

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: ¿HACIA UN *IUS COMMUNE*?

Autor:

James Graham*

Con la colaboración de Jessica Méndez, Asociada, GRAHAM.

INDICE

- I INTRODUCCIÓN**
 - II EL CONSENSO**
 - III EL DISENSO**
 - IV DIVERGENCIA VS CONVERGENCIA: ¿UN *IUS COMMUNE*?**
 - V CONCLUSIÓN**
- BIBLIOGRAFÍA**

* El Dr James Graham actualmente es: Profesor titular de la Universidad Autónoma de Nuevo León, titular de la cátedra de arbitraje internacional en la Escuela doctoral; titular de la línea de investigación de Derecho internacional público; Profesor asociado de la Universidad de Monterrey, titular en posgrado de la cátedra de arbitraje internacional en el sector energético; Profesor asociado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de la Administración Pública del Estado de Nuevo León, titular de la cátedra de Derecho comparado en la Escuela doctoral. Es Licenciado en Derecho por la Universidad de París 2; Licenciado en Ciencias Políticas, por la Universidad de París 2; Licenciado en Relaciones internacionales por el Instituto de Altos Estudios Internacionales de París; Maestría en Derecho internacional por la Universidad de París 1; Doctor en Derecho internacional público, Derecho internacional privado, y arbitraje internacional por la Universidad de París 1; Estudios superiores en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Es abogado litigante y árbitro como socio de la firma GRAHAM. Contacto: graham@jamesgraham.legal.

RESUMEN

Con la existencia de más de 2000 BITs, se puede constatar en los últimos años un consenso de los Estados sobre ciertas reglas en materia de inversión extranjera. Es de preguntarse si esas reglas en la actualidad son principios de un *ius commune* o, si pueden también ser reglas consuetudinarias del Derecho internacional general. Consecuentemente, se analizarán de manera empírica los BITs de los 5 años recientes para constatar tanto una convergencia sobre ciertas reglas como también divergencias en relación con otras normas contenidas en los BITs. Finalmente, se verifica si *a priori* existen nuevas costumbres internacionales o, al menos un conjunto de principios que puedan dar pauta a un *ius commune*.

PALABRAS CLAVE: Inversión extranjera – Arbitraje sobre inversión extranjera - Costumbres internacionales – Principios de Derecho – Ius Commune – Common Law – Estándares.

I INTRODUCCIÓN

Con la firma de varios importantes tratados sobre inversión extranjera (*Bilateral Investment Treaty*, “BIT”¹) en los últimos años, uno puede constatar el nacimiento de una nueva generación de instrumentos internacionales que tienen por propósito el corregir las imprecisiones que obran en la mayoría de los tratados bilaterales y multilaterales pre-existentes en la materia: como, por ejemplo, la cuestión si el estándar del Trato Justo y Equitativo es parte o no del Trato Mínimo. Este último punto también define una cierta filosofía. Los Estados americanos (Estados Unidos y América Latina) privilegian la protección del Estado en contra del inversionista; la situación contraria prevalece en la Unión Europea. Ahora bien, que sea el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-Pacific Partnership*, “TPP”)², el Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (“T-MEC”) o el Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio o Acuerdo Económico y Comercial Global (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, “CETA”) entre Canadá y la UE, así como otros BITs recientes, todos tienen, sin embargo, más en común de lo que no. Lo anterior nos lleva a pensar que ya estamos en presencia de una cierta cristalización de un nuevo Derecho común en materia de inversión extranjera, asegurando una mejor seguridad jurídica y previsibilidad de las soluciones de disputas en relación con los principales tratamientos y estándares.

¹ Se utilizará por gran parte las abreviaciones en inglés cuando esas son las más conocidas y utilizadas.

² México y Perú, verbigracia, son parte del TPP.

Ahora bien, y sin entrar a fondo en el debate, resulta también válido preguntar si la cristalización de un Derecho común constituye al mismo tiempo un nuevo Derecho consuetudinario, en la medida que, al menos hipotéticamente, esas reglas pudieran aplicarse en las disputas con países con los cuales no existen BITs y/o los cuales tampoco son parte a la Convención de Washington de 1965.³ En efecto, muchas de las reglas plasmadas en esos nuevos tratados demuestran claramente una práctica generalizada de los Estados, con la participación de los países más interesados. Sin embargo, no es fácil hasta ahora demostrar que tal práctica corresponde efectivamente a una *opinio juris* de los Estados. En vista de lo anterior, se puede constatar un cierto consenso sobre numerosos puntos (I), sin embargo, existe también un disenso entre los Estados en relación con otras cuestiones (II). Finalmente, intentaremos demostrar que no obstante la divergencia, existe una real convergencia que permite constatar nuevas costumbres internacionales en materia de inversión extranjera, además de la formación de un *ius commune* (III).

II EL CONSENSO

Existe un cierto consenso entre la mayoría de los Estados, en lo que concierne a la definición de la Inversión (A), la Cláusula de la Nación Más Favorecida (B), y lo relativo al criterio para determinar la compensación siendo este el *Fair Market Value* (C). Finalmente, existe un acuerdo unánime sobre el hecho de que los daños punitivos no son admisibles (D).

A *La Inversión*

Aunque pareciera increíble, la gran mayoría de los BITs existentes, no ofrecen una definición legal de lo que es una inversión o un inversionista. Por lo tanto, era misión de los tribunales arbitrales el determinar caso por caso si había o no inversión. Unos árbitros optaron por una apreciación objetiva de la inversión consistiendo en una “creación de valor.”⁴ Otros prefieren una apreciación subjetiva: hay inversión si así las partes lo han pactado.⁵ Sin embargo, en los últimos años una verdadera línea jurisprudencial se desarrolló alrededor del *Salini Test*⁶, el cual postula que una inversión debe de tener: una contribución de capital, una asunción de riesgo, una expectativa de ganancia, una cierta

³ Podremos citar Brasil, Cuba, Africa del Sur, entre otros.

⁴ *Abaclat v. Argentine*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 04/08/2011.

⁵ *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, 10/02/1999. *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, 12/04/2002.

⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decisión sobre Jurisdicción, 23/07/2001 *Jan de Nul N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Decisión sobre Jurisdicción, 16/06/2006; *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, Decisión sobre Jurisdicción, 17/05/2007.

duración, y una contribución al desarrollo del Estado. Y es ese criterio el que sirve parcialmente en la actualidad como sustento a la definición de la inversión en los nuevos tratados. Si el CETA requiere que la inversión tenga una cierta duración, comparte con el BIT Modelo de los Estados Unidos (2012)⁷ y el de los Países Bajos (2019)⁸, el T-MEC⁹, el TPP¹⁰, el BIT Australia e Indonesia (2019)¹¹, y el BIT Bielorrusia e India¹², la misma postura que la inversión es aquella que reúne los tres elementos fundamentales que son: (1) un compromiso de capital, (2) la expectativa de ganancia, y (3) la asunción de riesgo. Los nuevos instrumentos internacionales no toman en consideración la contribución al desarrollo del Estado, con la notable excepción de Turquía, que ha celebrado en 2018 varios tratados en los cuales la definición de la inversión es la de *Salini*.¹³ El BIT Modelo de India (2016) también requiere una cierta duración y la contribución al desarrollo de la economía. Sin embargo, como lo explicó un tribunal arbitral:

“La contribución de una inversión internacional al desarrollo del Estado anfitrión es imposible de determinar, sobre todo porque hay opiniones muy divergentes sobre lo que constituye el <<desarrollo>>.”¹⁴

Tampoco, hay lugar a tomar en consideración la duración de la inversión si no se requiere que la inversión contribuya al desarrollo del Estado. La inversión no es una obra social que tiende a apoyar a un Estado en su desarrollo económico, sino es un acto de comercio que tiende a producir utilidades. Y, el Preámbulo del Informe de los Directores ejecutivos del Banco Mundial no contradice lo anterior:

⁷ Johnson L. (2012), The 2012 US Model BIT and What the Changes (or Lack Thereof) Suggest About Future Investment Treaties. *Political Risk Insurance Newsletter*, 8(2).

https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/160.

⁸ De Brabandere E. (2021), The 2019 Dutch Model Bilateral Investment Treaty: Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 36.2, 319.

<https://doi.org/10.1093/icsidreview/siab014>.

⁹ Art. 14.1. Garcia-Barragan D. et al. (2019). The New NAFTA: Scaled-Back Arbitration in the USMCA. *Journal of International Arbitration*, 36.6, 739.

<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/36.6/JOIA2019037>.

¹⁰ Art. 9.1. Nottage L (2016). The TPP Investment Chapter and Investor-State Arbitration in Asia and Oceania: Assessing Prospects for Ratification. *Melbourne Journal of International Law*, 17.2, 1.

¹¹ Art. 14.1.

¹² Art. 1.4 (sin embargo, se exige también la contribución al desarrollo del Estado tal como se enuncia en el *Salini test*).

¹³ Por ejemplo con Burundi, Mozambique, Ucrania.

¹⁴ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, Decisión sobre Jurisdicción, 09/04/ 2009, #85; retomando la postura del tribunal en: *L.E.S.I.-DTPENTA v. Algeria*, Decisión sobre Jurisdicción, 17/05/2007. Contra: Gaillard E. (2009), Identify or define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice, in: Binder C. et al. (2009). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford, 403.

“12. Los directores ejecutivos creen que el capital privado continuará fluyendo hacia los países que ofrezcan un clima favorable para inversiones provechosas, aunque tales países no se adhieran al convenio, o siendo parte no hagan uso del Centro. Por otro lado, la adhesión de un país al convenio proporcionaría un incentivo adicional y estimularía un mayor flujo de inversiones privadas internacionales hacia su territorio, lo que constituye el propósito principal del convenio.”¹⁵

En otras palabras, el desarrollo económico de un Estado no es el objetivo de una inversión, sino su muy probable consecuencia, y es por eso por lo que se debe de promover la inversión extranjera, por el otorgamiento de ciertas protecciones como los encontramos en los BITs, entre otros.

También es cierto que, en 2018, diversos otros BITs han sido celebrados, en los cuales la inversión no está definida, como es el caso de Argentina con Japón (2018) y México con Trinidad y Tobago (2018). Lo anterior, sin embargo, no tiene que ser interpretado como un rechazo del criterio, el cual probablemente será considerado por los árbitros en la aplicación de dichos tratados, especialmente si se trata de una definición consuetudinaria de la inversión como lo vamos a contemplar más adelante, para ahora analizar otro punto de consenso entre los Estados partes a los BITs.

B La Cláusula de la Nación más favorecida (NMF)

El TPP¹⁶, el CETA¹⁷, el BIT entre Argentina y Japón¹⁸, el BIT entre Suiza y Georgia (2014) , el BIT entre México y EAU¹⁹, el BIT Modelo 2019 de los Países Bajos, así como el reciente BIT entre Perú y Australia (2020) prevén que la cláusula de la Nación Más Favorecida no se aplica a derechos procesales, cerrando así la puerta a la jurisprudencia *Maffezini*²⁰, la cual inició el movimiento que ha considerado que la NMF se aplica no solamente a los derechos sustanciales sino también a los derechos procesales, permitiendo así a las partes, invocar un BIT más favorable en relación con las

¹⁵ Informe de los directores ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1965.

¹⁶ Art. 9.5.3.

¹⁷ Art. 8.7.4.

¹⁸ Art. 3.3.

¹⁹ Art. 3.3.

²⁰ *Maffezini v. Spain*, Decisión sobre Jurisdicción, 25/01/2000, # 43–64: “Today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce. [...] [I]f a third-party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favourable to the protection of the investor’s rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favoured nation clause as they are fully compatible with the *ejusdem generis* principle.”

condiciones que permitan acudir al arbitraje.²¹ Consecuentemente, se cristaliza el criterio de *Plama*²², según el cual la NMF se aplica exclusivamente a derechos sustanciales.²³ En este sentido, es de notar que la mayoría de los Estados latinoamericanos han también excluido esos derechos procesales de sus BITs. Argentina y Panamá, por poner un ejemplo, intercambiaron notas diplomáticas después de la decisión jurisdiccional en *Siemens v. Argentina*²⁴ para aclarar que la cláusula NMF en su tratado de inversión no es aplicable a la resolución de disputas. Asimismo, el Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana y los Estados Unidos (“DR-CAFTA”) dejó en claro que se oponían a una interpretación de la cláusula NMF del DR-CAFTA marcando la diferencia de lo resuelto por el Tribunal del caso *Maffezini* al agregar una nota al pie de página que aclaraba el entendimiento compartido de las partes a este efecto. No existe duda que los nuevos textos internacionales cristalizaron una nueva regla consuetudinaria en relación con la cláusula de la Nación Más Favorecida, como lo veremos en la última parte.

C Fair Market Value

No cabe duda de que la mayoría de los BITs proveen el *Fair Market Value* (“FMV”) como “el Método” para determinar la compensación. Como lo observó el Tribunal en el asunto *Crystallex*:

“Asimismo, el principio según el cual la reparación debería reflejar el <<valor justo de mercado>> de la inversión se encuentra ampliamente aceptado. Evaluar la inversión de conformidad con la metodología del valor justo de mercado efectivamente garantiza la eliminación de las consecuencias del incumplimiento y el restablecimiento de la situación que muy probablemente habría existido si los actos ilícitos no se hubieran perpetrado.”²⁵

Referencias como “*real value*”, “*market value*” o “*genuine value*” también son considerados como sinónimo del FMV:

²¹ Batifort S. & Heath J. (2017). The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization. *American Journal of International Law*, 111. 4, 873.

²² *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 08/02/2005: [T]he principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the *Maffezini* case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them (#223).

²³ Para el desarrollo detallado de la oposición *Maffezini-Plama*, cf: Schill St (2017). *Maffezini v. Plama: Reflections on the Jurisprudential Schism in the Application of Most-Favored-Nation Clauses to Matters of Dispute Settlement. ACIL Research Paper*, 11.

²⁴ 03/08/2004, #109.

²⁵ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, 4 April 2016, # 850.

“751. El Tribunal tiene la tarea de establecer el <<valor genuino>> (en la terminología del Artículo VII del BIT) de la inversión expropiada de Rusoro. Ambas partes están de acuerdo, y el Tribunal acepta que el valor genuino es equivalente al Fair Market Value de la empresa, es decir, el precio al que compraría un comprador dispuesto, y un vendedor dispuesto a vender, ninguna de las partes estando bajo ningún tipo de coacción, y ambas partes teniendo buena información sobre todas las circunstancias relevantes involucradas en la compra”.²⁶

El TPP²⁷, el CETA²⁸, el TMEC²⁹, el BIT entre Argentina y Japón³⁰, el BIT entre México y EAU, el BIT entre Australia e Indonesia³¹, y, el BIT entre Bielorrusia e India³², como el BIT entre Perú y Australia (2020)³³ confirman esta tendencia a favor del FMV. El BIT Modelo E.U (2004)³⁴ y el de India³⁵, también utilizan el mismo método. Tomando en cuenta que la Carta Europea de Energía también prevé el FMV, uno puede pensar que estamos en presencia de una verdadera regla consuetudinaria³⁶, eso además que, en el *Comentario sobre la Responsabilidad internacional del Estado*, James Crawford precisa que las compensaciones tienen que ser calculadas sobre el FMV como lo veremos en un momento.

Ahora bien, no es de descartar la hipótesis en la cual el FMV no puede ser el estándar para calcular la compensación. Por ejemplo, en *Myers vs Canadá*, el cierre de dieciséis meses de su frontera con Estados Unidos por el movimiento de una sustancia peligrosa (que se encuentra incompatible con el trato nacional del TLCAN y las obligaciones mínimas de tratamiento estándar) impidió las operaciones de la empresa subsidiaria del inversor en Canadá. El inversionista sufrió una pérdida de ganancias, pero no perdió la inversión porque posteriormente Canadá volvió a abrir la frontera. El Tribunal descartó el enfoque del Valor Justo de Mercado previsto por el TLCAN, afirmando que no

²⁶ “The Tribunal is tasked with establishing the <<genuine value>> (in the terminology of Article VII of the BIT) of Rusoro’s expropriated investment. Both parties agree, and the Tribunal accepts, that the genuine value is equivalent to the fair market value of the enterprise, i.e. the price at which a willing buyer would buy, and a willing seller would sell, no party being under any type of duress and both parties having good information about all relevant circumstances involved in the purchase.” (*Rusoro Mining Limited v. Venezuela*, 22/08/ 2016, #751).

²⁷ Art. 9.8.3.

²⁸ Art. 8.12.2.

²⁹ Art. 14.8.3.

³⁰ Art. 11.4.

³¹ Art. 14.11.2b).

³² Art. 5.1.

³³ Art.8.8.

³⁴ Art. 6.2b).

³⁵ Art. 5.6.

³⁶ *American International Group v. Iran*, donde el Tribunal declara que bajo el Derecho internacional general, “the valuation should be made on the basis of the fair market value of the shares”, *Iran-USCTR*, vol 4, p. 96, p. 106 (1983); *World Bank, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* (Washington, D.C., 1992), vol II, p 41.

era “una medida lógica, apropiada o practicable de una compensación a ser adjudicada.” En cambio, el Tribunal midió la compensación en función a la pérdida de ingresos del inversor durante el período de cierre. Sin embargo, lo anterior debe verse como una excepción a la regla general, tal como lo confirman también los *Comentarios de la CDI*:

“La indemnización por el valor en capital del bien confiscado o destruido como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito generalmente se calcula con arreglo al “valor normal de mercado” del bien perdido.”³⁷

D La Prohibición de los Daños Punitivos³⁸

En general, los daños punitivos, también denominados daños ejemplares, no se otorgan para compensar al demandante, sino para disuadir al demandado de repetir el hecho ilícito. Siendo una figura de Derecho interno, en particular, del Derecho americano, pero también del Derecho mexicano, nunca fue incorporada en el Derecho internacional. Desde el caso del *Lusitania*³⁹, la jurisprudencia excluye cualquier forma de daños punitivos. En el fallo de *Velásquez Rodríguez* sobre daños compensatorios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo que el Derecho internacional no reconocía el concepto de daños punitivos o ejemplares.⁴⁰

Y es así como el TPP⁴¹, el TMEC⁴², el CETA⁴³, como los tratados bilaterales Argentina-Japón⁴⁴, Australia-Indonesia⁴⁵, UE-Singapur⁴⁶ excluyen formalmente la posibilidad de reclamar daños punitivos. Sin embargo, es de preguntarse si esta exclusión también concierne los daños “agravados”. En el laudo parcial de 2005, la Comisión arbitral Etiopía-Eritrea sobre las Reparaciones responsabilizó a Eritrea de haber violado el Artículo 2(4) de la Carta de las Naciones

³⁷ *Artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, Comentario sub Art. 36, #22.

³⁸ Laird J. (2011). Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration. *ICSID Review*, 26.2, 171. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/26.2.171>.

³⁹ 01/11/1923.

⁴⁰ Series C, No. 7 (1989). Ver también: Jørgensen N. (1998). A reappraisal of punitive damages in international law, *BYBIL*, 247; Wittich St. (1998), Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages in the law of State responsibility. *Austrian Review of International and European Law*, 101.

⁴¹ Art. 9.29.6.

⁴² Art. 14.D.13.6.

⁴³ Art. 8.12.4.

⁴⁴ Art. 25.17.

⁴⁵ Art. 14.34.4.

⁴⁶ Art. 3.18.2.

Unidas.⁴⁷ En su laudo final, la Comisión consideró que para las violaciones de *jus ad bellum*, los daños no deben servir para disuadir futuras violaciones de la Carta de las Naciones Unidas, pero deben ser “apropiadas”, excluyendo así la idea de daños punitivos. Sin embargo, la Comisión de Reclamaciones relacionó el monto de la indemnización con la gravedad de la violación de las normas *jus in bello* y *jus ad bellum* y no sólo sobre los daños reales. Esa idea de daños “agravados” también hace su camino en la jurisprudencia de la CIDH. En efecto, desde el caso de *Myrna Mack Chang*⁴⁸, hay algunos indicios de que la CIDH toma en consideración, para determinar el monto de la indemnización, las violaciones particularmente importantes de los derechos humanos. En otras palabras, se puede deducir de ambos casos, que hay la formación lenta de una nueva categoría de daños, que tiene como objetivo reemplazar el concepto excluido de daños punitivos.

Sin embargo, en los pocos casos sobre inversión extranjera, los tribunales rechazaron tanto la idea de daños punitivos como de daños “agravados”. En el asunto *Kardassopoulos*, el tribunal se refirió a la afirmación del Tribunal de *Amoco* de que la ilegalidad de una expropiación no justifica la concesión de daños punitivos y que el daño real sufrido es la medida de la reparación.⁴⁹ En *Siag*, el tribunal igualmente sostuvo que los daños punitivos no estaban disponibles por no ser compensatorios.⁵⁰ Y *Lamire* confirma tal punto de vista.⁵¹ Lo anterior demuestra que los daños punitivos por el momento no son un tema en materia de arbitraje sobre inversión extranjera, como tampoco los daños “agravados”. Tal consenso, sin embargo, no siempre existe, y un cierto número de disensos existen en relación con la definición de ciertos otros estándares.

III EL DISENSO

Si en principio existe un consenso en relación con la definición y contenido del Trato Mínimo, el disenso aparece en relación con el punto de saber si ciertos estándares y tratados son parte del Trato Mínimo o si son autónomos *vis-à-vis* del Trato mínimo. Tal es el caso del Trato Justo y Equitativo (A), y de la cláusula de Protección y Seguridad Plenas (B).

⁴⁷ 19/12/2005.

⁴⁸ 25/11/2003.

⁴⁹ *Ionnasis Kardassopoulos y otros v. La República de Georgia*, 03/03/2010, § 508 citando a *Amoco* (Iran-US Claims Tribunal, *Amoco Int'l Finance Corp. v. Iran*, 15 IRAN-U.S. C.T.R., #197).

⁵⁰ *Waguith Elie George Slag and Clorinda Vecchi vs Egypt*, 01/06/2009, #545.

⁵¹ *Joseph Charles Lamire y otros v. Ucrania*, 28/03/2011, § 332.

A *Trato Justo y Equitativo*

Desde *Pope & Talbot*, numerosas decisiones arbitrales tuvieron que determinar si el Trato Justo y Equitativo (*Fair and Equitable Treatment*, “FET”) es parte del Trato Mínimo, visto que, según una u otra interpretación, la carga de la prueba varía. Se trata de saber si la violación debe ser “chocante” o si es suficiente, que exista pues una violación de lo que se considera justo o equitativo:

“Los precedentes invocados por Canadá abordaron el contenido de los requisitos del derecho internacional, en lugar de los otros factores mencionados en el Artículo 1105, a saber, <<trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas>>. El lenguaje del Artículo 1105 sugiere que esos elementos están incluidos en los requisitos del derecho internacional, y tanto el Inversor como Canadá suscriben a esa lectura, aunque con opiniones muy diferentes de las implicaciones de esa lectura. Canadá considera que su concepto del requisito de derecho internacional (solo <<mala conducta chocante cubierta>>) es aplicable a los elementos de equidad, de modo que, por ejemplo, una negación de la justicia tendría que ser impactante para ser una violación del Artículo 1105. El Inversionista ve la incorporación de los elementos de equidad en el derecho internacional como apoyo a su opinión de que los estándares del derecho internacional han progresado y han liberalizado la conducta <<chocante>> que Canadá encuentra en los casos más antiguos.”⁵²

En sí, decir que el FET es parte del Trato Mínimo no hace sentido, visto que un trato no puede ser parte de otro trato. Y, además, si los redactores previeron una cláusula especial de FET además del Trato Mínimo, pues es por la razón que no es lo mismo, y por lo tanto debe ser considerado como un estándar autónomo. En las palabras de Mann:

“Los términos <<trato justo y equitativo>> contemplan una conducta que va mucho más allá del estándar mínimo y brinda protección en mayor medida y de acuerdo con un estándar mucho más objetivo que cualquier forma de palabras empleada previamente. Un tribunal no debería ser preocupado por un estándar mínimo, máximo o promedio. Tendrá que decidir si en todas las circunstancias la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta e inequitativa. Es probable que

⁵² “The precedents relied on by Canada addressed the content of the requirements of international law, rather than the other factors referred to in Article 1105, namely, “fair and equitable treatment and full protection and security.” The language of Article 1105 suggests that those elements are included in the requirements of international law, and both the Investor and Canada subscribe to that reading, albeit with vastly different views of the implications of that reading. Canada sees its concept of the international law requirement (only “egregious misconduct covered) being applicable to the fairness elements, so that, for example, a denial of fairness would have to be shocking to be a violation of Article 1105. The Investor sees the incorporation of the fairness elements into international law as support for its view that international law standards have progressed and have liberalized the “egregious” conduct threshold that Canada finds in the older cases” (*Pope & Talbot vs Canada*, Award on the merits of phase 2, 10/04/2001, #108 sq).

ningún estándar definido por otras palabras sea material. Los términos deben entenderse y aplicarse de forma independiente y autónoma.”⁵³

Lo anterior, sin embargo, no detuvo a los Estados Unidos, Canadá y México al proclamar que, en el marco del NAFTA, el FET es parte del Trato Mínimo; eso para proteger sus intereses. En efecto, como lo hemos escrito⁵⁴, bajo el amparo del FET, el inversionista simplemente alega la violación, y al Estado de comprobar lo contrario. Sin embargo, si el FET es parte del Trato Mínimo, la carga de la prueba es doble para el inversionista, quien debe demostrar: i) que la alegada violación es parte del Derecho consuetudinario del Trato Mínimo al ser “chocante” según la definición de *Neer*, y ii) comprobar la mencionada violación.

Dicho eso, sabemos que inmediatamente después del fallo en el asunto *Pope & Talbot*⁵⁵, la Comisión del NAFTA determinó que el FET sí es parte del Trato Mínimo⁵⁶. Y, esa es cada vez más la postura de los Estados. El USMCA⁵⁷, el TPP⁵⁸, el BIT entre Australia e Indonesia (2019)⁵⁹, el BIT entre Japón y Jordania (2018), el BIT entre Kazakstán y Singapur (2018); el BIT entre Bielorrusia e India (2018), y el TLC ASEAN-Australia-Nueva Zelanda⁶⁰, entre otros, establecen expresamente el FET como parte del Trato Mínimo.

Sin embargo, el BIT entre la Unión europea y Singapur (2018) como el CETA, o el BIT 2009 entre Suiza y China, plasman el FET como un trato autónomo – como en todos los BITs de la Unión Europea en los tiempos recientes – por ser una política oficial.⁶¹ Lo anterior no es una sorpresa, visto que la Unión Europea busca el máximo de protección para sus inversionistas⁶², mientras los

⁵³ “The terms <<fair and equitable treatment>> envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed form of words. A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all the circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable. No standard defined by other words is likely to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously.” (F. A. Mann, *British Treaties foot the Promotion and Protection of Investments*, 52 *The British Yearbook of International Law*, 1981, 241, 244).

⁵⁴ *Lecciones de arbitraje internacional*, Zamanga Editores, 2018, #611.

⁵⁵ *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, Award on the Merits of Phase 2, 10/04/2001.

⁵⁶ July 31, 2001

⁵⁷ Art.14.6.1.

⁵⁸ Art. 9.6.1.

⁵⁹ Art. 14.7.2.c).

⁶⁰ Capítulo 11, art. 6(2)(c).

⁶¹ *Policy Department for External Relations Directorate General for External Policies of the Union, EU investment protection after the ECJ opinion on Singapore: Questions of competence and coherence*, PE 603.476 - Marzo 2019.

⁶² European Commission, *Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a comprehensive European international investment policy*, COM (2010) 343 final at 11 (July 7, 2010).

Estados del T-MEC, por ejemplo, tienen como prioridad protegerse a sí mismos. Dicho eso, uno se puede preguntar si no obstante la diferencia de postura entre las Américas y la Unión europea, uno no pudiera hablar de costumbres regionales. Sabemos que desde el fallo *Right of Passage Over Indian Territory*⁶³, la CIJ ha aceptado la existencia de costumbres regionales véase bilaterales, tan que los dos elementos de la regla consuetudinaria estén comprobados: la práctica y la *opinio juris*. En este sentido, nos parece que la respuesta tiene que ser positiva: tanto para los Estados Unidos como para la Unión Europea, su postura se basa en esos dos elementos. De otro lado, para Canadá tal afirmación no se puede hacer, porque, por un lado, es parte al T-MEC cuyas disposiciones son contrarias al CETA, el cual, por otro lado, vincula a Canadá con la Unión Europea. En otras palabras, la *opinio juris* se consta, entre otros, a través de la coherencia de la postura de un Estado. Y tal es el caso tanto para los Estados Unidos como para la Unión Europea.

Finalmente, tampoco se puede argumentar que el FET en sí – independientemente como parte o no del Trato Mínimo – es una regla consuetudinaria, al contrario de lo que sostuvo el Tribunal de *Merril & Ring*⁶⁴, y eso por falta de *opinio juris*. En efecto, no solamente existen demasiadas divergencias en su formulación⁶⁵, sino que países como Brasil⁶⁶ o India⁶⁷ simplemente no lo proveen en sus BITs.⁶⁸ También es interesante mencionar que Alemania – citado como el primer país de la era moderna en firmar los BITs -, no previó cláusulas FET en sus tratados hasta los años 2000. Y, aun así, no siempre se encuentra dicha cláusula. Si en el BIT Alemania con Omán (2007) hay una cláusula FET, no es el caso en el BIT con Pakistán (2010). En otras palabras, Alemania no considera que otorgar un Trato Justo y Equitativo sea una obligación (*opinio juris*) sino más una cuestión de oportunidad. Lo mismo se puede decir de la cláusula de la Protección y Seguridad Plenas.

⁶³ 12/05/1960.

⁶⁴ 31/03/2010, #211.

⁶⁵ Dumberry P. (2017). Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law? *Journal of International Dispute Settlement*, 8.1, 155.

⁶⁶ Por ejemplo: Brasil-Ecuador (2019); Brazil Moruecos (2019).

⁶⁷ El BIT Modelo 2016 no contiene un FET porque tal disposición, según el gobierno de India, es demasiado amplia (Ranjan P. & Anand P. (2017). The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 28.

⁶⁸ Ver también el caso de África de Sur, como por ejemplo el BIT con Zimbabwe (2009).

B La Cláusula de la Protección y Seguridad Plenas (PSP)⁶⁹

Los tratados “americanos” definen la PSP como el nivel de “protección policial” que se debe al inversionista⁷⁰, mientras que la UE prefiere hablar de la “seguridad física”⁷¹, lo que, *a priori*, tendría que ser lo mismo. Sin embargo, tienen en común que rechazan el punto de vista de ciertos tribunales arbitrales que la PSP también se aplica a la seguridad “legal” como lo decretó el Tribunal de *Mondev*⁷² y diversos otros paneles arbitrales.⁷³ Ahora bien, sabemos que en relación con el contenido de la PSP y del Trato Mínimo, los tribunales arbitrales tuvieron diversas posturas. El histórico fallo *AAPL v. Sri Lanka* (1990) consideró la PSP como un trato autónomo, desvinculado del Derecho consuetudinario del Trato Mínimo. La misma postura fue adoptada por la CIJ en el asunto *ELSI*:

“111. La norma primaria establecida por el artículo V es <<la plena protección y seguridad exigida por el derecho internacional>>, en resumen, la <<protección y seguridad>> debe ajustarse a la norma internacional mínima. Como se señaló anteriormente, esto se complementa con los criterios de trato nacional y trato de la nación más favorecida. Se solicita a la Cámara que aplique las disposiciones de un tratado que establece estándares - además de la referencia al derecho internacional general -, que pueden ir más allá en la protección de los nacionales de las Altas Partes Contratantes que lo que exige el Derecho internacional general.”⁷⁴

⁶⁹ Junngam N. (2018). The Full Protection And Security Standard In International Investment Law: What And Who Is Investment Fully[?] Protected And Secured From? *American University Business Law Review*. 1; Schreuer, C. (2010). *Full Protection and Security. Journal of International Dispute Settlement*, 1.

⁷⁰ “Full protection and security requires each Party to provide the level of police protection” (art. 14.6.2.b) T-MEC).

⁷¹ “For greater certainty, <<full protection and security>> refers to the Party’s obligations relating to the physical security of investors and covered investments” (art 8.10.5).

⁷² *Mondev v. USA*, 11/10/2002.

⁷³ “If the parties to the BIT had intended to limit the obligation to <<physical interferences>>, they could have done so by including words to that effect in the section. In the absence of such words of limitation, the scope of the Article 5(1) protection should be interpreted to apply to reach any act or measure which deprives an investor’s investment of protection and full security, providing, in accordance with the Treaty’s specific wording, the act or measure also constitutes unfair and inequitable treatment. Such actions or measures need not threaten physical possession or the legally protected terms of operation of the investment. Thus protection and full security (sometimes full protection and security) can apply to more than physical security of an investor or its property, because either could be subject to harassment without being physically harmed or seized.” (ICSID, *Vivendi v. Argentine*, 20/08/2007; *National Grid v. Argentina* (03/11/2008, #189) y *Biwater v. Tanzania* (24/07/2008 # 729) claramente establecen que la provision también se extiende a la seguridad legal como commercial. *Contra*: ICSID, *BG Group v. Argentina* (24/12/2007).

⁷⁴ “111. The primary standard laid down by Article V is <<the full protection and security required by international law>>, in short the <<protection and security>> must conform to the minimum international standard. As noted above, this is supplemented by the criteria of national treatment and most-favoured-nation treatment. The Chamber is here called upon to apply the provisions of a treaty which sets standards - in addition to the reference to general international law- which may go further in protecting nationals of the High Contracting Parties than general international law requires.” [*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) 20 July 1989*].

Sin embargo, en *Noble v. Romania* (2005)⁷⁵, por ejemplo, el panel arbitral consideró lo contrario.

El TPP, el T-MEC, el BIT Australia-Indonesia (2019), el BIT Argentina-Japón (2018), y el TLC ASEAN-Australia-Nueva Zelanda⁷⁶, entre otros, sí consideran la PSP como encerrada en el Trato Mínimo, mientras que el CETA no precisa nada, dejándonos pensar que por coherencia lógica con el Trato Justo y Equitativo, la PSP tiene que ser considerada como un trato autónomo. La conclusión anterior se deduce del hecho que, si los redactores previeron una cláusula especial de SPP además del Trato Mínimo, pues es por la razón, que no es lo mismo, y por lo tanto es un estándar autónomo.⁷⁷ Sin embargo, como lo hemos visto, no existe por el momento consenso alguno sobre esta propuesta, lo que explica la postura pragmática que se encuentra en el BIT Brasil-EAU y que simplemente elimina el FET y la PSP como tratos.⁷⁸ Consecuentemente, tampoco se puede considerar que la cláusula PSP es una regla consuetudinaria.

IV DIVERGENCIA VS CONVERGENCIA: ¿UN IUS COMMUNE?

Hace muchos años, Loewenfeld consideró que todos los BITs en su conjunto constituyen reglas consuetudinarias.⁷⁹ Schwebel opinó lo mismo.⁸⁰ Sin embargo, como lo vimos no obstante ciertas convergencias, no hay duda de que también hay demasiadas divergencias para proclamar un *corpus iuris* único.

Dicho eso, es fundamental ir al punto de partida. En caso de un arbitraje entre dos Estados que no han firmado un BIT, será en principio el Derecho internacional consuetudinario el que se aplicará. Sin embargo, ¿cuál será su contenido? Para que las reglas contenidas en los BITs sean reglas consuetudinarias, es necesario demostrar la práctica constante y uniforme, como la *opinio juris*. En lo que conciernen a los estándares donde existe consenso, la práctica no requiere mucha

⁷⁵ 164. With regard to the Claimant's argument that the Respondent breached Art. II (2)(a) of the BIT which stipulates that the "Investment shall [...] enjoy full protection and security", the Tribunal notes: that it seems doubtful whether that provision can be understood as being wider in scope than the general duty to provide for protection and security of foreign nationals found in the customary international law of aliens (Laudo, October 12, 2005).

⁷⁶ Capítulo 11, art. 6(2)(c).

⁷⁷ Schreuer, Full Protection and Security, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁸ For greater certainty, the standards of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" are not covered by this Agreement and shall not be used as, interpretative standards in investment dispute settlement procedures. (art. 4.3).

⁷⁹ Lowenfeld A. (2003). Investment Agreements and International Law. *COL JLT*, 123.

⁸⁰ Schwebel St. (2004). *Investor-State Disputes and the Development of International Law: the Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law*, *ASIL PROC.*, 29.

demostración. Sin embargo, ¿qué hay del sentimiento de obligatoriedad? La ILA considera que la práctica no da pauta a una presunción de una nueva costumbre internacional⁸¹:

“The question of the legal effect of a succession of similar treaties or treaty provisions arises particularly in relation to bilateral treaties, such as those dealing with extradition or investment protection [...] There seems to be no reason of principle why these agreements, however numerous, should be presumed to give rise to new rules of customary law or to constitute the State practice necessary for their emergence [...] Some have argued that provisions of bilateral investment protection treaties (especially the arrangements about compensation or damages for expropriation) are declaratory of, or have come to constitute, customary law. But [...] there seems to be no special reason to assume that this is the case, unless it can be shown that these provisions demonstrate a widespread acceptance of the 4 rules set out in these treaties outside the treaty framework.”

Al contrario, también existen casos en donde es comprobable la *no-opinio juris*. En el marco del antiguo NAFTA, los tres Estados miembros han objetado de manera unánime que los BITs no pueden ser considerados como parte del Derecho internacional general.⁸² Es así que México, verbigracia, ha argumentado:

“Mexico is particularly concerned about the suggestion that the fact that the mere existence of some 1800 BITs in the world means that [sic] somehow that the corpus of these treaties creates customary international law obligations. The fact that States may agree to the same or similar obligations through different treaties involving different parties, or even the same obligations through multilateral treaties is not sufficient on its own to build customary international law.”⁸³

Sin embargo, consideramos que hay un malentendido sobre el concepto de la práctica. Normalmente, una costumbre se forma a partir de una práctica factual: se repite el mismo hecho de manera constante y uniforme. Esa práctica factual no implica una *opinio juris*. Por ejemplo, las prácticas diplomáticas; los protocolos de visita de los jefes de estado no son reglas consuetudinarias, visto que los Estados no consideran el protocolo de recepción como algo obligatorio. Pero en relación con los BITs, nos parece que la situación es diferente. En ese caso se

⁸¹ Principle N° 25, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Final Report* (2000).

⁸² U.S. Response to Canada and Mexico's Article 1128 Submissions, #3 (19/07/2002) (“no rule of customary international law relevant to this NAFTA proceeding is established by the various bilateral investment agreements between States not parties to the NAFTA”). United States' Rejoinder Memorial, # 142 (15/03/2007).

⁸³ Mexico's Article 1128 Submission Concerning Loewen Corporate Restructuring, #39-40 (2/07/2002).

trata de una práctica legal: la repetición de reglas jurídicas y obligatorias. Como sostuvo un tribunal arbitral:

“Primero, el Tribunal debe observar que no hay ningún obstáculo en el derecho internacional para que la expresión de la voluntad de los Estados mediante tratados sea a la vez una expresión de la práctica y del *opinio juris* necesario para el nacimiento de una norma de costumbre.”⁸⁴

La práctica puede ser la prueba de la *opinio juris*, visto que se trata de una práctica legal y no factual. En efecto, es entendible requerir una prueba independiente de la *opinio juris* en relación con los hechos. Sin embargo, en el caso de los BITs, estamos en presencia de tratados que contienen normas jurídicas obligatorias. Si 2000 tratados contienen la misma regla, es difícil argumentar que no es prueba de una *opinio juris*. Al contrario, es la prueba perfecta. Así, no se trata de discutir la práctica como prueba de la *opinio juris*, sino de examinar para cada regla la práctica y constar *in casu* si es universal, regional, uniforme y constante. Y es ese ejercicio que quisiéramos intentar ahora.

Nuestro primer punto de consenso es la sospecha que el *Salini Test* es parte del Derecho internacional general. Sin embargo, creemos que la apariencia miente. Si existe un casi universal consenso que la inversión forzosamente se identifique a partir de los elementos del *Salini Test*, es también cierto que no hay uniformidad. De los cinco elementos del *Salini Test*, unos BITs los retoman tal cual, otros países concuerdan sobre cuatro de los cinco elementos del *Salini test*; otros retoman tres elementos. Y, no son siempre los mismos. Por lo tanto, por el momento no es posible sostener que exista una definición consuetudinaria en relación con la definición de la inversión extranjera. Sin embargo, nos parece que sí hay una práctica generalizada consistiendo a exigir al menos los tres elementos básicos para determinar si hay o no inversión, a saber (1) un compromiso de capital, (2) la expectativa de ganancia, y (3) la asunción de riesgo. Lo anterior quiere decir que, *a contrario*, una situación en donde no se pueden identificar al menos esos tres elementos no es una inversión. En este sentido se puede afirmar que al menos hay una formación de una costumbre internacional o, al máximo, ya reconocer el estándar mínimo para la identificación de una inversión extranjera.

⁸⁴ *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Objection to Jurisdiction 11/05/2019. Ver también: *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* 16/09/2003: “11.3 It is plain that several of the BIT standards, and the prohibition against expropriation in particular, are simply a conventional codification of standards that have long existed in customary international law.”

En relación con la cláusula de la Nación Más Favorecida no aplicable a los derechos procesales, el *Fair Market Value* y la prohibición de los daños punitivos pueden fácilmente ser vistos como reglas consuetudinarias.

Ahora bien, considerando los disensos señalados, en primer lugar, vale la pena examinar si el FET y la PSP no son costumbres regionales. En efecto, desde el caso del *Derecho de asilo*⁸⁵ ya mencionado, la CIJ reconoce costumbres regionales. Por lo tanto, nos parece que se puede afirmar que, en las Américas, existe una regla consuetudinaria que el FET y la PSP son parte del Trato Mínimo, los que a su vez constituyen una regla consuetudinaria histórica. Viceversa, existe una costumbre regional europea de considerar esos dos estándares como autónomos y, por lo tanto, no son parte del Trato Mínimo.

Y, con la creación de verdaderos tribunales permanentes, que más que probablemente, a su vez, consolidarán las reglas a través de sus precedentes. El CETA establece un tribunal permanente de apelación cuyos miembros son nombrados por los Estados parte⁸⁶, y con el plan de proveer en el futuro también para un tribunal permanente de primera instancia.⁸⁷ El BIT entre la Unión Europea y Singapur no va tan lejos, sin embargo, prevé una lista preestablecida de árbitros nombrados por los Estados. El BIT UE-Vietnam (2019) prevé un mecanismo similar. Teniendo a “los mismos” (árbitros-jueces) también pudiera contribuir a una mejor coherencia entre los diversos laudos a venir.

Finalmente, por aquellos que no quieren ir tan lejos a considerar ciertas reglas de los BITs como parte del Derecho internacional general, se pudieran considerar al menos como *soft law*.⁸⁸ En efecto, tal como se han aplicado las diversas reglas de la IBA como *soft law*⁸⁹, los conceptos sobre los cuales existe un consenso también pudieran aplicarse⁹⁰, como el resultado de una práctica general

⁸⁵ 20/10/1950.

⁸⁶ Art. 8.28.

⁸⁷ Art. 8.29.

⁸⁸ Sobre la aplicación de la soft law en general en los arbitrajes sobre inversión extranjera, ver: Alvarez, J. (2018). Reviewing the Use of “Soft Law” in Investment Arbitration. *European International Arbitration Review*; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 18-46.

⁸⁹ *Churchill Mining and Planet Mining v. Republic of Indonesia.*, Orden procesal #5, (19/03/2013); *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. U.S.*, Orden procesal # 1, #6 (20/10/2006).

⁹⁰ Contra: Reisman M. (2011), *Soft Law and Law Jobs*, *J. Int'l Dispute Settlement*, 25: quien considera que la aplicación de la soft law no es compatible con un arbitraje en Derecho por no ser un “Derecho” aplicable.

por parte de los Estados. Como lo ha escrito McLachlan se trata de una: “common law of investment protection, with a substantially shared understanding of its general tenets.”⁹¹

De manera similar, el tribunal en el asunto *Mondev*, enunció que:

“117. Thirdly, the vast number of bilateral and regional investment treaties (more than 2000) almost uniformly provide for fair and equitable treatment of foreign investments, and largely provide for full security and protection of investments. Investment treaties run between North and South, and East and West, and between States in these spheres *inter se*. On a remarkably widespread basis, States have repeatedly obliged themselves to accord foreign investment such treatment. In the Tribunal's view, such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law. [...]”⁹²

En relación con los tratos en disenso, ya sería tarea de cada tribunal arbitral tener su propia postura, aunque en la opinión del autor, el FET y la PSP tienen que ser tratos autónomos *vis-à-vis* del Trato Mínimo, por meras razones de lógica, en la medida que no hace sentido que un trato sea parte de otro. El Trato Mínimo es lo que es: el mínimo que un Estado tiene que respetar en relación con el inversionista. El FET y la PSP, al contrario, otorgan una protección que va más allá del mínimo. Como lo dijo el *Azurix* Tribunal, el Trato Mínimo sirve “*to set a floor, not a ceiling*”.⁹³ Consecuentemente, como lo notó el *Pope & Talbot* Tribunal, el inversionista tiene derecho a la protección del trato mínimo plus la protección del “*fairness*”.⁹⁴

V CONCLUSIÓN

No hay duda, que ya estamos en presencia de un verdadero *ius commune*, al menos regionalmente. La práctica común americana (de los EUA hasta Argentina) es bastante constante y uniforme en los

⁹¹ Maclachlan, C. *et al.* (2008). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford, 18; Porterfield M. (2006), An international common law of investor rights? *U.Pa.J.Int'l Econ. L.*, 79. Para la discusión: Dumberry, P. (2010). Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law? *Penn State International Law Review*, 4. <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol28/iss4/5>.

⁹² Award. Oct. 11, 2002.

⁹³ 327. *Azurix*, 14/07/2006, #361.

⁹⁴ “Another possible interpretation of the presence of the fairness elements in Article 1105 is that they are additive to the requirements of international law. That is, investors under NAFTA are entitled to the international law minimum, plus the fairness elements” *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, Award on the Merits PHASE 2, #110 (10/04/2001).

últimos 10 años – como comprueba el reciente BIT entre Perú y Australia del año 2020 – para pensar que sus reglas ya son verdaderos principios en los cuales se basan los Estados. Lo mismo para Europa (UE, Suiza). Un *ius commune* regional. Sin embargo, insistimos que, en realidad, como lo hemos intentado de demostrar, se trata de reglas consuetudinarias universales o regionales. Veremos por donde nos llevará el futuro.

BIBLIOGRAFÍA:

ALVAREZ, J.

2018 Reviewing the Use of “Soft Law” in Investment Arbitration. *European International Arbitration Review*; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 18-46.

DUMBERRY, P.

2010 Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?. *Penn State International Law Review*, 4.
<http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol28/iss4/5>

GRAHAM, J.

2018 *Lecciones de arbitraje internacional*. Zamanga Editores.
https://play.google.com/store/books/details/James_Graham_LECCIONES_DE_ARBITRAJE_INTERNACIONAL?id=cAtIDwAAQBAJ

MACLACHLAN, C. et al.

2008 *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2nd ed. Oxford.

PORTERFIELD, M.

2006 An international common law of investor rights? *U.Pa.J.Int'l Econ. L.*, 79.

REISMAN, M.

2011 Soft Law and Law Jobs, *J. Int'l Dispute Settlement*, 25.

SCHWEBEL, S. M.

2004 Investor-State Disputes and the Development of International Law: The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law, *ASIL PROC.*, 29.