

Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?

Nicolás M. Perrone*

RESUMEN

Los tratados bilaterales sobre promoción y protección recíproca de inversiones (TBIs) tienen dos grandes objetivos: uno concreto e inmediato, el otro vago y mediato. Primero, estos acuerdos brindan garantías al inversor extranjero respecto del tratamiento que el Estado receptor otorgará a sus proyectos. Segundo, la firma de estos tratados pretende atraer más inversión extranjera a los países signatarios. El esquema de los TBIs, por lo tanto, se sustenta en la creencia de que los flujos de capitales extranjeros son afectados por la incapacidad institucional de los potenciales estados receptores. Estos tratados servirían para remediar esta falencia. Desde una perspectiva de política económica, no obstante, los beneficios para los países receptores son motivo de grandes discusiones. El presente trabajo busca ampliar este debate, analizando en qué medida los TBIs ayudan a los estados receptores a desarrollar las instituciones adecuadas para sus democracias y sus economías de mercado.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional de inversiones, régimen internacional de inversiones, tratados bilaterales de inversiones, justicias domésticas, democracia, Unasur.

SUMMARY

Bilateral Investment Treaties (BITs) have two major objectives: one concrete and immediate; and another vague and mediate. First, these agreements provide gua-

* Investigador del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE, UBA). Este trabajo es el tercero de una serie de estudios sobre la interacción y los efectos del régimen internacional de inversiones en las instituciones domésticas administrativas y judiciales. El primero está dedicado a la recepción y aplicación de los TBIs en la justicia argentina: “Tratados bilaterales de inversión y derecho interno: efectos en la jurisdicción argentina”, en *Derecho comercial y de las obligaciones*, No. 249, 2011, p. 25. El segundo se refiere a la situación de las justicias locales frente al actual régimen internacional de inversiones: “La protección de la Inversión Extranjera y la Justicia Doméstica / Regional: El caso Argentino y de la UNASUR”, ponencia presentada en la Primera Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, “Estado y Futuro del Derecho Internacional Económico en América Latina: Del Comercio a la Inversión”, 8-9 de septiembre de 2011, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

rantees to foreign investors regarding the treatment that host States shall accord to their investments. Second, the negotiation of these treaties seeks to attract more foreign investment to signatory countries. The BITs scheme is therefore based on the assumption that foreign capital flows are affected by the institutional incapacity of potential host States. These treaties would serve to remedy this deficiency. From a political economic perspective, however, the benefits for host States are subject of discussion. This paper aims to expand this debate, considering whether BITs help host States to develop appropriate institutions for their democracies and market economies.

KEY WORDS: international investment law, international investment regime, bilateral investment treaties, domestic justices, democracy, Unasur.

FORO

INTRODUCCIÓN

Los tratados bilaterales sobre promoción y protección recíproca de inversiones (TBIs) tienen dos grandes objetivos: uno concreto e inmediato, el otro vago y mediato. Primero, estos acuerdos brindan garantías al inversor extranjero respecto del tratamiento que el Estado receptor otorgará a sus proyectos, vedando toda actividad pública arbitraria, discriminatoria o el incumplimiento de las condiciones acordadas al momento de la inversión. Los TBIs parten de la premisa que las instituciones locales no consiguen minimizar razonablemente el riesgo político que asume el inversor extranjero. Segundo, la firma de estos tratados atraería más inversión extranjera a los países signatarios. El esquema de los TBIs se sustenta en que los estados buscan efectivamente aumentar el flujo de capitales extranjeros, y que este objetivo es afectado por la referida incapacidad institucional. Por ello, los gobiernos están dispuestos a sacrificar parte de su soberanía para reducir el riesgo político.¹ Como puede verse, estos objetivos guardan en sí mismos cierta asimetría. Las obligaciones asumidas en los TBIs tienen un grado importante de eficacia, como resultado de un mecanismo de resolución de controversias en el que el inicio de una disputa depende de la voluntad del inversor, y su resolución ha sido delegada a tribunales arbitrales internacionales.² No obstante, desde una perspectiva de política económica, los beneficios para los países receptores son motivo de grandes discusiones.³ En una palabra, para

-
1. Jeswald. W. Salacuse y Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, p. 77.
 2. Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (Fall 1995)*, vol. 10, No. 2, pp. 232-234.
 3. UNCTAD, “The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries”, Naciones Unidas, New York y Geneva, 2009.

los estados, el trato que ofrecen los TBIs se traduce en un pago inicial en el presente por un beneficio eventual y futuro.

Actualmente, más allá de los desafíos legales que plantea cada controversia, la cuestión institucional es una parte esencial del debate sobre los TBIs. Los argumentos se centran en torno a la eficacia de estos tratados como herramientas para atraer inversión extranjera. Este punto ha sido extensamente discutido, sin que se hayan alcanzado mayores consensos al respecto.⁴ Además, recientemente se ha puesto en duda que los TBIs reduzcan el riesgo político del país receptor, abriéndose una nueva ola de críticas.⁵ Pero el fondo del asunto no solo se refiere a la cantidad de inversión extranjera, sino también a sus efectos en los países receptores, tanto a nivel económico como institucional.⁶ En este marco más amplio, los TBIs son herramientas que operan sobre las instituciones a efectos de atraer inversión extranjera. La idea fundacional del actual régimen internacional fue expuesta por primera vez en 1957, cuando Hermann Abs se refirió a la Magna Carta para el capital extranjero.⁷ En su visión, el capital privado extranjero es clave para el desarrollo, y, entonces, es necesario encontrar los medios para fomentar su desplazamiento a los países que más lo necesitan. Para ese fin, él propuso los tratados de protección de inversiones.⁸

Pero en esa misma conferencia, las voces no fueron del todo coincidentes. Miguel Cuaderno Sr. explicó por qué países como Filipinas querían desarrollar sus propios capitales, sus propias empresas, es decir, su propia economía de mercado. En este discurso, la economía de mercado formaba parte de un objetivo mayor que incluía la consolidación de la forma democrática de gobierno.⁹

-
4. El trabajo de UNCTAD (nota 3) describe una serie de estudios sobre la relación entre la firma de TBIs y la atracción de inversión extranjera (realizados durante 1998-2008). Concluye que los resultados son diversos y que todos merecen distintas reservas. No obstante, UNCTAD afirma que los TBIs tienen algún efecto sobre la atracción de inversión extranjera, pp. 109-112.
 5. Launge Skovgaard Poulsen, "The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence", en Karl P. Sauvant, edit., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009/2010*, New York, Oxford University Press, 2010.
 6. Ver José Álvarez y Kathryn Khamsi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", en Karl Sauvant, edit., *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 473.
 7. Hermann Abs, "The Safety of Capital", en James Daniel, edit., *Private investment: the key to international industrial development; a report of the San Francisco Conference*, October 14-18, 1957, patrocinado por Time-Life International and Stanford Research Institute, New York, McGraw Hill, 1958, pp. 69-77.
 8. Hermann Abs y Lord Hartley Shawcross, "A proposed Convention to protect private foreign investment. A Round Table", en *Journal of Public Law*, vol. 9, 1960, p. 115.
 9. Miguel Cuaderno Sr., "The Anti-Capitalist Attitude", en Daniel James, edit., *Private investment: the key to international industrial development; a report of the San Francisco Conference*, patrocinado por Time-Life International and Stanford Research Institute, New York, McGraw Hill, 1958, pp. 52-61.

Frente al debate de tono econométrico sobre la cantidad de inversión extranjera, y a las controversias legales positivas o de *black letter law*, este trabajo busca recuperar una perspectiva más amplia respecto de la inversión extranjera para enriquecer el análisis sobre los efectos de los TBIs. La pregunta que pocos se han hecho en esta área del Derecho internacional económico, y que pretendo explorar, es en qué medida los TBIs ayudan a los estados a desarrollar las instituciones adecuadas para sus democracias y sus economías de mercado.¹⁰ Dejando de lado el aumento cuantitativo de la inversión extranjera, lo que debemos evaluar es si los TBIs son un incentivo positivo o negativo para el progreso de las instituciones de los países signatarios menos desarrollados y, por consiguiente, para su desarrollo.¹¹ Por un lado, la inversión extranjera presionaría sobre la administración pública y el poder judicial para su mejoramiento y modernización. Por el otro, si los TBIs otorgan a los inversores la posibilidad de desconocer las instituciones locales y acudir en cualquier momento a un arbitraje internacional de inversiones, cabe preguntarse cuál es el efecto que este comportamiento tendría en las instituciones locales. ¿Mejora las condiciones para el fortalecimiento de una economía de mercado doméstica, o simplemente facilita el accionar del capital extranjero en el país receptor? ¿Qué sucede con la democracia como forma de gobierno de los habitantes de la comunidad receptora? Muchos estudios se han concentrado en el espacio de política pública que los TBIs dejan a los estados.¹² Sin embargo, ninguno ha puesto el énfasis en los efectos de estos tratados en las instituciones democráticas y del mercado de los países signatarios.

Evidentemente, una decisión consciente sobre el futuro de los TBIs requiere considerar en mayor profundidad estas preguntas. Porque si la inversión extranjera que se establece en el marco de este régimen internacional afecta negativamente las instituciones domésticas del mercado y la democracia, los costos y beneficios de estos tratados merecen ser repensados. En mi opinión, el debate nunca ha incluido el efecto que los TBIs tendrían en el desarrollo institucional de Sudamérica (y quizá de todos los países en desarrollo). Este trabajo vislumbra dos argumentos en este sentido. El primero es que la posibilidad que tienen los inversores extranjeros de evitar las etapas administrativas y judiciales domésticas afectan la democracia como forma de

10. La principal excepción es Tom Ginsburg, "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance", en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, No. 1, 2005, pp. 107-123. Ver también, Jan Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Hamburg, Gabler, 2011, en especial el capítulo 6 "BITs and Institutional Quality".

11. Dani A. Rodrik, y otros, "Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development", en *Journal of Economic Growth*, vol. 9, 2004, pp. 131-165.

12. Por ejemplo, ver UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment. A sequel*, Nueva York/Geneva, 2012, y su comentario en Jonathan Bonnitcha, "Review of Fair and Equitable Treatment: A Sequel (UNCTAD 2012) en *Book review TDM*, 16 mayo 2012.

gobierno. Como enseña Rosanvallon, la participación ciudadana no se limita al voto, y, en realidad, los gobiernos elegidos por la mayoría de la población no son más que una parte, por cierto muy importante, de la democracia.¹³ El eje central pasa por incentivar canales de expresión ciudadana respecto de cuestiones públicas. En este sentido, los inversores extranjeros tienen la capacidad de retirar su conflictividad de las instituciones administrativas y de control local, lo que limitaría la participación democrática en el Estado receptor.

Además, al limitar la labor de las instituciones domésticas, se producen dos efectos importantes para su desarrollo. Primero, las justicias domésticas pierden una oportunidad importante para mejorar su calidad y prestigio, dado que ellas no se encargan de procesar la conflictividad con el inversor extranjero. Sudamérica necesita poderes judiciales más eficientes, transparentes y honestos para consolidar sus economías de mercado democráticas, no solo para los inversores extranjeros sino también para los locales. En este sentido, algunos autores han sostenido que la mejor alternativa para la protección del inversor extranjero la constituyen las justicias domésticas, mientras que los TBIs constituyen un parche institucional.¹⁴ Segundo, y como consecuencia, estos tratados eliminan la voz de los órganos administrativos, de control y judiciales.¹⁵ La justificación tradicional de los TBIs es que esta voz podría ser arbitraria con respecto del inversor extranjero. Aunque este argumento sea convincente, no puede ser llevado hasta el extremo que toda voz que exponga las particularidades y las preferencias de la comunidad local será necesariamente arbitraria con el inversor extranjero.

Para desarrollar esta temática y proponer dos alternativas, la siguiente sección presenta un breve panorama de los TBIs, su estructura y funcionamiento. Luego, se analizan las críticas más recientes y sus fundamentos, destacando que los efectos institucionales no forman parte de la discusión principal sobre este régimen internacional. A continuación, me dedico a elaborar sobre estos efectos basado en trabajos previos, a los que sumo mis dos argumentos principales. Finalmente, considero algunas alternativas consistentes con dos proposiciones básicas. Por un lado, es razonable que

13. Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*, París, Éditions du Seuil, 2006, pp. 9-31.

14. Vaughan Lowe, "Changing Dimensions of International Investment Law", en *Oxford Legal Studies Research Paper Series Working Paper*, No. 4, 2007, pp. 51-52. Disponible en [<http://papers.ssrn.com/Abstract=970727>]. Esta también parece ser la conclusión de dos influyentes trabajos realizados por Andrew Guzman. Ver Zachary Elkins, Andrew T. Guzman, y Beth A. Simmons, "Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000", en *International Organization*, vol. 60, No. 4, 2006, pp. 811-846; y Andrew Guzman, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", en *Virginia Journal of International Law*, No. 38, 1998, pp. 639-688.

15. En este trabajo utilizo el concepto de voz desarrollado por Albert O. Hirschman en su libro *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, MA Harvard University Press, 1970.

los inversores extranjeros demanden mayores garantías (o al menos no es arbitrario que lo hagan),¹⁶ pero por otro lado, la atracción de inversión extranjera a través de TBIs puede resultar un obstáculo para mejorar las instituciones domésticas. Por lo tanto, el debate político y académico debe centrarse en cómo proteger al inversor extranjero en un marco institucional que constituya un incentivo positivo para una economía de mercado democrática.

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Los TBIs, como su nombre lo indica, involucran a dos países cuyos inversores quedan automáticamente incluidos dentro de su ámbito de aplicación, siempre que reúnan las características previstas en el tratado para calificarlos como inversor e inversión extranjera.¹⁷ En este sentido, la mayoría de los acuerdos incorporan una definición amplia de inversión que incluye cualquier activo, mientras someten la calificación de inversor a la ley de la nacionalidad, en el caso de las personas físicas, y a la ley del lugar de constitución, en el caso de las personas jurídicas.¹⁸ Los TBIs tienen un lado sustancial que incluye estándares de protección contra la posible arbitrariedad del Estado receptor, y un lado procedimental que establece el remedio con que cuentan los inversores extranjeros frente a una medida concreta. Si bien para los fines de este trabajo es necesario ahondar en el aspecto procedimental de estos tratados, tal análisis requiere un conocimiento previo de algunos aspectos sustanciales.

Las normas incluidas en los TBIs están enunciadas de forma vaga y ambigua, por lo que su significado depende de la interpretación en el caso concreto.¹⁹ Estos estándares guardan cierta similitud con normas constitucionales para la protección de la propiedad y el mantenimiento de la igualdad ante la ley. De esta forma, es posible distinguir dos grandes categorías. La primera se refiere a la prohibición de discriminación. Los TBIs prohíben a los estados brindar un trato menos favorable a un inversor protegido, ya sea respecto de inversores nacionales (trato nacional) o extranjeros (trato de la nación más favorecida).²⁰ En casi cualquier segmento del mercado, un

16. Según el modelo de la *obsolescing bargain* desarrollado por Raymond Vernon en *Sovereignty at bay: The multinational spread of U.S. enterprises*, Londres, Longman, 1971.

17. Rudolph Dolzer, y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 46-71.

18. UNCTAD, "Scope and Definition", Naciones Unidas, New York, Geneva, 1999.

19. Jason Yackee, "Toward a Minimalist System Of International Investment Law?", en *Suffolk Transnational Law Review*, No. 32, 2009, pp. 314-315; Jan Paulsson, "International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law", en Albert Jan Van Den Berg, edit., *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 13 (Montreal, 2006)*, Kluwer Law International, 2007, pp. 881-882.

20. Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, pp. 178-190.

inversor enfrenta a competidores que intentan por medios legítimos ampliar su número de consumidores. Ahora bien, si las reglas o los incentivos varían, hay algunos inversores que de pronto se encuentran en mejores condiciones que otros, aunque no necesariamente por su habilidad comercial. Estas medidas pueden estar fundadas en sólidos motivos de política económica, pero también pueden tener por objetivo beneficiar arbitrariamente a una empresa nacional o de algún origen en particular.²¹ Los TBIs prohíben decisiones que coloquen a un inversor nacional o de cierto origen, por la sola razón de su nacionalidad, en mejores condiciones que otro inversor protegido por un tratado.²² Pero no garantizan la igualdad de condiciones al inversor nacional o al no protegido. Por ello, los TBIs no se refieren a las condiciones para la libre competencia, sino a la situación del inversor extranjero frente a sus competidores.

La segunda categoría de estándares se refiere a la prohibición de expropiación o afectación sustancial de las expectativas del inversor extranjero, a través de actos públicos que alteren las condiciones de su proyecto. Las cláusulas que cumplen esta función dentro de un TBI son las de expropiación directa, indirecta y regulatoria, y la del trato justo y equitativo.²³ Si bien cada categoría es distinta, y requiere un análisis por separado, ello no obsta a calificarlas como objetivas, dado que no dependen del tratamiento que el Estado brinde a otros inversores. Estos estándares protegen el capital y las expectativas legítimas del inversor extranjero al momento de establecer su proyecto. Las expropiaciones regulatorias parten de la base de igualar a una nacionalización o estatización distintas medidas públicas, desde una subida impositiva a cambios regulatorios arbitrarios, que en la práctica tendrían efectos equivalentes a una expropiación directa de la inversión. En todos estos casos, el Estado debe pagar una indemnización “rápida, adecuada y efectiva”.²⁴ La garantía de trato justo y equi-

-
21. Si bien los TBIs no prohíben expresamente la discriminación por razones objetivas y no arbitrarias, la práctica arbitral encuentra casos como *Occidental Exploration and Production Company c Ecuador*, laudo final de 2004, London Court of International Arbitration (UNCITRAL), en el que fueron considerados como comparables a los fines de su igual tratamiento productores de petróleo y de flores. En principio, parecería que existen razones válidas para diferenciar entre dos sectores tan diversos. Ver M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2010, 3a. ed., p. 338.
 22. La aplicación de los estándares de trato nacional y de la nación más favorecida ha generado una importante controversia, ver Nicholas DiMascio y Jan Pauwelyn “Non-discrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin”, en *American Journal of International Law*, No. 102, 2008, pp. 48-89; Kenneth Vandeveld, “The Economics of Bilateral Investment Treaties”, en *Harvard International Law Journal*, No. 41, 2009, pp. 469-502.
 23. Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, pp. 89-148; Ver también Thomas Wälde, “Treaties and regulatory risk in infrastructure investment: the effectiveness of international law disciplines versus sanctions by global markets in reducing the political and regulatory risk for private infrastructure investment”, en *Journal of World Trade*, vol. 34, No. 2, 2000, pp. 1-61.
 24. En un extremo, la estatización de una inversión es sinónimo de su expropiación, pero en el otro, una serie de medidas que quizá no implican el desapoderamiento del inversor pueden afectar sus expectativas de la misma forma (expropiación indirecta o regulatoria). Para los TBIs ambos casos merecen el mismo tratamiento. En este sentido, vale la pena aclarar que el cálculo de los daños en esta materia es una de las cuestiones históricamente

tativo, por su parte, supone la prohibición de cualquier tratamiento injusto, parcial o arbitrario, que pudiera afectar el valor de la inversión (aunque sin alcanzar la gravedad de una expropiación). En la práctica, los tribunales arbitrales tienden a no conceder expropiaciones regulatorias, pero son más permeables a condenar a los estados por brindar un trato injusto e inequitativo.²⁵

Al igual que ocurre respecto de la igualdad de trato, los TBIs no tienen como objetivo consolidar una administración eficiente, justa y equitativa en el Estado receptor. No solo los inversores nacionales quedan en diferentes condiciones respecto de los estándares de tratamiento, sino que estos tratados no ponen el acento en la constitución de las instituciones necesarias para lograr una administración pública justa y equitativa. Esto requeriría evaluar la situación del inversor extranjero como la de otros actores de la comunidad para la consecución del bien común,²⁶ siempre teniendo en cuenta la posición del individuo. En este sentido, la premisa es que ningún sujeto debe contribuir en forma desproporcionada con los fines de la comunidad.²⁷ Parte de este equilibrio es sustancial, y, según algunos autores, los arbitrajes de inversiones se mueven lentamente en esa dirección.²⁸ Pero otra parte es procedimental, en la medida que la participación y el mejoramiento de las instituciones brinden un lugar para todas las voces en el proceso de toma de decisiones.

Aun cuando la incorporación de ciertos estándares de los TBIs pudiera resultar saludable institucionalmente, los mecanismos procedimentales generan efectos más difíciles de juzgar. Si bien los TBIs son acuerdos entre Estados y los inversores no son parte de ellos, esto es casi una formalidad porque, una vez firmados estos tratados queda en manos de los inversores extranjeros y de los Estados receptores, tanto en el goce como en el cumplimiento de las obligaciones allí establecidas.²⁹ El Estado

más controvertidas. Ver Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, pp. 271-275. Una postura crítica puede encontrarse en Joseph Stiglitz, "2007 Grotius Lecture: Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World. Balancing Rights with Responsibilities", en *American University International Law Review*, vol. 23, 2008, pp. 532-535.

25. Ian Laird, Todd J. Weiler, eds., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, New York, Juris Publishing, 2009, p. 267.
26. Los derechos de propiedad tienen tanto un lado individual como un lado social. Alexander Gregory, Eduardo Peñalver, Joseph William Singer y Laura Underkuffler, "A Statement of Progressive Property", en *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009, p. 743.
27. Franck Michelman, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law", en *Harvard Law Review (1966-1967)*, Cambridge, vol. 80, 1967, pp. 1165-1166.
28. Ver Alex Stone Sweet, "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier", en *Law and Legal Ethics of Human Rights*, vol. 4, No. 1, 2010, pp. 47-76; ver también Benedict Kingsbury y Stephan Schill, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest-The Concept of Proportionality", en Stephan W. Schill, edit., *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 75-104.
29. Doak Bishop, James Crawford y W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International/The Hague, 2005, pp. 10-11.

de origen habitualmente no tiene injerencia en el proceso.³⁰ Por tal motivo, en recientes arbitrajes, como en la doctrina, se discute si estos derechos están en cabeza de los inversores o son ejercidos por delegación.³¹ Concretamente, esto significa que los inversores extranjeros pueden ejercer su derecho de iniciar una demanda arbitral en cualquier momento. Si bien sería necesario puntualizar las diferentes cláusulas sobre solución de controversias, la mayoría de los TBIs otorgan el privilegio de evitar la esfera administrativa y la judicial.³² De esta forma, pasado el período de negociación, que, dicho sea de paso, es considerado como una formalidad para muchos árbitros,³³ los inversores extranjeros tienen la habilidad de remover la cuestión de las instituciones democráticas locales. Esta decisión, además, debe ser tomada en forma definitiva cuando la cláusula del *fork in the road* forma parte del tratado.

Para ilustrar el procedimiento que establecen estos tratados, transcribo el artículo VI del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, el que establece que:

1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.
2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:
 - a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o

30. Existen, sin embargo, circunstancias en las cuales los estados partes en un TBI juegan un papel importante en una disputa internacional de inversiones. Primero, los estados pueden someter a arbitraje un conflicto respecto de la interpretación de los tratados: se trata, en este caso, de un arbitraje entre dos naciones soberanas. Segundo, el Estado del inversor triunfador en un arbitraje de inversiones puede ejercer la protección diplomática a favor de este último en caso de que el Estado perdedor no cumpla con lo ordenado en el laudo (artículo 27 del Convenio de Washington de 1965). Finalmente, los estados pueden jugar un rol trascendental en la interpretación de los tratados, sea a través de los mecanismos incluidos en los propios TBIs-caso del TLCAN o por su propia actividad internacional. Ver en este último sentido, Roberts Anthea, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual Role of States", en *The American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, pp. 179-225.

31. Las diferentes posturas y casos son descritos brevemente en Roberts Anthea "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual Role of States", pp. 184-185.

32. Anne Van Aaken, "Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View", en Stephan W. Schill, edit., *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 736-744.

33. *Ibid.*, p. 741.

- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o
 - c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.
3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:
- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 10 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
 - ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a este; o
 - iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional (CNUDMI), o
 - iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convenga las partes en la diferencia.
- b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de a las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

EL PRESENTE DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE INVERSIONES

En la actualidad, el régimen internacional de inversiones es criticado como defendido. Varios estados han reaccionado frente a algunas posturas expuestas por los árbitros en sus laudos.³⁴ Los Estados Unidos han modificado su modelo de tratado y mantienen abierto un diálogo sobre la continuidad de su política,³⁵ mientras Canadá también ha elaborado un nuevo modelo de TBI.³⁶ Por su parte, Sudáfrica ha iniciado un proceso de revisión,³⁷ y Australia decidió suspender la inclusión del arbitraje de inver-

34. Probablemente, muchas de estas críticas tienen su origen en tres contextos diferentes: los laudos dictados contra Argentina, las primeras decisiones contra Canadá y México en el TCLAN, y la resolución inconsistente de los casos *CME c. Czech Republic* (UNCITRAL, 2001) y *Lauder c. Czech Republic* (UNCITRAL, 2001).

35. El modelo de TBI de los Estados Unidos versión 2004 está disponible en [<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>]. Ver además, [<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/blog/notice-bilateral-investment-treaty-program-review>], y [<http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131106.htm>].

36. Disponible en [<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>].

37. El último informe está disponible en [<http://www.pmg.org.za/files/docs/090626trade-bi-lateral-policy.pdf>].

siones en sus tratados.³⁸ En el ámbito de la integración, los tres miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) han intervenido para modificar la interpretación del artículo 1105 decidida por un tribunal arbitral (trato mínimo).³⁹ En general, la mayoría de estas iniciativas son resultado de las experiencias vividas por estos países como demandados en arbitrajes de inversiones. La excepción es Australia que ha tomado la decisión de no someterse más a arbitrajes de inversiones en forma preventiva, aunque también como consecuencia del conflicto con Philip Morris sobre la prohibición de usar logos en las cajas de cigarrillos.⁴⁰

En Sudamérica están vigentes un número importante de TBIs. Todos los países de la región han suscripto alguno de estos tratados, aunque Brasil y Surinam no los han ratificado. Ecuador, Bolivia y Venezuela, por su parte, denunciaron el convenio que crea el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI) y buscan renegociar sus TBIs. De esta forma, en mayor o menor medida, gran parte de la región está involucrada en el régimen internacional de inversiones, que está constituido por los TBIs y el arbitraje de inversiones. Más aún, Sudamérica es la región más demandada ante el CIADI con el 30 % de los casos.⁴¹ Los países más demandados (incluyendo todos los foros arbitrales) son Argentina (51 casos), Ecuador (16 casos), Venezuela (15 casos), Bolivia (9 casos) y Perú (4 casos).⁴² En el contexto regional, las distintas reacciones se deben también a situaciones concretas vividas por los Estados como demandados en arbitrajes de inversiones. Se trata de respuestas frente a la posibilidad de que la limitación a la soberanía nacional se expanda a niveles no deseados por los gobiernos y sus ciudadanos. Por supuesto, los estudios que encuentran escasa evidencia entre la firma de TBIs y mayores flujos de inversión no ayudan a los defensores de estos tratados, quienes ven como su principal argumento para convencer a los países en desarrollo se desvanece. Tampoco los favorecen aquellas voces que acusan al régimen de inversiones de tener una preferencia por los inversores extranjeros.⁴³ Sumado a esto, existe escasa literatura y análisis crítico sobre los efectos institucionales

38. Luke Peterson, "In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements", disponible en [<http://www.iareporter.com/articles/20110414>].

39. Esta actitud ha sido criticada por Charles Brower II, "Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, 2006, p. 347.

40. A fines de junio de 2011, Philip Morris manifestó su intención de iniciar un arbitraje de inversiones contra Australia. Ver [<http://www.bbc.co.uk/news/business-13923095>].

41. CIADI, Estadísticas 2011 (inclusive hasta 30 de junio de 2011), disponible en [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>].

42. UNCTAD, "Latest Developments un Investor-State Dispute Settlement", IIA Issues Note N. 1, Marzo 2011, disponible en [www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf].

43. Ver Gus Van Harten, "The use of quantitative methods to examine possible bias in investment arbitration", en Karl P. Sauvant, edit., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011*, New York, Oxford University Press, 2012, y el intercambio entre Van Harten y Susan Franck, Calvin Garbin and Jenna Perkins.

les que tienen los TBIs. Para los países en desarrollo, sobre todo, la cuestión no es solo atraer inversión extranjera, sino ¿Para qué? Si la respuesta es desarrollar una economía de mercado enmarcada en un gobierno democrático, como señalaba Cuaderno Sr. en 1957, los contrasentidos de los TBIs podrían ser más amplios que las dudas generadas por las demandas arbitrales.

Al igual que en el siglo XIX y XX, la protección de las inversiones extranjeras sigue siendo un tema de interés e importancia estratégica para Sudamérica. Pero a diferencia de lo que ocurre con otras partes del mundo más desarrolladas, los países de la región no han logrado conmover a la opinión pública mundial cuando dejaron el CIADI, por ejemplo. En general, las voces que mencionan a Sudamérica como una región políticamente inestable hacen perder peso a estas iniciativas.⁴⁴ Esta inestabilidad, paradójicamente, podría ser consolidada por los mismos TBIs que bloquean canales de participación ciudadana, minimizan ciertos incentivos para la mejora institucional e impiden que los organismos de administración y de control omitan su opinión sobre los conflictos con los inversores extranjeros.

EL ASPECTO INSTITUCIONAL DE LOS TBIs. ¿DE PARCHE A OBSTÁCULO PARA LA EVOLUCIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LA ECONOMÍA DE MERCADO?

Aunque con matices, la literatura sobre los TBIs sostiene casi en forma unánime que estos tratados brindan una señal de certeza a los inversores extranjeros.⁴⁵ Se trata de un recurso para alcanzar seguridad institucional. La otra alternativa que tienen los países es ofrecer como garantía sus propias estructuras de control del Estado. El objetivo es el mismo. Tanto los inversores extranjeros como los nacionales demandan certeza sobre el comportamiento del gobierno, por ejemplo, que el Estado solo va a intervenir en sus proyectos de conformidad con las reglas de juego existentes al momento del establecimiento. Pero los sujetos extranjeros argumentan requerir mayor protección que los nacionales, porque su carácter de extranjeros los coloca en una situación de debilidad. Esta necesidad sería mayor en los países en desarrollo.⁴⁶ Por ello, mien-

44. Ver Jack Goldstone y otros, "A Global Forecasting Model of Political Instability", en *Political Instability Task Force Paper*, 2005, disponible en <http://globalpolicy.gmu.edu/pitf/PITFglobal.pdf>. Los estudios que analizan los motivos de esta inestabilidad política enfatizan el rol de las instituciones democráticas para alcanzar mayor estabilidad. Luisa Blanco y Robin Grier, "Long Live Democracy: The Determinants of Political Instability in Latin America", en *Journal of Development Studies*, vol. 45, No. 1, 2009, pp. 94-95. De esta forma, mayor institucionalidad sería parte de la solución para lograr la estabilidad que demandan los inversores extranjeros.

45. Ver los trabajos de Andrew Guzman (nota 14).

46. Alex Mills, "Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration", en *Journal of International Economic Law*, vol. 14, No. 2, 2011, p. 479.

tras para algunos Estados es suficiente ofrecer como garantía de no arbitrariedad su propio sistema judicial, para otros los TBIs permitirían suplir esta incapacidad institucional. De esta forma, algunos autores opinan que la opción frente a estos tratados es mejorar las leyes y los tribunales domésticos,⁴⁷ extendiendo los mecanismos que son suficientes para un inversor alemán en los Estados Unidos.⁴⁸

La postura del inversor extranjero no debe ser tomada a la ligera. Si se encuentra inseguro dentro del marco institucional interno al planear su inversión en Sudamérica, es comprensible que demande mayores garantías. Los hombres de negocios buscan reducir los riesgos en que incurren con sus proyectos.⁴⁹ En este sentido, el riesgo de que el Estado receptor no cumpla con sus compromisos o intervenga arbitrariamente en la inversión puede significar el fin de un emprendimiento comercial. En cierta medida, esta es la postura del Banco Mundial respecto del mejoramiento del ambiente de negocios y los TBIs.⁵⁰ En mi opinión, la posible contradicción no se encuentra en la demanda de certeza, sino en que no toda medida que atraiga más inversión extranjera, ni mayores flujos de capital, redundará en mejores instituciones democráticas y de economía de mercado. Quizá pueda ocurrir lo contrario.⁵¹

El lado institucional de los TBIs no puede ser más evidente. Los países sudamericanos tienen sus propios mecanismos para asegurar a inversores locales y extranjeros. Las constituciones de la región reconocen el Derecho de propiedad, mientras las leyes establecen las bases de una economía de mercado.⁵² Varios ensayos académicos, de hecho, han realizado analogías entre estas instituciones locales y el régimen internacional de inversiones. En su libro, Schneiderman hace un paralelo entre los TBIs y las normas constitucionales, argumentado que los primeros transforman las leyes fundamentales de los países signatarios.⁵³ Otros autores, como Van Harten, Schill y Montt se refieren a este régimen como un sistema administrativo de control del Estado.⁵⁴ Así, los TBIs crearían un régimen especial para los inversores extran-

47. Vaughan Lowe, "Changing Dimensions of International Investment Law", pp. 51-52.

48. Los mayores stocks y flujos de inversión extranjera son transatlánticos. Los países desarrollados, que no tienen TBIS entre ellos, son los principales receptores de inversión extranjera.

49. Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting foreign capital in the nineteenth and twentieth century*, Berkeley, University of California Press, 1985, pp. 19-33.

50. Jeremy Waldron, *The rule of law and the measure of property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 10-12.

51. *Ibid.*, pp. 49-50.

52. Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting foreign capital in the nineteenth and twentieth century*, pp. 16-19.

53. David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*, New York, Cambridge University Press, 2008.

54. Con distintas posturas respecto de las bondades de este régimen, ver Van Harten, Gus y Martin Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", en *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 1, pp. 121-150; Santiago Montt, *State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing,

jeros. Ambas posturas se concentran en la función institucional que cumple el régimen de inversiones, pero sin estudiar en profundidad los efectos que este produciría en las instituciones domésticas. Como adelanté, mi posición es que estos efectos se vinculan con las cuestiones procedimentales de los TBIs.

En este sentido, primero, es necesario referirnos a la perspectiva constitucional o administrativa que promueven los TBIs. Como estos tratados solo versan sobre la protección del inversor extranjero, su idea de constitución o de régimen administrativo está dirigida a limitar el accionar estatal. Por el contrario, el objetivo detrás de estas instituciones también es brindar al Estado una estructura capaz de fomentar el diálogo entre ciudadanos y gobernantes, a fin de adoptar las mejores decisiones con el límite de que ningún individuo sea sacrificado por el bien de la comunidad.⁵⁵ Los TBIs subvertirían esta tradición conformando solo barreras al accionar del Estado.⁵⁶ Si bien es exagerado sostener que los TBIs han cambiado el carácter de las instituciones locales hacia dentro de sus propios países, no podemos perder de vista el hecho de que estos tratados forman parte de un conjunto de iniciativas que tenían por fin una transformación neoliberal del Estado.⁵⁷ Como menciona Waldron, una medida democráticamente indiscutible, como un programa de reparación y urgencia frente a un desastre natural, puede ser procesada por el índice del clima de inversiones del Banco Mundial en forma negativa.⁵⁸ Si bien es cierto que el accionar del Estado receptor puede resultar arbitrario para con el inversor extranjero, es deseable que el régimen legal tenga una perspectiva más amplia del conflicto. Volviendo a las palabras de Cuaderno Sr., es discutible si el actual régimen internacional de inversiones mira con buenos ojos algunas medidas que son esenciales para constituir una democracia de mercado.

2009; Benedict Kingsbury y Stephan Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 146, 2009.

55. Ver Paul Craig, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 6a ed., pp. 3-45. En esta obra, Craig explica como el régimen administrativo evolucionó durante las décadas de 1980-1990 hacia un modelo de limitación más que de motorización del Estado. Esta tendencia se enmarca en un proceso de consolidación del Estado neoliberal.

56. Charles Brower II sostiene que el régimen internacional de inversiones hoy constituye una *guarantee of incremental protection*, "Corporations as Plaintiffs Under International Law: Three Narratives about Investment Treaties", en *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011, p. 197. Para un argumento similar, respecto de la Organización Mundial del Comercio, ver Andrew Lang, *World Trade Law after neoliberalism: reimagining the global economic order*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

57. Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éditions du Seuil, 2008, pp. 238-242; Michel Foucault, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Chippenham, Palgrave Macmillan, 2010.

58. Jeremy Waldron, *The rule of law and the measure of property*, pp. 85, 108.

Segundo, el mecanismo de solución de controversias de los TBIs afectaría la dinámica de los órganos administrativos, de control y del poder judicial en relación con la conflictividad creada por las inversiones extranjeras. Para Rosanvallon, la democracia incluye los mecanismos de control y los procesos administrativos que los individuos utilizan para participar y expresarse.⁵⁹ En esas instancias, como partes o interesados, ellos se presentan y hacen saber su opinión. Sobre todo a nivel administrativo, el objetivo es generar un diálogo donde la administración pueda evaluar y reconsiderar su accionar. En ese sentido, es esperable que muchas veces el gobierno cambie de opinión frente a los argumentos expresados por los ciudadanos, tanto de legalidad, como de mérito o conveniencia. Por este motivo, los individuos no pueden acudir directamente a la justicia y solicitar daños por el accionar del Estado. Una decisión en contra del Estado, así, se transforma en la *última ratio* de un proceso más largo de diálogo y reflexión.⁶⁰ Al dar al inversor extranjero la posibilidad de evitar la sede administrativa, los TBIs limitan el desarrollo de las instituciones domésticas. No se trata ya solo de restringir el accionar del Estado receptor frente al riesgo político, sino también de afectar el funcionamiento de las instituciones locales de participación y debate.

Es cierto, sin embargo, que existe un argumento según el cual los TBIs constituirían un incentivo positivo para las administraciones públicas.⁶¹ Luego de una o varias demandas, según esta postura, los estados intentan mejorar sus procedimientos administrativos para evitar controversias internacionales o incrementar sus oportunidades de prevalecer en eventuales disputas. Si bien no existen investigaciones empíricas en este sentido, de la misma forma que los estados han mejorado sus defensas en arbitrajes de inversiones, es razonable pensar que han solucionado defectos en sus procesos administrativos. Además, es probable que estas reformas se apliquen a nacionales y extranjeros por igual.⁶² Este argumento es consistente, aunque no considera los efectos negativos que el régimen de inversiones tendría en términos de participación ciudadana. En el mundo de los TBIs, solo las ONGs globales participan, y son ellas las que escogen qué causas llevar adelante y cuáles no merecen su atención.

Finalmente, los TBIs reemplazan a la justicia doméstica por tribunales arbitrales de inversiones. Esto significa que el mismo incentivo positivo que podría existir a nivel administrativo se ve debilitado a nivel judicial. De una u otra forma, los inver-

59. Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie : la politique à l'âge de la défiance*, pp. 19-24.

60. Anne Van Aaken, "Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View", pp. 728-730.

61. Jan Paulsson, "Enclaves of Justice", en *Transnational Dispute Management*, vol. 4, No. 5, 2007, p. 12.

62. Ver el caso del Perú, relevado en UNCTAD, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration ADR", New York/Geneva, Naciones Unidas, 2010, p. 72.

sores extranjeros deben actuar en la esfera administrativa local. Por el contrario, no necesitan acudir a la justicia doméstica. Como los TBIs subcontratan la seguridad jurídica en tribunales arbitrales internacionales, eliminarían la presión natural que los inversores ejercerían sobre los poderes judiciales. Los tribunales domésticos no tienen oportunidad de exponerse a casos que involucren inversores extranjeros y el sector público, perdiendo una gran oportunidad de mejorar su conocimiento sobre cuestiones regulatorias complejas. Esta falta de experiencia repercute, por ejemplo, en la resolución de casos entre inversores domésticos y el Estado nacional. Probablemente, los inversores extranjeros utilizarían más jurisprudencia extranjera e internacional, lo que permitiría a los jueces nacionales mejorar su capacidad para resolver estos casos.⁶³ De esta forma, los TBIs tendrían un doble efecto negativo sobre el poder judicial. No solo afectarían la democracia local, al reducir la participación de los jueces en el proceso de gobierno, sino que además afectarían los incentivos para su evolución y progreso. Este último argumento ha sido avanzado por diversos estudios, los que concluyen que los TBIs tienen algún efecto negativo sobre las justicias domésticas.⁶⁴

En la práctica, este efecto negativo podría resultar amplificado. El doble mecanismo institucional (arbitraje internacional/justicia doméstica) pone a inversores nacionales y extranjeros en distintas condiciones competitivas, al aumentar la protección de estos últimos.⁶⁵ En estas condiciones, los inversores locales intentarán alcanzar el mismo nivel de protección institucional, a los fines de mantenerse competitivos frente a sus pares extranjeros. En virtud de la forma en que operan los TBIs, esto es posible. Estos acuerdos tienen reglas formales respecto de la nacionalidad de las personas jurídicas (lugar de inscripción de la sociedad), y por lo tanto una inversión puede canalizarse a través de una compañía creada especialmente con esta finalidad. La legalidad de esta maniobra es discutida, especialmente cuando quienes están detrás de la inversión son empresarios locales.⁶⁶ Sin embargo, la presión que sufren los inversores domésticos es entendible. Por ello, es esperable que muchos

63. Nicolás Perrone, “La protección de la Inversión Extranjera y la Justicia Doméstica/Regional: el caso argentino y de la UNASUR”, ponencia presentada en la Primera Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, “Estado y Futuro del Derecho Internacional Económico en América Latina: Del Comercio a la Inversión”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 8-9 de septiembre de 2011.

64. Ver Daniels, R. J., “Defecting on Development: Bilateral Investment Treaties and the Subversion of the Rule of Law in the Developing World”, Draft, disponible en <http://www.unisi.it/lawandeconomics/stile2004/daniels.pdf> (2004); Tom Ginsburg, “International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance”; Andrew Newcombe, “Sustainable Development and Investment Treaty Law”, en *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007. En especial, Jan Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, capítulo 6, pp. 175-176.

65. Joseph Stiglitz, “2007 Grotius Lecture: Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World. Balancing Rights with Responsibilities”, pp. 451-558.

66. Ver las decisiones sobre jurisdicción en *Tokios Tokelès c. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18) y *TSA spectrum c. Argentina* (Respondent. ICSID Case No. ARB/05/5).

proyectos impulsados por capital local intenten escapar la jurisdicción de los tribunales domésticos. La conclusión es menos incentivos para el desarrollo institucional de las justicias domésticas.

El contraargumento en defensa de los TBIs es que los poderes judiciales locales y los tribunales arbitrales de inversiones compiten entre ellos, y esta competencia institucional podría resultar positiva.⁶⁷ Si bien el argumento es formalmente correcto, dado que los inversores extranjeros pueden elegir la vía doméstica, en la práctica siempre prefieren evitar las cortes locales. No importa si están en Canadá, Estados Unidos o Alemania, los inversores eligen discutir temas regulatorios en tribunales arbitrales. Esta actitud es razonable dado que los laudos han mostrado menor deferencia a la autoridad estatal que la jurisprudencia doméstica (incluso la de países desarrollados).⁶⁸ Además, algunas normas de procedimiento en los TBIs incrementan el incentivo de no acudir a las justicias domésticas. La cláusula del *fork in the road*, por ejemplo, prohíbe al inversor extranjero que acude a la jurisdicción doméstica recurrir luego a un arbitraje de inversiones. Es así que, en realidad, la supuesta competencia institucional no ocurre.

Todo lo dicho en esta sección indica que para los países receptores de inversión extranjera, la adhesión a los TBIs no es la mejor solución sino un “parche” institucional. Y, en el largo plazo, estos tratados podrían tener efectos negativos para el desarrollo de instituciones locales fundamentales para la participación ciudadana y el funcionamiento del mercado. Aun cuando estos tratados efectivamente atrajeran inversión extranjera, el dilema que enunciara Cuaderno Sr. frente a la propuesta de Abs sigue estando vigente. Si se trata de atraer inversión extranjera con la finalidad de desarrollar una economía de mercado democrática, los TBIs quizá merecen ser reconsiderados. En este sentido, resultaría paradójico que ciertos organismos internacionales sostengan que las instituciones son clave para el desarrollo, y luego promuevan la firma de TBIs.

IMAGINANDO UNA PROTECCIÓN DISTINTA PARA EL INVERSOR EXTRANJERO

Lo dicho hasta ahora nos lleva indefectiblemente a una pregunta. ¿Qué camino debe seguir Sudamérica si desea constituir una democracia de mercado con insti-

67. Rudolph Dolzer, “The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, No. 4, 2005, p. 972.

68. Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, capítulo 4.

tuciones locales propias, adaptadas a los desafíos de la región, y con inversión extranjera? Esta estrategia, por supuesto, no es la única vía posible. Pero para Sudamérica, hoy, parecería que dar la espalda a los inversores y a la inversión extranjera no es el mejor camino tanto por razones económicas como de geopolítica.⁶⁹ Si la inversión extranjera es necesaria, entonces, debemos entender que esta necesidad trae desafíos, y uno de ellos es encontrar su papel en el desarrollo institucional de los países de la región. Y aquí los TBIs juegan un rol al menos discutible. Por este motivo, es importante que los Estados sean creativos y busquen canales para expresar su voz respecto del actual régimen de inversiones.

Por ahora, los países que han tomado medidas concretas son Ecuador, Bolivia y Venezuela. Los tres han denunciado el Convenio del CIADI y han manifestado su voluntad de denunciar o renegociar sus TBIs. Aunque Ecuador ha declarado su interés en crear un mecanismo de arbitraje de inversiones desde la región, la conducta de los tres países ha sido percibida como una salida del sistema, y no como un pedido de reformas. A pesar de cierto clima contrario al régimen de inversiones extranjeras, la postura de Ecuador es la más coherente con el objetivo de desarrollar una economía de mercado democrática con inversión extranjera. Lo que la región necesita son alternativas, especialmente procedimentales, para proteger al inversor extranjero en un marco institucional adecuado a la región y sus necesidades. Al final de cuentas, para los países sudamericanos –como para muchos otros– es complicado salir de este régimen, que, como ha señalado Salacuse, es pegajoso.⁷⁰ La renegociación de los tratados es difícil, la denuncia unilateral no termina con la protección, y la denuncia del Convenio del CIADI no inhabilita el uso de otras instituciones arbitrales.⁷¹

En palabras del Presidente Correa, el desafío es institucional. En declaraciones realizadas en marzo de 2011, con motivo de las demoras en la implementación del proyecto de arbitraje en el marco de la UNASUR, el mandatario afirmó que muchos sectores “siguen creyendo que nuestros países no son capaces de instrumentar mecanismos de arbitraje que cumplan con estándares mundiales para constituirse en una respetable alternativa a los ya establecidos por los países desarrollados”.⁷² En

69. Los diversos informes sobre inversiones extranjeras elaborados por CEPAL señalan que la región continúa considerando al capital extranjero como un factor muy importante en su proceso de desarrollo. Ver [http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/ddpe/agrupadores_xml/aes253.xml&xsl=/agrupadores_xml/agrupa_listado.xsl].

70. Jeswald Salacuse, “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, p. 471.

71. La mayoría de los TBIs establecen que su protección continúa vigente para los inversores establecidos antes de su denuncia por un plazo de entre 10 a 15 años. Ver UNCTAD, “Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking”, Naciones Unidas, Nueva York/Geneva, 2006, p. 20.

72. “No existíamos antes. Ahora UNASUR es una realidad jurídica y celebramos su nacimiento institucional”, dijo el presidente ecuatoriano, Rafael Correa, quien pronunció un discurso marcado por referencias a la integración regional, disponible en [<http://m.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/avanza-en-quito-la-reunion-de-cancilleres-de-unasur/9001227>].

esta línea, en una reciente ponencia, expuse que alentar las voces de los jueces domésticos puede ser otra alternativa para cambiar el eje de la presente discusión, aumentar la calidad de las justicias regionales y mejorar la reputación de la región frente a los inversores extranjeros. Los tribunales domésticos pueden constituir una opción renovada y más imparcial sobre cuestiones de política pública y responsabilidad del Estado.

EL CENTRO DE LA UNIÓN DE NACIONES SUDAMERICANAS (UNASUR)

Una de las principales iniciativas de la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) es la creación de un centro de arbitraje para la solución de controversias sobre inversiones extranjeras. El proyecto establece la creación de un Sistema de Solución de Controversias, que estará conformado por un Centro de Arbitraje relativo a conflictos sobre inversiones y un Centro de Asesoría Legal para controversias en la materia. Además, la propuesta prevé la sanción de un Código de Conducta para los árbitros y mediadores del centro.⁷³ Si bien fue presentada por Ecuador, varios países ya habían manifestado su descontento con el mecanismo vigente, y su interés en la creación de un sistema regional. En la III Cumbre UNASUR, los representantes del poder judicial de cada país firmaron una declaración reconociendo “la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de [la] región, ponderando los intereses comunes de los países [miembros de la UNASUR]”.⁷⁴ Por el momento, no se conoce cuál sería la posición de este centro en relación a los TBIs, pero es razonable esperar que este mecanismo se transforme en una alternativa al CIADI o CNUDMI para solucionar los conflictos basados en los tratados. Quizá, como una alternativa intermedia que permita luego recurrir la decisión frente a un tribunal del CIADI. De otra forma, la iniciativa de la UNASUR tendría poco futuro frente a las opciones internacionales, dado que los inversores extranjeros probablemente continúen prefiriendo estas últimas. La parte del proyecto que es conocida, al menos, da cuenta que los redactores son conscientes del desafío. En este sentido, la idea original es que el centro de arbi-

73. La propuesta también considera un tema de gran actualidad en el Derecho internacional de las inversiones: el debate sobre la legitimidad de los árbitros. Por un lado, muchos referentes de la comunidad internacional de árbitros minimizan este debate. Por el otro, uno de los representantes más respetados de esta comunidad, Jan Paulsson, ha manifestado su preocupación respecto del comportamiento de los árbitros que son elegidos por las partes. En su clase magistral como profesor en la Universidad de Miami, por ejemplo, volvió a relatar el ya conocido incidente del árbitro elegido por los Estados Unidos en el caso *Loewen v. Estados Unidos*; Jan Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, University of Miami School of Law, 29 de abril de 2010.

74. Declaración de Nueva Esparta de la Red de Poderes Judiciales de Naciones Suramericanas, 2008.

traje de la UNASUR funcione primero en el ámbito regional, y luego de desarrollar cierta reputación, se expanda al nivel internacional.⁷⁵

EL ROL DE LAS JUSTICIAS DOMÉSTICAS

La otra alternativa intermedia frente a los pegajosos y ultra-activos TBIs es revalorizar el rol de los poderes judiciales locales en la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras, fomentando la aplicación de estos tratados por los jueces nacionales. El análisis de la jurisprudencia argentina que aplicó estos tratados, que realicé en dos trabajos recientes, demuestra que los jueces domésticos no resuelven siempre a favor del Estado o del inversor nacional.⁷⁶ Esas decisiones judiciales reconocen la aplicabilidad de los TBIs, tratan de reconciliarlos con el resto de la legislación argentina y aceptan que el inversor extranjero tiene un estatuto especial frente a su igual doméstico.⁷⁷ El poder judicial argentino ha hecho cumplir los compromisos internacionales adoptados por el país.⁷⁸ La aplicación de los TBIs en la esfera doméstica es una alternativa que permite garantizar al inversor extranjero e incentivar, también, el desarrollo de mejores instituciones judiciales. En este sentido, valdría la pena explorar la modificación o un cambio de interpretación de las cláusulas *fork in the road*, lo que permitiría que el inversor extranjero no pierda la posibilidad de acudir a un arbitraje internacional luego de la decisión doméstica.

Al hacer esta propuesta, soy consciente de que en disputas donde estaba en juego el futuro económico de la Argentina, como los casos referidos a la crisis de 2001, el poder judicial doméstico ha tenido una actitud deferente con el Estado argentino.⁷⁹ Al contrario, los laudos arbitrales han sido más favorables a los inversores extranjeros, lo que indicaría que estos últimos tienen aún motivos para preferir los tribunales arbitrales.⁸⁰ Sin embargo, es razonable pensar que decisiones nacionales bien funda-

75. Christian Leathley, “What will the recent entry into force of the UNASUR Treaty mean for investment arbitration in South America?”, disponible en [<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/author/christianleathley/>].

76. Nicolás Perrone, “Tratados bilaterales de inversión y derecho interno: efectos en la jurisdicción argentina”, en *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, vol. 42, No. 249, 2011, p. 25.

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*

79. Ver fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia Argentina en “Peralta, Luis y otro c/ Estado Nacional s/ Amparo” (Fallos 313:1513), “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ Solicita intervención urgente en autos: Smith, Carlos A. c/ PEN s/ Sumarísimo” (Fallos 325:28), “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo” (Fallo del 26 de octubre de 2004), y “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional–dto. 1550/01 y otro s/ amparo ley 16.896” (Fallo del 27 de diciembre de 2006).

80. Ver los laudos dictados en *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (CIADI No. ARB/01/8), *Azurix Corp. c. Argentina* (CIADI N° ARB/01/12), *LG&E c. Argentina* (CIADI No. ARB/02/1). Además, otros dos laudos favorables a los inversores fueron dictados en *Sempre Energía Internacional c. Argentina* (CIADI No. ARB/02/16)

das, haciendo uso de doctrina y casos extranjeros, constituirían una buena forma de exponer la voz regional sobre la actualidad del régimen de inversiones extranjeras. Como ocurre en Francia y el Reino Unido, los jueces nacionales podrían opinar sobre el costo financiero que implica una excesiva responsabilidad del Estado o la posibilidad que los funcionarios dejen de actuar por miedo de generar responsabilidad.⁸¹ La realidad es que, por el momento, son los tribunales de inversiones los que están sufriendo un lento proceso de revisión,⁸² y no los jueces de países desarrollados quienes incorporan los criterios de los tribunales arbitrales.

Parte de la cuestión, como señaló Lord Browne-Wilkinson, pasa porque:

No es en el interés de la sociedad en su conjunto que nosotros concentremos nuestro tiempo en los derechos de individuos a daños y perjuicios; porque de eso estamos hablando, una compensación económica frente a las autoridades públicas que tienen a su cargo cuidar de la sociedad y hacer lo mejor posible por el bienestar social. La creación de más deberes que den pie a una compensación económica es contraproducente para la sociedad.⁸³

COMENTARIO FINAL

Este trabajo ha presentado un análisis sobre los efectos institucionales de los TBIs como herramientas para atraer inversión extranjera. Si bien es necesario realizar estudios empíricos y de caso para dar una opinión concluyente, los elementos aquí expuestos permiten presumir que los TBIs debilitarían las instituciones administrativas y judiciales locales. Ambas son ejes fundamentales de una democracia de mercado. No puede perderse de vista que la principal disfuncionalidad detectada tiene que ver con la restricción de la labor de la administración pública y los jueces nacionales. En concreto, esto significa menor participación ciudadana, debate doméstico y voz de las instituciones locales. Quizá, estos efectos sí eran adecuados para consolidar un modelo de Estado neoliberal que, como sabemos, se expandió globalmente durante la década de 1990. En la actualidad, y sobre la base que atraer inversión extranjera no es suficiente, el desafío que enfrenta el régimen de internacional de

y *Enron Corporación and Ponderosa Gasset, L.P. c. Argentina* (CIADI No. ARB/01/3). No obstante, estos dos han sido anulados y los casos deben ser analizados ante nuevos tribunales arbitrales.

81. Duncan Fairgrieve, *State liability in tort: a comparative law study*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 129-135.

82. Tra Pham, "International investment treaties and arbitration as imbalanced instruments: a re-visit International", en *Arbitration Law Review*, vol. 13, No. 3, 2010, pp. 81-95.

83. Citado en Duncan Fairgrieve, *State liability in tort: a comparative law study*, p. 133.

inversiones es como adaptarse a una nueva realidad en la que la auto-regulación del mercado casi lleva al colapso de la economía global.

Los Estados deben tener un rol más importante en el desarrollo y el bienestar de la población. Esto no solo significa un rol más activo de los gobiernos, sino de todas las instituciones de la democracia. Este funcionamiento no es afectado necesariamente por la existencia de mecanismos internacionales para asegurar al inversor extranjero, sino porque estas modalidades afectan la dinámica de las instituciones locales. La clave reside en buscar un modelo de protección del inversor extranjero que aliente el mejor funcionamiento de la administración pública y los poderes judiciales, sin que por ello los inversores extranjeros pierdan la posibilidad de acudir a un tribunal internacional. Como expuse en este trabajo, Sudamérica puede ser pionera en implementar mecanismos creativos en esta dirección. En este sentido, sería esencial avanzar gradualmente hacia una mayor participación de los mecanismos internos para atender la conflictividad con el inversor extranjero, quizá a través de una vuelta moderada de los requisitos de agotamiento de la instancia doméstica o regional.

BIBLIOGRAFÍA

- Abs, Hermann, y Lord Hartley Shawcross, “A proposed Convention to protect private foreign investment. A Round Table”, en *Journal of Public Law*, vol. 9, 1960.
- “The Safety of Capital”, en James Daniel, edit., *Private investment: the key to international industrial development; a report of the San Francisco Conference*, October 14-18, 1957, patrocinado por Time-Life International and Stanford Research Institute, New York, McGraw Hill, 1958.
- Álvarez, José, y Kathryn Khamisi, “The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimpse into the Heart of the Investment Regime”, en Karl Sauvant, edit., *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*, Oxford University Press, New York, 2009.
- Anthea, Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual Role of States”, en *The American Journal of International Law*, vol. 104, 2010.
- Bishop, Doak, James Crawford, y W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International/The Hague, 2005.
- Blanco, Luisa, y Robin Grier, “Long Live Democracy: The Determinants of Political Instability in Latin America”, en *Journal of Development Studies*, vol. 45, No. 1, 2009.
- Bonnitcha, Jonathan, “Review of Fair and Equitable Treatment: A Sequel (UNCTAD 2012)—Book review”, en *TDM*, 16 mayo 2012.
- Brower II, Charles, “Corporations as Plaintiffs Under International Law: Three Narratives about Investment Treaties”, en *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011.
- “Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, 2006.

- Craig Paul, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 6a. ed.
- Cuaderno Sr., Miguel, "The Anti-Capitalist Attitude", en Daniel James, edit., *Private investment: the key to international industrial development; a report of the San Francisco Conference*, October 14-18, 1957, sponsored by Time-Life International and Stanford Research Institute, New York, McGraw Hill, 1958.
- Daniels, Ronald J., *Defecting on Development: Bilateral Investment Treaties and the Subversion of the Rule of Law in the Developing World*, 2004. Disponible en [<http://www.unisi.it/lawandeconomics/stile2004/daniels.pdf>].
- DiMascio, Nicholas, y Jan Pauwelyn, "Non-discrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin", en *American Journal of International Law*, No. 102, 2008. Disponible en [<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>].
- Dolzer, Rudolph, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, No. 4, Nueva York, 2005.
- Dolzer, Rudolph, y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- Elkins, Zachary, Andrew T. Guzman y Beth A. Simmons, "Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000", en *International Organization*, vol. 60, No. 4, 2006.
- Fairgrieve, Duncan, *State liability in tort: a comparative law study*, New York, Oxford University Press, 2003.
- Foucault, Michel, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Chippenham, Palgrave Macmillan, 2010.
- Ginsburg, Tom, "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance", en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, No. 1, 2005.
- Goldstone, Jack, y otros, "A Global Forecasting Model of Political Instability", en *Political Instability Task Force Paper*, 2005, disponible en [<http://globalpolicy.gmu.edu/pitf/PITFglobal.pdf>].
- Gregory, Alexander, Eduardo Penalver, Joseph William Singer y Laura Underkuffler, "A Statement of Progressive Property", en *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009.
- Guzmán, Andrew, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", en *Virginia Journal of International Law*, No. 38, 1998.
- Hirschman, Albert O., *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, MA Harvard University Press, 1970.
- Kingsbury, Benedict, y Stephan Schill, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest-The Concept of Proportionality", en Stephan W. Schill, edit., *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010.

- “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 146, 2009.
- Lang, Andrew, *World Trade Law after neoliberalism: reimagining the global economic order*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Laird, Ian, Todd J. Weiler, edits., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, New York, Juris Publishing, 2009.
- Leathley, Christian, “What will the recent entry into force of the UNASUR Treaty mean for investment arbitration in South America?”, disponible en [<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/author/christianleathley/>].
- Lipson, Charles, *Standing Guard: Protecting foreign capital in the nineteenth and twentieth century*, Berkeley, University of California Press, 1985.
- Lowe, Vaughan, “Changing Dimensions of International Investment Law”, en *Oxford Legal Studies Research Paper Series Working Paper*, No. 4, 2007. Disponible en [<http://papers.ssrn.com/Abstract=970727>].
- Michelman, Franck, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law”, en *Harvard Law Review (1966-1967)*, vol. 80, Cambridge, 1967.
- Mills, Alex, “Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration”, en *Journal of International Economic Law*, vol. 14, No. 2, 2011.
- Montt, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2009.
- Newcombe, Andrew, “Sustainable Development and Investment Treaty Law”, en *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007.
- Paulsson, Jan, “Enclaves of Justice”, en *Transnational Dispute Management*, vol. 4, No. 5, 2007.
- “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, University of Miami School of Law, 29 de abril de 2010.
- “Arbitration Without Privity”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (Fall 1995)*, vol. 10, No. 2.
- “International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law”, en Albert Jan Van Den Berg, edit., *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 13 (Montreal, 2006)*, Kluwer Law International, 2007.
- Perrone, Nicolás, “Tratados bilaterales de inversión y derecho interno: efectos en la jurisdicción argentina”, en *Derecho comercial y de las obligaciones*, vol. 42, No. 249, 2011.
- “La protección de la Inversión Extranjera y la Justicia Doméstica / Regional: El caso Argentino y de la UNASUR”, ponencia presentada en la Primera Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, *Estado y Futuro del Derecho Internacional Económico en América Latina: Del Comercio a la Inversión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 8-9 de septiembre de 2011.
- Peterson, Luke, “In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements”, disponible en [<http://www.iareporter.com/articles/20110414>].

- Pham, Tra, “International investment treaties and arbitration as imbalanced instruments: a revisit International”, en *Arbitration Law Review*, vol. 13, No. 3, 2010.
- Rodrik, Dani A, Subramanian, y otros, “Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development”, en *Journal of Economic Growth*, vol. 9, 2004.
- Rosanvallon, Pierre, *La contre-démocratie: la politique à l’âge de la défiance*, París, Éditions du Seuil, 2006.
- *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, París, Éditions du Seuil, 2008.
- Salacuse, Jeswald, “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010.
- Salacuse, Jeswald. W., y Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005.
- Sasse, Jan, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Hamburg, Gabler, 2011.
- Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy’s Promise*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- Skovgaard Poulsen, Launge, “The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence”, en Karl P. Sauvant, edit., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009/2010*, New York, Oxford University Press, 2010.
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2010, 3a. ed.
- Stiglitz, Joseph, “2007 Grotius Lecture: Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World. Balancing Rights with Responsibilities”, en *American University International Law Review*, vol. 23, 2008.
- Stone Sweet, Alex, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, en *Law and Legal Ethics of Human Rights*, vol. 4, No. 1, 2010.
- UNCTAD, “Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking”, Naciones Unidas, New York y Geneva, 2006.
- “Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration ADR”, New York/Geneva, Naciones Unidas, 2010.
- “Latest Developments un Investor-State Dispute Settlement”, IIA Issues Note N. 1, Marzo 2011, disponible en [www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf].
- “Scope and Definition”, Naciones Unidas, New York, Geneva, 1999.
- UNCTAD, “The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries”, Naciones Unidas, New York y Geneva, 2009.
- Van Aaken, Anne, “Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View”, en Stephan W. Schill,

- edit., *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010.
- Vandeveldel Kenneth, “The Economics of Bilateral Investment Treaties”, en *Harvard International Law Journal*, No. 41, S/L, 2009.
- Van Harten, Gus, “The use of quantitative methods to examine possible bias in investment arbitration”, en Karl P. Sauvant, edit., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011*, New York, Oxford University Press, 2012.
- Van Harten, Gus, y Martin Loughlin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, en *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 1, S/L.
- Vernon, Raymond, en *Sovereignty at bay: The multinational spread of U.S. enterprises*, Londres, Longman, 1971.
- Wälde, Thomas, “Treaties and regulatory risk in infrastructure investment: the effectiveness of international law disciplines versus sanctions by global markets in reducing the political and regulatory risk for private infrastructure investment”, en *Journal of World Trade*, vol. 34, No. 2, 2000.
- Waldron, Jeremy, *The rule of law and the measure of property*, Cambridge/United Kingdom, Cambridge University Press, 2012.
- Yackee, Jason, “Toward a Minimalist System Of International Investment Law?”, en *Suffolk Transnational Law Review*, S/L, No. 32, 2009.

PÁGINAS WEB

- CIADI, Estadísticas 2011 (inclusive hasta 30 de junio de 2011), disponible en [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>].
- El modelo de TBI de los Estados Unidos versión 2004 está disponible en [<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>]. Ver, además, [<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/blog/notice-bilateral-investment-treaty-program-review>, y <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131106.htm>].
- Morris Philip manifestó su intención de iniciar un arbitraje de inversiones contra Australia. [<http://www.bbc.co.uk/news/business-13923095>].
- [http://www.eclac.org/cgibin/getProd.asp?xml=/ddpe/agrupadores_xml/aes253.xml&xsl=/agrupadores_xml/agrupa_listado.xsl].
- [<http://m.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/avanza-en-quito-la-reunin-de-cancilleres-de-unasur/9001227>].
- [<http://www.pmg.org.za/files/docs/090626trade-bi-lateral-policy.pdf>].

Fecha de recepción: 11 de junio de 2012
Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2012