

# La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales

**Carlos Hecker Padilla**

Abogado  
Universidad de Concepción  
Magíster en Derecho Económico Internacional y Doctor (c)  
Université de Bourgogne, Dijon, Francia  
Profesor (ATER)  
Facultad de Derecho  
Université de Bourgogne

**Resumen:** La discriminación, que podríamos definir como el hecho de otorgar a diversas personas un trato distinto en virtud de cánones arbitrarios, es en el derecho de las inversiones internacionales, como en toda rama del derecho, un flagelo al que, por diversas vías, se le ha intentado poner fin. Ciertos principios del derecho internacional se han ido incorporando o adaptando hasta adquirir una identidad propia, con la finalidad de otorgar al inversionista extranjero tranquilidad en el goce de su propiedad y expectativas legítimas

\*\*\*

## Introducción

Los inicios de la protección contra la discriminación se remontan, en nuestra materia, a mediados del siglo XX, donde el conflicto Norte-Sur entre países desarrollados y en vías de desarrollo, así como los gobiernos populistas de estos últimos durante los años 70, llevaron a los inversionistas a buscar la protección de que carecían<sup>1</sup>, en foros internacionales

Los mecanismos utilizados para luchar contra la discriminación en el derecho moderno de las inversiones en materia internacional han ido evolucionando paulatinamente; ello nos permite constatar que el fenómeno se desarrolló en dos tiempos: Primero, en virtud de la aplicación en forma casi exclusiva de los principios generales del derecho internacional, y luego, en virtud de la aplicación simultánea de dichos principios y de las disposiciones

<sup>1</sup> La llamada "protección diplomática" de los Estados para con sus nacionales, así como el recurso al uso de la fuerza entre Estados se encontraban ya en desuso.

convencionales que fueron especialmente creadas para esta nueva rama del derecho<sup>2</sup>.

Puesto que hoy en día los principios del derecho internacional que rigen esta materia se encuentran casi siempre insertos en cláusulas de origen convencional, un análisis separado entre ellos no parece ser de mayor interés. Es por ello que nos limitaremos en forma exclusiva al estudio de aquellos principios que operan en forma transversal, siendo los más importantes el trato justo y equitativo, el trato nacional y el trato de la nación más favorecida.

## I. El trato justo y equitativo

Este primer principio posee un carácter que podríamos llamar "absoluto", vale decir, se trata de una regla que "define el trato que debe darse [al inversionista extranjero] en términos tales que su sentido debe determinarse en función de un contexto específico de aplicación; a diferencia de las reglas "relativas" que definen el trato [reservado a un inversionista] en relación al trato otorgado a otros inversionistas"<sup>3</sup>.

De este modo, siguiendo un criterio clásico, comenzaremos analizando el origen del estándar de trato justo y equitativo, para luego estudiar su contenido.

### A. El origen del principio

El estándar de trato justo y equitativo es el resultado de una larga y difícil evolución compuesta por tres etapas. La primera, que podríamos denominar como *etapa del nacimiento del principio*, se caracteriza por tímidas apariciones del mismo en algunos proyectos de convenciones internacionales que nunca fueron ratificadas. Durante la segunda etapa, este principio es adoptado por los distintos Estados soberanos, pero en un marco más bien restringido, el de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones (TBI). Finalmente, la tercera etapa se caracteriza por el reconocimiento de este principio en los instrumentos multilaterales modernos.

#### 1. Primera etapa: El nacimiento del estándar de trato justo y equitativo

La primera vez que este principio apareció en derecho internacional fue con ocasión de la Carta de la Habana de 1948<sup>4</sup>. En efecto, según el artículo 11(2.a),

<sup>2</sup> D. CARREAU & P. JUILLARD, *Droit International Economique*, Dalloz, 3era ed., París, 2007, pp. 458 y ss.

<sup>3</sup> OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Documents de travail sur l'investissement international N° 2004/3, septiembre de 2004, p. 2.

<sup>4</sup> Esta Carta crea la Organización Internacional de Comercio (OIC). Este documento jamás fue ratificado por el Congreso de Estados Unidos y fue, por consiguiente, abandonado; luego fue reemplazado por la Organización Mundial de Comercio (OMC).

la OIC podría recomendar y favorecer la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a aquellas medidas destinadas a "asegurar un trato justo y equitativo a la empresa, a la pericia, al capital, a las artes y a la tecnología llevados de un país miembro a otro".

En el mismo sentido se pronunciaba el Convenio Económico de Bogotá, también de 1948<sup>5</sup>, pues según su artículo 22 inciso 2° "[l]os capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los Estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado".

Posteriormente, en 1967 y en el seno de la OCDE, el Proyecto de convenio sobre la protección de los bienes extranjeros acoge nuevamente este principio, disponiendo en su artículo 1 que "[c]ada una de las Partes se obliga a asegurar en todo momento un trato justo y equitativo a los bienes de los nacionales de las otras Partes [contratantes]".

Todos estos textos poseen algo en común: Ninguno de ellos adquirió fuerza legal al no haber sido ratificados por los distintos Estados; éstos prefirieron en ese entonces tratar el tema en un marco más restringido, el de los TBI.

## ***2. Segunda etapa: Adopción del principio de trato justo y equitativo en los TBI***

Fue finalmente a nivel de negociaciones bilaterales que el estándar de trato justo y equitativo fue adoptado. Sobre este punto, no se debe menospreciar la importancia que tuvo la aparición de los TBI, los que a pesar de las desconfianzas Norte-Sur y de la "doctrina Calvo"<sup>6</sup>, permitieron que hoy en día casi todas las inversiones internacionales se encuentren protegidas en virtud de este principio<sup>7</sup>.

Para ilustrar nuestra afirmación anterior, podemos citar el TBI celebrado por Canadá y Argentina en 1993, el cual en su artículo II(4) dispone que "Las inversiones o ganancias de inversores de una Parte Contratante recibirán en toda

<sup>5</sup> Tal como pasó con la Carta de la Habana, este acuerdo nunca entró en vigor. v. OCDE, cit. supra. N° 3, pp. 4 y ss.

<sup>6</sup> La doctrina Calvo es reticente a la jurisdicción de los tribunales arbitrales; de este modo, las personas que vivan en el extranjero deben someter toda discusión a la competencia de las jurisdicciones nacionales, evitando al mismo tiempo recurrir a cualquier tipo de presión diplomática o intervención militar por parte de sus Estados de origen.

<sup>7</sup> Decimos "casi", pues incluso hoy existen ciertos TBI que no hacen referencia alguna al trato justo y equitativo. Se trata en general de TBI celebrados por ciertos países de Asia, como Paquistán, Arabia Saudita o Singapur. Al respecto v. *CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s*, UN, Nueva York, 1998, p. 54.

ocasión un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios del derecho internacional y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante".

La misma idea se desprende del artículo 3 del TBI celebrado entre Francia y Filipinas en 1994, según el cual "[c]ada una de las Partes contratantes se obliga a otorgar sobre su territorio un trato justo y equitativo, conforme a los principios del derecho internacional, a las inversiones de nacionales y sociedades de la otra Parte, y a asegurar que el ejercicio de dicho derecho no se vea obstaculizado"<sup>8</sup>.

Posteriormente, y en el mismo sentido, el artículo 4.1 del TBI celebrado entre Chile y Australia en 1999 dispone que "[c]ada Parte Contratante brindará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio así como a las actividades relacionadas con inversiones y garantizará que no se obstaculice el ejercicio del derecho así reconocido".

El modelo norteamericano de TBI de 2004 no es la excepción y establece la obligación para los Estados contratantes de brindar un trato justo y equitativo a los nacionales de la otra parte. Así, por ejemplo, el artículo 5.1 del TBI celebrado entre Estados Unidos y Uruguay en 2005 señala que "[e]ach Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security".

Sin embargo, y tal como lo dijimos, no es sólo en el marco de las negociaciones bilaterales que el principio en estudio se ha desarrollado; aun cuando su aparición es bastante tímida y esporádica, ha sido también recogido en ciertos instrumentos multilaterales.

### ***3. Tercera etapa: El trato justo y equitativo en los instrumentos multilaterales***

Aun cuando su aparición ha sido bastante tímida, numerosos son los textos multilaterales que recogen la obligación de los Estados de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión extranjera. Se trata tanto de textos de carácter mundial como regional.

a) El trato justo y equitativo en los textos internacionales de carácter mundial

<sup>8</sup> Art. 3: "Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer sur son territoire un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit pas entravé".

Algunos textos que recogen este principio, son los siguientes: el artículo 48 del Proyecto de Código de conducta de las sociedades transnacionales de 1986 dispone que "[l]as sociedades transnacionales deben recibir un trato [justo y] equitativo [y no discriminatorio] [...] conforme a las leyes, reglamentos y prácticas administrativas de los países en los cuales desarrollan su actividad [...]".<sup>9</sup>

En el mismo sentido, el artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía de Lisboa de 1995 solicita a cada Estado crear las condiciones necesarias para un trato leal y equitativo de las inversiones<sup>10</sup>.

Asimismo, el artículo IV.1, relativo al "trato general", del proyecto sobre el Acuerdo Multilateral sobre inversiones (AMI) de la OCDE de 1998, dispone que "Each Contracting Party shall accord to investments in its territory of investors of another Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security. In no case shall a Contracting Party accord treatment less favorable than that required by international law"<sup>11</sup>.

b) El trato justo y equitativo en los textos internacionales de carácter regional

Referencias expresas al principio de trato justo y equitativo pueden también encontrarse hoy en día en numerosos textos regionales. Uno de ellos es el TLCAN, cuyo artículo 1105(1) dispone que "[c]ada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas".

Por su parte, el artículo 3.1 del Protocolo de Colonia sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR, siguiendo la misma línea de ideas dispone que "[c]ada Parte Contratante asegurará en todo momento

<sup>9</sup> Art. 48 : "Les sociétés transnationales devraient recevoir un traitement [juste et] équitable [et non discriminatoire] [...] conformément aux lois, règlements, et pratiques administratives des pays dans lesquels elles mènent leurs activités [...]"; Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Current Studies Series A (New York, 1986) UN Doc. ST/CTC/SER.A/4, Annex 1, en OCDE cit. supra. n° 2, pp. 4 y ss.

<sup>10</sup> Art. 10.1 : "De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán, asimismo, de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante".

<sup>11</sup> El AMI fue finalmente desechado debido a la gran reticencia mostrada por los países en vías de desarrollo.

un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias".

Finalmente, podemos citar el Tratado que crea el Mercado común de África Oriental y Austral (COMESA), cuyo artículo 159.1.a dispone que, con el fin de promover y facilitar el flujo de inversiones entre los países miembros, éstos deben brindar un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros<sup>12</sup>.

En virtud de los textos analizados, podemos constatar que hoy en día ya no se encuentra en discusión el principio según el cual toda inversión debe gozar de un trato justo y equitativo. Sin embargo, la redacción de dichos textos es poco feliz, y en poco nos ayuda para entender en qué consiste dicho trato. Por consiguiente, podemos legítimamente preguntarnos si se trata de un principio de derecho internacional general, de un concepto autónomo, o si debe ser el juez, en definitiva, quien establezca su sentido y alcance. Así las cosas, procederemos al análisis de su contenido.

## B. El contenido del principio

La expresión trato justo y equitativo, hay que decirlo, es imprecisa y no se basta a sí misma para poder identificar su contenido. El profesor Mulchinski considera en efecto que "el concepto de trato justo y equitativo no ha sido definido con precisión. Constituye un fundamento general que permite formular un argumento según el cual el inversionista extranjero no ha sido tratado correctamente, en virtud de medidas discriminatorias o inequitativas adoptadas en contra de sus intereses. Su contenido depende entonces de la interpretación de situaciones fácticas particulares. Se puede a lo sumo afirmar que reenvía al principio de la no discriminación y de la proporcionalidad en el trato reservado a los inversionistas extranjeros"<sup>13</sup>.

El trato justo y equitativo sería entonces un elemento más del estándar mínimo internacional relativo al trato de los extranjeros. Tal ha sido, por lo demás, la interpretación efectuada por el Departamento federal de asuntos exteriores suizo, en una declaración efectuada en 1979, según la cual, en virtud de este principio, "se hace referencia al principio clásico del derecho de gentes, según el cual los Estados deben brindar a los extranjeros que se encuentran en su territorio, así como a sus bienes, el beneficio del "estándar mínimo" internacional, vale decir, otorgarles un mínimo de derechos personales, procesales y económicos"<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Art. 159.1.a: "In order to encourage and facilitate private investment flows into the Common the Market, Member States shall [...] accord fair and equitable treatment to private investors".

<sup>13</sup> P. MULCHINSKI, *Multinationa Enterprises and the Law*, Blackwell, Londres, 1995, p. 625.

<sup>14</sup> *Annuaire suisse de droit international*, 178 (1980), cit. R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Nijhoff, 1995, p. 59.

La misma idea puede encontrarse en los comentarios relativos al artículo 1 del Proyecto de convenio sobre la protección de los bienes extranjeros de la OCDE, en que se sostuvo que "la expresión "trato justo y equitativo", que figura habitualmente en los acuerdos bilaterales relativos a este tema, designa el régimen que cada Estado debe normalmente reservar, según el derecho internacional, a los bienes de los extranjeros. Salvo por motivos imperativos de seguridad, esta "norma" exige que la protección asegurada en virtud de la Convención sea aquella que generalmente brinda la Parte contratante a sus propios nacionales; pero puesto que ha sido fijada por el derecho internacional, esta "norma" puede sobrepasar el trato de los propios nacionales si el derecho nacional o las prácticas administrativas nacionales tienen un nivel inferior a aquel exigido por el derecho internacional. La norma exigida se encuentra conforme a la "norma mínima" del derecho internacional consuetudinario"<sup>15</sup>.

Ahora bien, nos parece importante destacar que en torno a la noción de estándar mínimo, no parece ser posible seguir aún la interpretación dada en los casos *Neer*<sup>16</sup>, *Hopkins*<sup>17</sup> o *Roberts*<sup>18</sup>, de principios del siglo XX, en virtud de la cual se permitía demandar al inversionista, exclusivamente respecto de atentados brutales y flagrantes a sus derechos. Luego de una larga evolución jurisprudencial<sup>19</sup>, fue el tribunal encargado de resolver el caso *Monved c. Estados Unidos* el que en un fallo, que por su audacia no puede sino ser calificado como magistral, señaló que el estándar mínimo era susceptible de evolucionar con la práctica de los Estados y que hoy en día una inversión podría ser tratada de forma injusta o inequitativa, aun cuando el Estado receptor de la inversión haya obrado de buena fe<sup>20</sup>.

Según los profesores Carreau y Juillard, el trato otorgado a un inversionista será en consecuencia justo si el Estado respeta sus obligaciones convencionales e internacionales, y será equitativo si asegura un equilibrio satisfactorio entre los intereses del inversionista, los del Estado receptor de la inversión y los del Estado de la nacionalidad del inversionista<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> OCDE, *Projet de Convention sur la protection des biens étrangers et Résolution au projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, 1967, pp. 13-15.

<sup>16</sup> L.F.H. Neer & Pauline Neer c. México, Comisión Americano-Mexicana (General Claims Commission), sentencia de 15 de octubre 1926, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. IV, pp. 60-66.

<sup>17</sup> George Hopkins c. México, Comisión Americano-Mexicana (General Claims Commission), sentencia de 03 de junio 1927, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. IV, pp. 218-219.

<sup>18</sup> Harry Roberts c. México, Comisión Americano-Mexicana (General Claims Commission), sentence du 02 novembre 1926, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. IV, pp. 77-81.

<sup>19</sup> Sobre la evolución D. CARREAU & P. JUILLARD, op. cit. N° 1, pp. 462 y ss., en especial el análisis de los casos *Metalclad c. México*, *SD Myers c. Canadá*, *Pope & Talbot c. Canadá*, y *Monved c. Estados Unidos*.

<sup>20</sup> *Monved c. Estados Unidos*, Ciadi N° ARB(AF)/99/2 § 116.

<sup>21</sup> D. CARREAU & P. JUILLARD, op. cit. N° 2, pp. 463-464.

## II. El trato nacional

El principio del trato nacional implica para el Estado receptor de la inversión la obligación de tratar al inversionista y a la inversión extranjera que se encuentran en su territorio de una forma no menos favorable que aquella reservada a los inversionistas nacionales en situaciones equivalentes.

A diferencia del trato justo y equitativo, el trato nacional es un principio relativo; bastante antiguo, también encuentra su fundamento en el estándar de trato mínimo que deben recibir los bienes de los extranjeros. Sus orígenes se remontan a los usos comerciales de la Liga Hanseática<sup>22</sup> durante los siglos XII y XIII; debido a su importancia, ha sobrevivido hasta nuestros días para transformarse en uno de los principios más importantes en lo tocante a la protección del comercio y, posteriormente, de la inversión internacional<sup>23</sup>.

Ahora bien, el contenido de este principio no es tan claro como parece desprenderse de su definición. Como ya lo dijimos, se trata de un principio relativo, vale decir, que invita a realizar una comparación fundada en el trato dado a los inversionistas nacionales y extranjeros, y no sobre estándares, *a priori*, absolutos relativos al trato de las inversiones. Por consiguiente, la duda que surge y que intentaremos responder es ¿Cuándo el Estado cumple y cuándo infringe este principio?

La respuesta no es simple, pues todo Estado posee un poder soberano que impide someterlo a la obligación de respeto de cualquier principio, sin que ello signifique un atentado contra dicha soberanía. De este modo, no existe ninguna norma internacional (ni siquiera analizando la costumbre internacional) que imponga a un Estado receptor de inversión la obligación de dar a los inversionistas extranjeros un trato mejor o equivalente a aquel brindado a sus propios nacionales<sup>24</sup>.

Cuando un Estado decide aceptar el principio del trato nacional a favor de los inversionistas extranjeros, lo hace por medio de obligaciones unilaterales comprendidas en acuerdos internacionales, pero sin que ello permita considerarlas como generadas por los principios de derecho internacional<sup>25</sup>. Por otra

<sup>22</sup> La Liga Hanseática o Hansa fue una asociación de ciudades del norte de Europa (Londres, Brujas, Hamburgo, Lubeca, Danzig, Nóvgorod, etc) que tuvo un rol dominante en materia comercial y política durante aproximadamente tres siglos.

<sup>23</sup> UNCTAD, National Treatment, Unctad series on issues in international investment agreements (UNCTAD/ITE/IIT/11, vol. IV), Ginebra, 1999, pp. 6 y ss.

<sup>24</sup> D. CARREAU & P. JUILLARD, op. cit. N° 2, pp. 466 y ss.

<sup>25</sup> Una excepción a esta afirmación podría estar constituida por los acuerdos suscritos en el seno de la OCDE por sus Estados miembros, donde el trato nacional está poco a poco comenzado a adquirir valor de principio jurídico; específicamente un principio del derecho interregional, propio de los países de la OCDE; al respecto v. D. CARREAU & P. JUILLARD, *Ibid.*, p. 466.



parte, el hecho de brindar dicho trato nacional no quiere decir que el trato hacia los inversionistas extranjeros y nacionales sea exactamente el mismo, pues diversas situaciones fácticas pueden desequilibrar esta relación: seguridad nacional, producción o distribución de servicios considerados como esenciales (electricidad, gas, agua potable y alcantarillado), etc.<sup>26</sup>.

¿Qué categoría de inversionista nacional constituye entonces el criterio de comparación para determinar si se ha cumplido o no por el Estado el principio del trato nacional? Hoy por hoy no hay respuesta clara al respecto por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia internacional; sin embargo, a nuestro parecer, la cuestión no parece ser tan compleja, bastando para determinar dicho criterio excluir a todos los inversionistas nacionales que ejerzan su actividad en el seno de servicios esenciales para el Estado y todos aquellos que constituyan una emanación del mismo.

Lo anterior nos lleva entonces a preguntarnos ¿Cuándo el Estado receptor de la inversión podría vulnerar esta obligación? Nuevamente, la respuesta parece encontrarse en la noción de estándar mínimo<sup>27</sup>. En este sentido, y puesto que el derecho internacional no conoce la discriminación en perjuicio de los nacionales y a favor de los extranjeros, "el único caso en que el derecho internacional impone al Estado de tratar en mejores términos al inversionista extranjero que al nacional, es en el caso en que la norma nacional no satisfaga el estándar internacional".

Así las cosas, el Estado receptor de la inversión dará cumplimiento a este principio si trata al inversionista extranjero en los mismos términos que al inversionista nacional, salvo en el caso en que su legislación interna no satisfaga el estándar mínimo internacional; en este caso, para evitar sanciones, tendrá que brindar al primero un mejor trato<sup>28</sup> que al segundo.

### **III. El trato de la nación más favorecida (NPF)**

La cláusula de trato de la nación más favorecida es una disposición convencional por la cual un Estado acepta otorgar a un inversionista extranjero y a su inversión un trato no menos favorable que aquel otorgado a otros inversionistas extranjeros en virtud de acuerdos celebrados con terceros países<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> UNCTAD, op. cit. N° 23, p. 10.

<sup>27</sup> V. supra. nuestro análisis sobre el contenido del principio del trato justo y equitativo.

<sup>28</sup> Trato que debe al menos ser equivalente al estándar mínimo internacional.

<sup>29</sup> OCDE, *Le traitement de la nation plus favorisée dans le droit international des investissements*, documents de travail sur l'investissement international N° 2004/2, septiembre de 2004, pp. 1-2.

Se trata de una cláusula de no discriminación que tendría sus orígenes en los acuerdos comerciales del siglo XIII<sup>30</sup>, pero cuya utilización no se habría masificado hasta los primeros tratados de amistad, comercio y navegación (ACN), durante el siglo XVII<sup>31</sup>. Por ejemplo, según un ACN celebrado entre el Reino de Inglaterra<sup>32</sup> y Suecia en 1654, "los pueblos, sujetos y habitantes de ambos Estados dispondrán y gozarán en sus reinos, países, tierras y dominios respectivos, de derechos, relaciones, libertades e inmunidades tan vastas y amplias como aquellas de que goza y gozará todo otro extranjero"<sup>33</sup>.

Hoy en día, esta cláusula se encuentra inserta en la mayoría de los acuerdos económicos bilaterales (en especial en los TBI), e incluso en el marco multilateral, donde su importancia es evidentemente menor, puesto que una cláusula general de no discriminación parece, a nuestro juicio, más que suficiente. Ahora bien, ello no ha sido obstáculo para que muchas dificultades hayan comenzado a aparecer, en especial debido a la evolución paralela del derecho internacional público.

Así, con la creación de diversas zonas económicas, la aplicación de la cláusula NPF podría, según algunos, volverse imprecisa. Ello, pues uno podría legítimamente preguntarse si, incluida en un TBI celebrado por un Estado miembro de una zona económica, dicha cláusula podría brindar a un tercer Estado los mismos derechos y beneficios otorgados a los demás países de dicha zona económica.

La respuesta parece, *a priori*, negativa, debido al riesgo de dilución de las zonas económicas, sin embargo, ninguna norma ni principio del derecho internacional parece impedir el eventual uso de la analogía; por ello no debe descartarse de plano dicha posibilidad. En todo caso, para evitar cualquier interpretación que pudiese tener dicho efecto, los acuerdos bilaterales de este tipo contienen siempre reglas que permitan enmarcar y limitar de forma estricta la aplicación de la cláusula NPF.

Por ejemplo, el modelo alemán de TBI de 1998 dispone en su artículo 3 (3) y (4) que el trato NPF "no concierne los privilegios que uno u otro Estado contratante otorgue a inversionistas de terceros Estados en razón de su pertenencia o de su asociación a una unión aduanera o económica" y que "el trato acordado en los términos de este artículo no se encuentra ligado a los beneficios que uno u otro Estado contratante brinde a los inversionistas de terceros Estados en

<sup>30</sup> *Ibíd*, p. 2

<sup>31</sup> Anexo de la quincuagésima novena sesión de la Comisión de Derecho Internacional relativa a la cláusula de la nación más favorecida, 7 de mayo, 8 de junio, 9 de julio y 10 de agosto de 2007, A/CN.4/L.719, p.3.

<sup>32</sup> Según algunos autores, se trata más bien de un tratado celebrado entre el Reino de Gran Bretaña y Suecia. Según nuestro punto de vista se trata de un error, pues el acta de unión entre Inglaterra y Escocia tuvo lugar recién en 1701.

<sup>33</sup> Tratado de paz y de comercio entre Inglaterra y Suecia de 11 de abril de 1654, BSP, 1/69.

razón de un acuerdo destinado a evitar la doble tributación u otros acuerdos relativos a materias tributarias".

En el mismo sentido se ha redactado el modelo de TBI de Holanda, el cual en su artículo 3 dispone que "si una Parte contratante ha otorgado beneficios especiales a los nacionales de un tercer Estado en virtud de acuerdos aduaneros, económicos, monetarios o de otras instituciones similares [...], esta Parte contratante no se verá obligada a otorgar los mismos beneficios a los nacionales de la otra Parte contratante".

## Conclusiones

El derecho de las inversiones internacionales ha evolucionado rápidamente a lo largo de los años, especialmente desde fines del siglo XX, con el objeto de brindar una mayor y cada vez más fuerte protección al flujo de inversiones internacionales. Entre dichas medidas de protección se encuentran los principios relativos a la no discriminación, los que permiten a los inversionistas instalarse en cualquier país<sup>34</sup> con la seguridad de que no sufrirán abusos por parte del poder público en razón de su nacionalidad.

Es innegable la importancia que tiene la protección contra la discriminación, sin embargo, se debe tener mucha cautela con el fin de no romper el delicado equilibrio existente entre dicha protección y el respeto por los derechos humanos de la población. Esto, por cuanto son cada vez más las voces<sup>35</sup> que se alzan en contra de lo que llaman una protección desmedida hacia el inversionista, que si bien se justificó en sus comienzos, es hoy susceptible de crear grandes injusticias sociales.

Si un Estado otorga sin más una protección desmedida a favor del inversionista, puede a mediano o largo plazo verse atado de manos para legislar y adaptar su ordenamiento jurídico a las exigencias del mundo moderno. La protección del medio ambiente, de la salud e incluso de la vida de sus nacionales puede verse afectada en virtud de acuerdos desequilibrados. Los Estados, a través de los acuerdos celebrados en virtud de su potestad soberana, y las jurisdicciones arbitrales, a través de sus interpretaciones y decisiones, son hoy por hoy los garantes de dicho equilibrio.

<sup>34</sup> Tal como lo hemos señalado a lo largo de este artículo, es necesario en todo caso que exista un instrumento que regule la inversión extranjera, incluyendo dichos principios, por cuanto éstos no han alcanzado aún el valor de *jus cogens*. El estándar mínimo internacional puede ser en todo caso una solución para aquellos casos en que dicho instrumento no exista.

<sup>35</sup> Al respecto v. L.-E. PETERSON, *Droits Humains et Traités Bilatéraux d'Investissement*, Droit & Démocratie, Québec, 2009 ; S. EL BOUDOUHI, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51, 2005, pp. 542-563.