). *The law and policy of the World Trade Organization*. Cambridge University Press.
- Von Bernstorff, J. y Dunlap, T. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*. New York: Cambridge University Press.
- Waibel, M et al., (2010). *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*. Wolters Kluwer.
- Wilson, J. G. (1979-1980). Hohfeld: A reappraisal. *University of Queensland Law Journal* 11(2).

## Jurisprudencia

- CIADI (1990). *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Caso No. ARB/87/3, 27 de junio de 1990.
- (2003). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, Caso No. ARB (AF) 98/3, 26 de junio de 2003, ¶233.
- (2004). *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*, Caso No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, ¶154.
- (2007). *Archer Daniels Midland Comp Any And Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, NAFTA, Caso No. ARB (AF) /04/05, 21 de noviembre de 2007, ¶51.

- (2008). *Corn Products International, Inc. v. The United Mexican States*, Caso No. ARB (AF)/04/01, 15 de enero de 2008, ¶167-168.
  - (2008). *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Caso No. ARB/03/24, 27 de agosto de 2008, ¶144,145.
  - (2008). *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, Caso No. ARB 04/14, 8 de diciembre de 2008, ¶114.
  - (2009). *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, Caso No. ARB/06/5, 15 de abril de 2009, ¶108, 113 y 144.
  - (2009). *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, Caso No. ARB(AF)/05/2, 18 de septiembre de 2009, ¶424.
  - (2010). *Gustav FWHamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Caso No. ARB/07/24, 18 de junio de 2010, ¶ 123, 124.
  - (2011). *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, Caso No. ARB/08/18, 7 de febrero de 2011, ¶116.
  - (2011). *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, Caso No. ARB/07/5, Decisión de Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de Agosto de 2011, ¶646.
  - (2012). *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, Caso No. ARB/03/23, 11 de junio de 2012, ¶1302.
  - (2013). *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso No. ARB/10/3, 4 de octubre de 2013, ¶ 127.
  - (2015). *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, Caso No. ARB/08/6, 11 de agosto de 2015.
- Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) (2005). *Occidental Exploration & Production Company v. The Republic of Ecuador*, Caso No. 3467, ¶18.
- Corte de Justicia del COMESA. (2013). *Polytol Paints & Adhesives Manufacturers Co. Ltd v. The Republic Of Mauritius*. Juicio de Primera Instancia, 31 de Agosto de 2013.
- Corte Internacional de Justicia (2001). *LaGrand case, Germany v. United State*, 27 de junio de 2001, ¶77.
- (2007). *Ahmadou Sadio Diallo, Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*, Juicio de Excepciones Preliminares, 24 de mayo de 2007, ¶39.
- Corte Permanente de Justicia Internacional (1926). *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Juicio de méritos, 25 de mayo de 1926, No. 7.
- (1928) *Chorzów Factory (Germany v. Poland)*. Juicio de Méritos, 13 de septiembre de 1928, 28.
  - (1929). *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 19 de agosto de 1929.
- ICSID (2006). *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Case No. ARB/03/26, Award. 2 August 2006.
- UNCITRAL. (2000). *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*. 26 de junio de 2000.
- (2007). *The Czech Republic v European Media Ventures SA*, EWHC 2851, ¶23, 52.
  - (2007). *BG Group PLC v. The Republic of Argentina*, 24 de diciembre de 2007.

### **Convenciones y Opiniones Consultivas**

Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados. (1969). Artículos 2.1; 35 y 36. U.N. Doc A/CONF.39/27

Convención para el Establecimiento de una Corte Centroamericana de Justicia. (1908) <[http://legislacion.asamblea.gob.ni/Instrumentos.nsf/550cbe82091cc613062578b80075d823/a476ad9af7c89a3f062577c7005d46ec/\\$FILE/1908%20Convencion%20para%20el%20establecimiento%20de%20una%20Corte%20de%20Justicia%20Centroamericana.pdf](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Instrumentos.nsf/550cbe82091cc613062578b80075d823/a476ad9af7c89a3f062577c7005d46ec/$FILE/1908%20Convencion%20para%20el%20establecimiento%20de%20una%20Corte%20de%20Justicia%20Centroamericana.pdf)>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). Opinión Consultiva OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. 1 de octubre de 1999.

Jurisdicción de las Cortes de Danzi (1928). Opinión Consultiva. 3 de marzo de 1928.