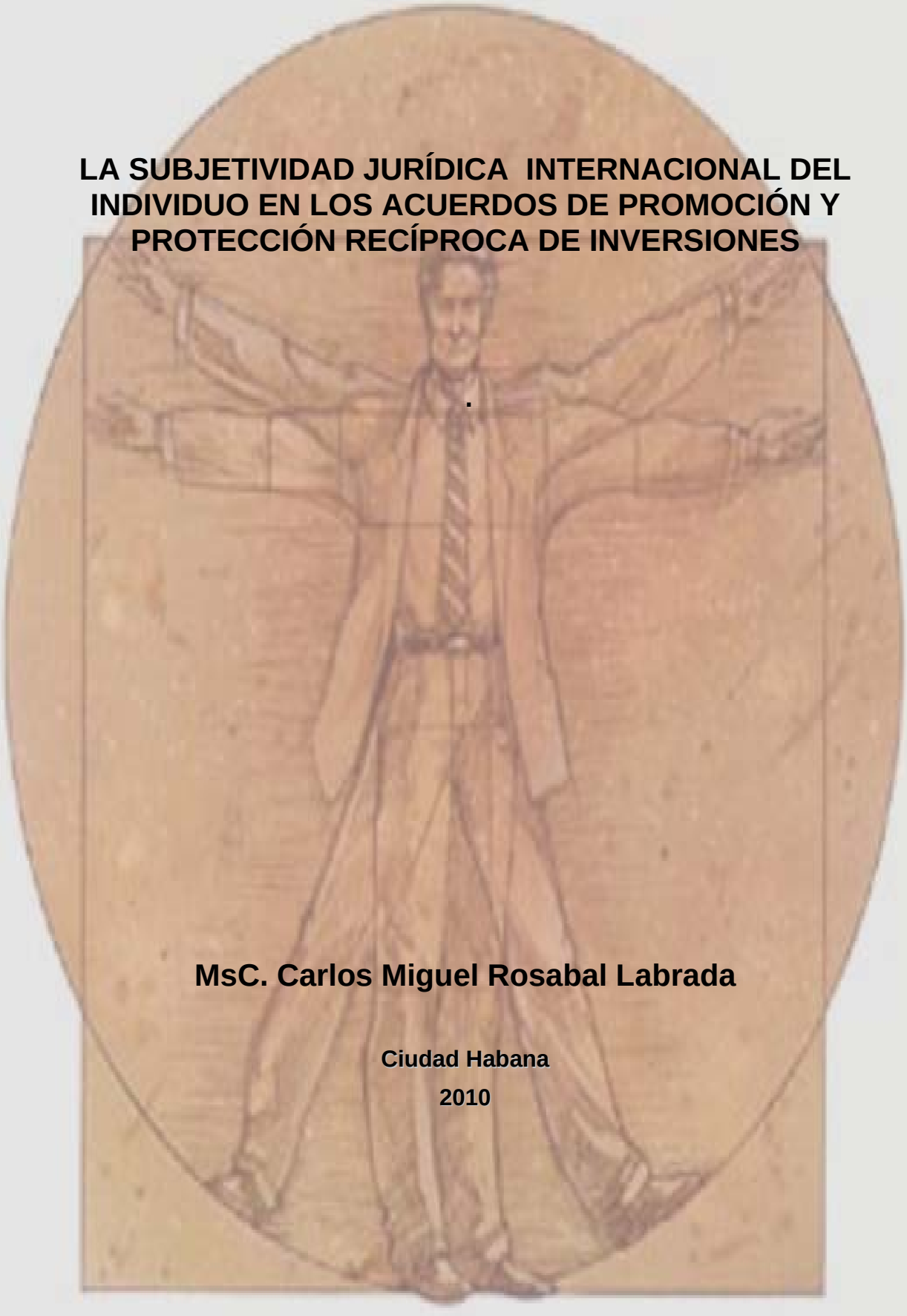
LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO EN LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

.



MsC. Carlos Miguel Rosabal Labrada

Ciudad Habana

2010

INDICE

INTRODUCCIÓN 2

CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL. TEORÍA JURÍDICA Y TENDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. 6

1.1 PERSONA, INDIVIDUO Y DERECHO SUBJETIVO. SISTEMATIZACIÓN DE LAS BASES CONCEPTUALES DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA. 6
1.1.1. PERSONA. TRATAMIENTO DOCTRINAL. 6
1.1.2. INDIVIDUO Y DERECHO SUBJETIVO. ANÁLISIS CONEXO RESPECTO A LA PERSONA. 9
1.2 SUBJETIVIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL. GENERALIDADES 12
1.3 TRATAMIENTO DEL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL. TENDENCIAS Y NUEVOS ENFOQUES. 20
1.4 NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES APLICABLES AL INDIVIDUO. ACCESO A LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES: SUBJETIVIDAD ACTIVA Y PASIVA. 26
1.5 DEL INDIVIDUO A LAS PERSONAS JURÍDICAS. DISTINCIONES, DEFINICIONES Y CORRELACIÓN. 33

CAPÍTULO II: ALGUNOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTENIDO DE LOS APPRIS QUE SUBJETIVIZAN AL INVERSIONISTA. PRAXIS CUBANA. 40

2.1 LOS APPRIS. EVOLUCIÓN. DEFINICIÓN. CONTENIDO Y EFECTOS JURÍDICOS: UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA. 40
2.1.1 EVOLUCIÓN Y MARCO DE DESARROLLO DE LOS APPRIS. 40
2.1.2. DEFINICIÓN. CONTENIDO Y EFECTOS JURÍDICOS DE LOS APPRIS 49
2.2 EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LOS APPRIS. LA DEFINICIÓN DE INVERSIONISTA. 57
2.3 LOS MODELOS DE ACUERDOS DE INVERSIÓN. ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS. 61
2.4 ANÁLISIS CUALITATIVO DEL TRATAMIENTO AL INVERSIONISTA EXTRANJERO EN LOS APPRIS FIRMADOS POR CUBA. LOS APORTES DEL MODELO DE APPRIS CUBANO. 66
2.4.1. GENERALIDADES SOBRE EL MARCO DE DESARROLLO DE LOS APPRIS EN LA PRÁCTICA CUBANA. SU INSERTACIÓN EN LOS MODELOS. 66
2.4.2. ANÁLISIS CASUÍSTICO DEL CONTENIDO DE LOS APRRI FIRMADOS POR CUBA: DEFINICIÓN DE INVERSIONISTA Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. PROPUESTA DEL MODELO DE APPRIS CUBANO. 68
2.5 PRESUPUESTOS PROCESALES EN LOS APPRIS QUE SUBJETIVIZAN AL INVERSIONISTA. LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA VS. ESTADO Y OTROS ASPECTOS DE INCIDENCIA. 74

CONCLUSIONES 84

ANEXOS 86

BIBLIOGRAFÍA 113

Introducción

La siempre recurrente y longeva polémica del tratamiento de la subjetividad internacional, ha ocupado no pocos espacios donde tratadistas, profesores, o expertos en la materia han intentando abordar los asuntos de mayor interés en el terreno del Derecho Internacional Público. Y es que es un tema obligado en materia de desarrollo de toda rama del Derecho como Ciencia; los cambios en los caracteres de los tradicionales sujetos de derecho y la aparición de otros nuevos, es una disyuntiva de la que no ha escapado el Derecho Internacional Público.

En la presente investigación, pretendemos retomar la subjetividad internacional como objeto del estudio, pero centrándonos en la discutida figura del individuo como posible sujeto del Derecho Internacional, haciendo más específica la temática en su posible legitimación activa a través del contenido de los Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, en su condición de inversionista.

El desarrollo del Derecho Internacional Contemporáneo, ha llevado grandes retos para su sujeto por excelencia: el Estado; la expansión de las Organizaciones Internacionales sirvió de guía para otros actores internacionales en su pugna por consagrarse como sujeto del derecho Internacional. En esta lucha, el individuo fue ganando espacio dentro de las propias instituciones del Derecho Internacional Público, aprovechando la naturaleza humanista de esta etapa contemporánea, para quebrantar la dogmática posición de ser solo objeto del Derecho Internacional y no sujeto.

El marco de los Derechos Humanos, sentó las bases sobre las que el individuo inició su expansión tanto en el cuerpo de los Tratados de la materia, como en los mecanismos de protección que los mismos utilizaban. El Tribunal Europeo de derecho Humanos y la Corte Iberoamericana de Derecho Humanos, fueron sus grandes victorias que le reconocieron su *Ius Standi.*

Las nuevas circunstancias de la globalización arrojaron un individuo, con muchas más fuerzas en el contexto internacional; las trasnacionales y las multinacionales habían logrado sobrepasar las fronteras físicas de los Estados, en sus ascendentes relaciones económicas internacionales; sin embargo, no lograban despojarse de la necesaria

mediación de éstos en el contexto de las relaciones jurídicas internacionales, donde su *status* no era válido, pues no eran sujetos de derecho.

Así, el paraguas del individuo y los derechos humanos, tenía que dar paso a un inversionista como concepto superior. Los instrumentos de los Acuerdos Internacionales de Inversión, en sus resultantes Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones o Tratados Bilaterales de Inversión, regularían los mecanismos necesarios donde su acceso a las instancias internacionales fuese una realidad.

La aptitud para hacer valer un derecho ante instancias internacionales (dimensión activa) o para ser responsable en el plano internacional en caso de violación de una obligación (dimensión pasiva), fue uno de los postulados más sólidos que justificaban la existencia de subjetividad jurídica internacional para un determinado ente.

El uso relativo de esta concepción, fue el recurso utilizado por los mayores interesados en una real subjetividad jurídica internacional del individuo, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones constituirían el marco en el que se viabilizaría tal concepción y su sistema de solución de conflicto Inversionista-Estado, sería el recurso procesal que lo implementaría. El beso de Judas Iscariote.

Realizar un estudio sobre la particularidad de los APPRI respecto a la subjetividad internacional del individuo, nos lleva al compromiso de partir de un crítico y revolucionario estudio de la subjetividad jurídica en general y su expresión internacional, para luego demostrar los cambios que le han impregnado a la institución la evolución del individuo, sin dejar atrás su basamento filosófico y contextual con un alto nivel de incidencia.

Partiendo de estas premisas, se realiza un estudio de los elementos de los APPRI que subjetivizan al individuo en la condición de inversionista, permitiéndole acceder directamente a las instancias internacionales en virtud de estos acuerdos, tipificando su subjetividad de una naturaleza relativa y restringida, por lo tanto particular. Precisamente en esta afirmación radica la esencia y novedad de esta investigación, pues no se trata de un estudio reproductivo de las teorías de la subjetividad, sino de un

análisis cualitativo de la evolución de esta institución y su nivel de desarrollo en los APPRI, así como la práctica e incidencia cubana al respecto.

La investigación está estructurada en dos Capítulos; el primero de ellos dedicado a realizar un estudio teórico de la subjetividad jurídica, por lo que se inicia con en el análisis de los conceptos básicos que nutren la institución tanto del ámbito jurídico como filosófico y político; dígase: persona, sujeto, individuo y derecho subjetivo.

A partir de éste estudio, se inicia el análisis de la subjetividad jurídica internacional en general, partiendo con una distinción esencial entre actor internacional y sujeto de derecho internacional, para dar paso a una caracterización de dicha subjetividad en el Derecho Internacional Clásico y visualizar los cambios ocurridos en la etapa actual y su nivel de incidencia sobre los sujetos del DIP. Igualmente se analiza la situación del individuo en el DI, su acceso a las instancias internacionales, así como los cambios que han sustentado una posible subjetividad jurídica internacional, a partir del tratamiento dado en a las personas jurídicas de finalidad económica, principalmente bajo el *status* de inversionista.

En el segundo capitulo, se realiza un análisis de los elementos de los APPRI que inciden y determinan en la subjetividad internacional del inversionista. No obstante, el primer aspecto en cuestión es el estudio del marco de desarrollo que dio pie al surgimiento y expansión de los APPRI, para luego realizar un análisis del ámbito de aplicación personal de los Acuerdos, dirimiendo las diferentes tendencias teóricas y prácticas a que respondían las definiciones de inversionistas incluidas en los diferentes APPRI, tanto en las personas jurídicas como naturales.

Posteriormente, se hace referencia a algunos aspectos procesales que inciden en la subjetividad del individuo, haciendo especial énfasis en los mecanismos de solución de conflicto Inversionista-Estado, sin obviar la relevancia de otros aspectos como el agotamiento del recurso interno dentro del sistema de solución de controversias asumidos en los APPRI, así como la influencia que ha tenido el CIADI en la expansión de los Acuerdos y esencialmente en los efectos de subjetivizan al inversionista.

Han complementado este capitulo el estudio de los modelos APPRI, su formación a partir de las prácticas regionales y las propuestas realizadas por la UNCTAD teniendo

en cuenta la apertura que han mostrado los Estados a los AII, así como un análisis de la práctica cubana en la firma de los APPRI y su proyección respecto a aquellos aspectos que inciden en la subjetividad del inversionista, a través de la propuesta de un modelo marco de APPRI.

Capítulo I: Presupuestos Teóricos de la Subjetividad Jurídica Internacional. Teoría jurídica y tendencias del Derecho Internacional Público.

1.1 Persona, individuo y derecho subjetivo. Sistematización de las bases conceptuales de la Subjetividad Jurídica.

1.1.1. Persona. Tratamiento doctrinal.

El término persona designó en la Antigüedad Clásica, a la máscara o careta de la que se servían los actores para hacer resonar su voz en los escenarios, con el tiempo el vocablo se contextualizó pasando a calificar al mismo actor, para luego asumirse en la vida real como denominación del ser humano. En la actualidad se designa como persona al individuo entendido como ser capaz de asumir deberes y obligaciones, de devenir sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas[1].

El vocablo “persona” etimológicamente significa:” Individuo de la especie humana // *et al* “[2]. La práctica cotidiana tiende a identificar los términos hombre y persona, acepciones diferentes tanto en los campos jurídicos como filosóficos y odontológicos. De obligada referencia resulta su dimensión filosófica, el ser humano visto como sujeto también pero de la ética, en contacto con el mundo de los valores[3]. De manera general, en la antigüedad, el término persona adquiere un significado filosófico para aludir a la substancia[4] de naturaleza intelectual, al ser humano considerado "substancia individual de naturaleza racional", en la clásica definición de BOECIO[5].

Su dimensión jurídica, ha sido harto elaborada por la doctrina del Derecho, evolucionando en los diferentes estadios de su historia; de todas formas sin profundizar en el contenido formal de la personalidad jurídica acorde al Derecho Civil General, “persona”: designa el haz de derechos y obligaciones que el Derecho concede a un ser humano, o a un indeterminado grupos de individuos (personas jurídicas). La

[1] DE LUCAS, Javier., *et al*, *Introducción a la Teoría del Derecho*, 1ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1992, pp. 201.
[2] CASARES, Julio., *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Primera Edición, Editorial Gustavo Pili, S.A., Barcelona, 1952.
[3] DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, Editorial TAURUS, Madrid, 1980, pp.172. (Fotocopia del Original).
[4] Hemos querido respetar la ortografía del autor.
[5] *Ídem Supra*, pp.174.

personalidad en este sentido, es tan solo un conjunto de funciones preconfiguradas por el Derecho, consistentes en la serie de todos los deberes y derechos subjetivos atribuidos o imputados a un mismo ente[6].

Los ordenamientos jurídicos, al hacer alusión a la personalidad, han reconocido capacidad a la persona, clasificada en: capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, en tal sentido, es un atributo o cualidad esencial de la persona, reflejo de su dignidad. La capacidad de obrar, en cambio, es la capacidad par adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar por sí mismo con plena eficacia actos o negocios jurídicos[7].

El carácter humanista es una tendencia de la que no ha escapado el Derecho Civil. Creemos que no basta con reconocerle la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones, pues sería minimizarla. La existencia, pues, del reconocimiento de la persona condiciona la misma producción de la persona y su desarrollo.[8]

El análisis histórico de la figura de la persona nos lleva al surgimiento del propio Derecho, no obstante nos concentraremos en los principales rasgos. En el Derecho Romano resultaba técnicamente irrelevante el uso del término "persona" como sujeto de derecho, pues ni todos los hombres eran personas, puesto que existía la institución de esclavitud, ni todas las personas eran hombres, puesto que al lado de las personas físicas existen las personas jurídicas.

El Derecho Romano, carece de términos para designar lo que nosotros llamamos personas, capacidad jurídica y capacidad de obrar. En las fuentes la palabra persona, designa tanto al hombre libre como al esclavo, pues no tiene el significado técnico de sujetos de derecho, de alguien que tiene capacidad jurídica, término que en el Derecho Romano hace referencia al *status* (*status libertatis, civitatis, familiae)*; *status* que no era en el derecho romano capacidad jurídica, sino situación jurídica[9].

---

[6] DE LUCAS, Javier., *Introducción… ob.cit*., pp.202

[7] DIEZ-PICAZO, Luis Y GUILLÓN, Antonio., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Octava Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pp. 223

[8] *Ibídem Supra*, pp. 225

[9] *Vid,* MIQUEL, Joan., *Derecho Privado Romano*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 51.

Para la edad media, la persona va adquiriendo un significado jurídico de mayor arraigo en el sentido no técnico de la expresión, en cuanto al rol jurídico formal que el individuo ocupa en las relaciones sociales. Con el derrumbe de la sociedad estamental y la declaración del principio de igualdad proclamado por la Revolución Francesa, la noción jurídica de persona se construye sobre la base de las elaboraciones filosóficas kantianas, que la concibe como un fin en sí sobre la base de su autonomía[10].

La recepción de la dogmática civil (postcodificación) apunta a la explicación técnica de la categoría conceptual "derecho subjetivo", el cual precisa un titular, un sujeto que recibe el nombre de persona. Se trata, por tanto, de una categoría conceptual propiamente jurídica, pero de alcance más bien instrumental o técnico; el punto de inflexión para reconocer la personalidad (subjetividad) se relaciona con los derechos patrimoniales, la capacidad con la aptitud para adquirirlos. En este contexto se consolida la teoría de la "persona jurídica" como atribución de capacidad independiente a una entidad colectiva en todo análoga a la persona natural.

Tras concluir la Segunda Guerra Mundial, se llegó a una transformación del concepto técnico de persona como sujeto de derechos subjetivos, a la de ser digno y merecedor de la máxima tutela jurídica, poniendo un abismo entre ella y las cosas (objetos de derechos)[11]. El concepto de persona adquiere de esta forma un significado jurídico-institucional, y no puramente técnico.

La persona se convierte en un centro de fundamentación y desarrollo de todo el Derecho; surge así la cuestión del reconocimiento de la personalidad a todos los individuos, la personalidad es un *prius* para el Derecho, un imperativo para las leyes positivas[12]. Así, es posible exigir que la personalidad le sea reconocida a todo ser humano, por el hecho de serlo. La Declaración Universal de Derechos Humanos, ha podido proclamar que: "…todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al

[10] BOBBIO, Norberto., *Teoría General del Derecho*, Ediciones Temis, Bogota, 1987, pp.132
[11] CORRAL TALCIANI, Hernán., «El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida», en *Revista Ius et Praxis*, # 11, 2005, pp. 37 – 53.
[12] CORRAL TALCIANI, Hernán., «El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 17 (2), 1990, pp. 301-321. Disponible en http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649701

reconocimiento de su personalidad jurídica…"(art. 6)[13], Esta concepción, es la aceptada mayoritariamente por la doctrina, aunque es sano asumir que la evolución de la persona como sujeto de derecho, resulta evidentemente indetenible.

1.1.2. Individuo y derecho subjetivo. Análisis conexo respecto a la persona.

Antes de ir al análisis de las figuras "individuos", "derechos subjetivos", señalaremos algunos aspectos sobre la noción de sujeto de derecho, entendido como fase superior alcanzada por la persona como centro de fundamentación de todo derecho.

La noción de sujeto no perteneció al lenguaje de los juristas romanos ni de los juristas medievales. Para ellos, solo se trata de las "personas" lo que fundamenta la ausencia de un concepto común[14]. La expresión *subiectum iuris* la descubrimos en el lenguaje de los escolásticos españoles del siglo XVI .Importantes aportes al "sujeto" fueron realizados por la vertiente sistemática humanista, al asumirse tal concepción en un sentido lógico demostrando su virtualidad ordenadora[15].

Iguales contribuciones llegarían de la mano de varios tratadistas, como LEIBNIZ, WOLFF, y KANT, quienes identificaron el *subiectum* y *persona* bajo la expresión *subiectum iuris*, concibiéndose como ese concepto común que fusionaba la persona y los objetos. En su calidad de supraconcepto, quedó determinado que los derechos y obligaciones son imputables al sujeto, no a la persona o al hombre.

Ya analizando al individuo, al igual que los términos "persona" y "sujetos", éste no es de naturaleza jurídica, sino política; y es que el individuo es el sujeto sobre el que recae una de las principales doctrinas políticas, llamada a consagrarse como principio de orden social: el individualismo[16].

[13] Declaración Universal de los Derechos Humanos. 12 de agosto de 1946.
[14] GUZMÁN BRITO, Alejandro, «Los orígenes de la noción de sujeto de derecho», en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, # 24, Valparaíso, 2002, Disponible en http://www.scielo.com
[15] *Ídem Supra.*
[16] KECHEKIAN, S.F, *et.al*, *Historia de las Ideas Políticas. Desde la antigüedad hasta nuestros días*, Segunda Edición, Traducción de M.B. DALMACIO, Editorial Cartago, S.R.L, Buenos Aires, 1959.

El verdadero individualismo[17], comenzó su desarrollo moderno con JOHN LOCKE, BERNARD MANDEVILLE y DAVID HUME, alcanzando relevancia por primera vez en el trabajo de JOSIAH TUCKER y ADAM FERGUSON.[18] Como teoría de la sociedad, es un intento por conocer las fuerzas que determinan la vida social del hombre, y en un segundo plano, un conjunto de máximas políticas derivadas de esta perspectiva de la sociedad; ambas características sirven para deslegitimar el error persistente de considerar que el individualismo postula la existencia de individuos autónomos y aislados, en lugar de entenderse:"…que el carácter y la naturaleza de los hombres están determinados por su existencia en sociedad…" [19].

Esta doctrina, nutriría el basamento teórico que sustentaría los Principios del Pensamiento Liberal Clásico, enarbolados por los burgueses en su lucha contra el absolutismo monárquico, legando al "individuo" como sujeto "…digno de protección en su estado de naturaleza, señor absoluto de su propia persona y de sus bienes, igual al hombre más encumbrado y libre de toda sujeción…" en palabras de JOHN LOCKE[20].

Es esta burguesía quien presenta sus reivindicaciones como conclusiones indiscutibles de los principios "eternos" del derecho natural (Iusnaturalismo)[21], revistiendo su ideología política con una doctrina jurídico-natural, trazándose de forma audaz, el propósito de conquistar el orden político. Para ello primero echó cuentas al pasado cultural a través del movimiento Renacentista, a los firmes sillares religiosos del feudalismo con la reforma religiosa[22], sin obviar su expansión comercial que sentó las bases de los modernos Estados Nacionales; todas éstas aspiraciones cuajarían de

[17] En el siglo XIX, seguidores de BENTHAM y el "utilitarismo", así como economistas de la época, filósofos radicales, principalmente franceses y otros europeos, concibieron una corriente individualista de origen distinto al que nos referimos. Los representantes más sobresalientes de esta tradición son los enciclopedistas, ROUSSEAU y los fisiócratas.

[18] PÉREZ SALAZAR, Mauricio., "La genealogía del liberalismo: una lectura económica del Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil de John Locke", en *Revista Económica Institucional*, Vol. 1, Nº 1, julio/diciembre, Bogota, 1999. Disponible en http://www.economiainstitucional.com

[19] HAYEK , Friedrich A., "Individualismo: El verdadero y el falso", en *Revista Estudios Públicos*, # 22, Centro de Estudios Públicos, Chile, 2003, Disponible en http://www.hacer.org/pdf/Hayek04.pdf

[20] LOCKE, John., *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*, Edición *Cambridge University Press*, Traducción de FORMIGARI, L, Londres, 1975, pp. 395. Disponible en http://www.banrep.gov.co

[21] Hacemos referencia al iusnaturalismo del siglo XVIII, el llamado segundo iusnaturalismo, o mejor, según palabras de nuestro ilustre FERNÁNDEZ BULTÉ, el iusnaturalismo militante. Para una mejor distinción entre los dos movimientos iusnaturalistas, *Vid,* FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio., *Filosofía del Derecho*, Editorial "Félix Varela", La Habana, 1997,pp.92

[22] *Vid*, RADBRUCH, Gustavo., *Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1944, pp. 127-129.

forma nítida en el movimiento iluminista de inicios y mediados del Siglo XVIII[23].

Es bajo estas circunstancias que la vanguardia del pensamiento jurídico de la época dota a la burguesía en pugna, de un instrumento esencial para la protección de los nuevos derechos y libertades fundamentales que habían proclamados: los derechos subjetivos. Era necesario dotar al hombre, además de los derechos reconocidos, de la facultad de ejercerlos, de defenderlos de toda intervención ilegítima, de ". . . toda invasión en el dominio protegido de otros individuos…"[24]. Tomemos estas últimas palabras para señalar el carácter instrumental con que es asumida la institución y que perduraría durante los primeros años.

En la actualidad el derecho subjetivo es concebido como la exigencia lógica de una determinada concepción del mundo, la propia del individualismo[25]; algunos autores identifican sus raíces en el nominalismo de DUNS SCOTO, y sobre todo GUILLERMO OCCAM, quien formula la tesis del derecho subjetivo como *ius subiecti* (facultad intocable del sujeto)[26]. Partiendo de la naturaleza filosófica de estas afirmaciones, es entendible que se identificara de manera reductiva al Derecho con el Derecho Privado, cuyo ámbito de acción por excelencia es la acción del individuo; no obstante, no se puede perder de vista que el derecho subjetivo nació y se desarrollo inicialmente en el terreno del Derecho Privado y a medida que evolucionó, resultó inevitable su paso al Derecho Público.

A partir de SAVIGNY, el derecho subjetivo es la expresión de la autonomía de la voluntad y acorde a los supuestos kantianos y liberales, el Derecho Objetivo es concebido como el instrumento que permite la libertad de acción, el libre despliegue de esa autónoma voluntad y por eso el primero de esos derechos será la propiedad, donde la hegemonía de la concepción propia del "individualismo posesivo" [27], ubica como sujeto de derecho a un sujeto reducido: varón, adulto, burgués, propietario, quien actúa en el mercado.

---

[23] FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio., *Filosofía*, *ob.cit*., pp. 93

[24] GARCÍA, HUIDOBRO, Joaquín., *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*, 1ra Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp.122, Disponible en http://www.bibliojuridica.org

[25] Entiéndase igualmente las corrientes del atomismo y nominalismo como antecedentes de este individualismo que desembocará en el contractualismo.

[26] DE LUCAS, Javier., *Introducción…*, *ob.cit*., pp. 221.

[27] Teoría Política desarrollada por MCPHERSON, JOHN LOCKE y el liberalismo y que tuvo en el campo jurídico defensores como SAVIGNY en la concepción incipiente liberal de derecho subjetivo y que posteriormente fue elevada por KANT. *Vid*, FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio., *Teoría del Estado y… ob.cit*., pp.142.

Se trata de la transposición de la categoría de derecho subjetivo como fundamento de la noción revolucionaria burguesa de "derechos del hombre". Esta ideología está expuesta en la célebre Declaración de los derechos del Hombre, dictada en 1791: "Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos; el fin último de todos los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: el derecho a la libertad, de propiedad, de seguridad, de resistencia a la opresión"[28]. Lo fundamental de esta concepción individualista del derecho subjetivo, es el poder de la voluntad para imponerse a otra voluntad, por lo que la noción de derecho subjetivo implica siempre dos voluntades, una frente a otra, una voluntad que es superior a otra voluntad[29],.

Ya en el ámbito de los derechos subjetivos en el Derecho Público, veremos la teoría de los derechos públicos subjetivos, aportada por JELLINEK[30]. La oponibilidad de estos derechos frente al Estado como sujeto pasivo es la principal arista que nos permite distinguirlos frente a los llamados derechos subjetivos privados, oponibles a particulares. Esta distinción de los derechos subjetivos público resulta relevante, puesto que cimientan doctrinalmente el ejercicio de algunas acciones de particulares contra los Estados, enarbolados como derechos subjetivos públicos a favor de estos sectores privados.

1.2 Subjetividad Jurídica Internacional. Generalidades

Al abordar la teoría de la subjetividad jurídica internacional, siempre resulta saludable comenzar haciendo una distinción conceptual entre actor político internacional y sujetos del Derecho Internacional, o lo que es lo mismo, entre los sujetos de las relaciones internacionales y los sujetos del Derecho Internacional.

El primero de ellos en calidad de protagonista de estas relaciones en el plano sociológico, se define como : " actor político internacional a toda persona que desarrolla

[28] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Disponible en http:// www.geocities.com/derechoconstitucional2001/declaracionderechos.htm - 18k -

[29] ROGINAS VILLEGAS, Rafael., *Introducción y Teoría general del Estado y del Derecho*, Editorial "El Nacional", México, 1943, pp. 581.

[30] FERRAJOLI, Luigi., *Los Fundamentos de os derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2005, pp. 492.

una conducta que influye y a la vez es determinada por las relaciones o dinámica del poder que se generan dentro de la sociedad internacional"[31]. Por otra parte, en el plano jurídico se entiende por sujeto del Derecho Internacional, "…toda persona o ser humano, o conjunto de personas "organizadas" que es titular de derechos y deberes derivados del Derecho Internacional Público…"[32].

Esta distinción entre los planos sociológicos y jurídicos, distingue entidades que actúan en la escena internacional, que a pesar del peso que puedan jugar en las relaciones internacionales, carecen por lo general de subjetividad internacional, al no depender en cuanto a sus estatutos jurídicos del Derecho Internacional, sino del Derecho Interno de uno o varios Estados. No se puede negar que en la actualidad la esfera de las relaciones internacionales es superior a la esfera de los sujetos del Derecho Internacional Público.[33]

Desde el Derecho Internacional Clásico la sociedad internacional se ha regido fundamentalmente por una estructura interestatal, de una función eminentemente relacional y competencional, al punto de plantearse por la doctrina de entonces, que eran éstos Estados los únicos sujetos del Derecho Internacional.

Esta tesis de la exclusividad del Estado como sujeto del DIP, se desarrollo a finales del siglo XIX inicios del siglo XX, facilitando una sólida elaboración del concepto de soberanía en el marco de las relaciones internacionales, aunque su auge se remonta al Tratado de Westfalia[34]. Indiscutiblemente un fiel expositor de esta concepción, lo fue DIONISIO ANZILOTTI, quien para 1905 decía que:"… la existencia de otros sujetos de derecho y obligaciones distintos de los Estados es inconcebible en Derecho Internacional…"[35]

---

[31] TORO JIMÉNEZ, Fermín., *Derecho Internacional Público*, 1ª Edición, Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp.453

[32] *Ídem Supra*, pp.454.

[33] DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Decimotercera Edición, España, 2002, pp. 215

[34] MIAJA DE LA MUELA, Antonio., *Introducción al Derecho Internacional Público*, Séptima de Edición, Madrid, 1979, Citado por, DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, Instituciones…*ob.cit*., pp. 216.

[35] Aunque para 1930 declaraba que: "es un error afirmar que solo los Estados pueden ser sujetos del Derecho Internacional". *Vid*, CARRILLO SALCEDO, Juan., *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura dinámica y funciones*, Editorial Tecnos, S.A, Madrid, 1994, pp.25 y

Estas convicciones eran las predominantes todavía en 1927, cuando la Corte Permanente de Justicia, en sentencia sobre el asunto "Lotus" (Francia vs. Turquía) afirmaba que: "… el Derecho Internacional rige las relaciones entre Estados independientes […] las reglas jurídicas que obligan a los Estados proceden de la voluntad de estos, voluntad manifestada en los Tratados o en los usos generalmente aceptados como principios de Derecho…"[36]. Esta posición reduccionista fue admitiendo ciertas excepciones en la dogmática teórica, con la aparición en el siglo XIX de unas estructuras internacionales que dieron origen a las organizaciones internacionales actuales, poniendo en evidencia la estrechez de esta construcción teórica [37].

Un respaldo al afianzamiento del Estado como sujeto único del Derecho Internacional Público, fue dado por las teorías de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno de los Estados, principalmente la Teoría Dualista, al separar ambos ordenamientos y consagrar al estado como único sujeto del Derecho Internacional[38].

En lo que se refiere al concepto jurídico y técnico de sujeto de derecho, el derecho internacional no se aleja de la tradicional Teoría de la Subjetividad Jurídica. Si nos afiliamos a las ideas de SOERENSEN, citadas por el Profesor PASTOR RIDRUEJO, es sujeto del Derecho Internacional Público quien sufre directamente responsabilidad por una conducta incompatible con la norma(si las infringen) y aquel que tiene legitimación directa para reclamar contra toda violación de la norma[39].

D´ESTÉFANO PISSANI, Miguel A., *Esquemas del Derecho Internacional Público*, Tomo I, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1975, pp. 195 y 196.

[36] Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Nº 10, pp. 18, Citado por CARRILLO SALCEDO, JUAN., *ob.cit*. pp.25.

[37] La primera Organización Internacional de la que se tiene conocimiento fue la *Administracion Generale de l´octroi de Navegacion du Rhin*, de acuerdo al Tratado de fecha 15 de agosto de 1804. *Vid,* DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel., *Instituciones*…, *ob.cit*., pp. 215.

[38] Dos son las principales teorías mediante las cuales se explica el nexo existente entre el orden jurídico interno y el internacional, estas son :

La teoría dualista: la cual postula que los órdenes jurídicos son distintos en su totalidad por su carácter y esfera de acción y que existen independientemente uno de los otros, como dos sistemas jurídicos autónomos que están solo en contacto.

La teoría monista: Vista en dos aristas, la primacía del derecho interno del Estado sobre el derecho internacional, exigiendo la incorporación de este último en el derecho interno para poder ser aplicado; y la primacía del derecho internacional, entendido como un sistema único respecto al derecho interno. *Vid*: BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho Internacional Público*, Universidad Autónoma de México, McGRAW-HILL/Ediciones S.A., Ciudad México, 1999.

[39] PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso*…*ob.cit*. pp.212.

Podemos observar que el tratadista identifica que no todos los entes beneficiados por una norma, o todos a los que una norma imponga una conducta, son sujetos del Derecho Internacional. Según el propio autor, es necesaria una legitimación activa para reclamar por incumplimiento del Derecho, o una responsabilidad pasiva para responder por tal incumplimiento, lo que nos muestra una categoría técnica de un acentuado matiz procesal.

Por su parte, CARRILLO SALCEDO, define como sujetos del Derecho Internacional: "…aquellas entidades que son destinatarias de las normas jurídicas internacionales, participan en su proceso de elaboración y tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o de incurrir en responsabilidad sin son ellos los que las infringen…"[40]. Así vemos como incorpora al concepto la necesidad de que el sujeto participe en la elaboración de la norma, elemento que junto al de ser destinatarios de las normas, completa y complementa las dimensiones activa y pasiva del sujeto en la generalidad, pues en especie, quedaba aclarado al referirse a la posibilidad de reclamación y responsabilidad.

Otros criterios son defendidos por distintos tratadistas; por ejemplo, DIEZ DE VELASCO opina que no basta con ser beneficiario de un derecho o estar afectado por una obligación, sino que se requiere una aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales o para ser responsable en el plano internacional en caso de violación de una obligación; (refiriéndose claramente a la capacidad) dando por sentado que: "… el contenido de la personalidad internacional en términos de capacidad, no es la misma en todos los sujetos, de modo que , no sería correcto negar la condición de sujeto del Derecho Internacional al individuo, basándose solo en su incapacidad para participar en los procesos de creación de las normas internacionales…"[41]

Haciendo uso de la relación de estos conceptos, subjetividad y capacidad, es acertado referirnos a diversas características de ambos, lo que nos puede ayudar a hacer más transparente el debate. Al referirse a la subjetividad jurídica internacional, el Prof. FERMÍN TORO JIMÉNEZ la define como: "… la titularidad que pueda tener un ente sobre determinados derechos y deberes jurídicos internacionales…", señalando además que

[40] CARRILLO SALCEDO, JUAN., *Curso…. ob.cit*. pp. 26
[41] DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones…*, *ob.cit*. pp. 216 y 217

como toda subjetividad, su característica más importante es la de ser absoluta, en el sentido de que un ser humano o un conjunto organizados de seres humanos es o no sujeto del Derecho, pero no puede ser sujeto a medias, no puede ser más o menos sujeto de derecho que otro[42].

Nos queda claro que esta acepción "absoluta" es referida a los Estados en sus relaciones interestatales, que a su vez se encuentra legitimada por el principio de Igualdad. En cambio, el Profesor admite que la subjetividad jurídica internacional tiene un carácter "subjetivo", por el contrario del Derecho Interno (objetiva), en el sentido de que es dependiente del reconocimiento que de ella efectúe un sujeto de Derecho Internacional, existiendo como sujeto solamente para aquel que lo haya reconocido. Esto se debe a que en el Derecho Internacional no existen normas jurídicas específicas que determinen quienes son sujetos para este Ordenamiento y qué requisitos debe cumplir para adquirir la subjetividad jurídica internacional.

Igual espíritu subjetivo identifica el Prof. MATTHIAS HERDEGEN, bajo la denominación de personalidad jurídica de Derecho Internacional "relativa ", como contraparte del antes mencionado carácter absoluto de la subjetividad jurídica internacional, el cual añade: "… tiene efecto respecto de todos los miembros de la Comunidad Internacional…" identificando el carácter relativo (en alusión a las Organizaciones Internacionales) "… en la dependencia de la personalidad jurídica, del reconocimiento en relación con los no miembros[…] lleva a que se le designe como personalidad de Derecho Internacional "relativa"…"[43]

Distinta de la subjetividad jurídica internacional es la capacidad de goce o jurídica internacional, entendida como "… la aptitud para ser titular de deberes y derechos jurídicos internacionales…"[44] A diferencia de la subjetividad jurídica internacional, la capacidad de goce jurídica internacional es "relativa", en el sentido de que los sujetos del Derecho Internacional Público pueden tener más o menos capacidad, en dependencia de la cantidad de derechos y deberes de los que es titular, lo que nos

[42] TORO JIMÉNEZ, Fermín., *Derecho Internacional*…, *ob.cit*., pp. 458
[43] HERDEGEN, Matthias., *Derecho Internacional Público*, Traducido por MARCELA ANZOLA Ll. M, 1ª Edición, Universidad Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México 2005, pp. 69
[44] TORO JIMÉNEZ, Fermín., *Derecho Internacional*…, *ob.cit*., pp.460

obliga a analizar las normas de Derecho Internacional para precisar el grado de capacidad de goce jurídica internacional de cada sujeto; además de aclarar que esa cantidad de deberes y derechos no afecta la calidad de la subjetividad internacional, pues varían según la naturaleza de los sujetos.

Si partimos del carácter relativo de la capacidad de goce internacional, podemos decir que la incapacidad en cuanto a limitación de la titularidad derechos y deberes jurídicos internacionales, es la regla, y la capacidad es la excepción; por lo tanto, no hay capacidad en el Derecho Internacional Público para los referidos sin texto que lo establezca[45].

Otro concepto de importancia es el de la capacidad de obrar jurídica internacional, entendida como la medida o grado de aptitud que tiene un sujeto de Derecho Internacional para ejercer por sí mismo, es decir, por actos de su propia voluntad , los deberes y derechos de los cuales es titular[46]. Esta es igualmente es relativa, en el sentido de que los sujetos del Derecho Internacional pueden tener mayor o menor capacidad.

Sobre esto es válida una aclaración, y es que la capacidad de obrar o de ejercicio, presupone la capacidad de goce en Derecho Internacional, pero la capacidad de goce jurídico internacional no presupone la capacidad de obrar jurídica internacional, pues un sujeto de Derecho Internacional puede ser titular de deberes y derechos, y sin embargo, puede no ejercerlos por sí mismos , sino por intermedio de otro sujeto que haga las veces de un representante para completar la eficacia de su voluntad.

En igual sentido, DIEZ DE VELASCO, realiza otra construcción teórica, relacionando los rasgos que integran la capacidad jurídica internacional[47]:

- Posibilidad de celebrar acuerdos regidos por el Derecho Internacional.
- Disponer de un cierto grado de "*ius representationis*"

[45] El autor realiza una clasificación de los deberes y derechos jurídicos internacionales que contenido de la capacidad de goce jurídica internacional, mencionando: Capacidad Negocial; Capacidad Delictual; Capacidad Procesal; derecho de legación y derecho a la guerra. Este último derecho fue restringido por el Pacto Briand –Kellog en 1928, en el Pacto Saavedra – Lamas, para América en 1933 y por la Carta de las Naciones Unidas. *Vid*, TORO JIMÉNEZ, Fermín., *Derecho Internacional*…, *ob.cit*., pp. 462-464.
[46] *Ibídem Supra*, pp.465.
[47] DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel., *Instituciones*…*ob.cit.* pp.217

- De acceder a instancias internacionales para reivindicar sus propios derechos por vía de reclamación internacional.
- De ejercer ciertas competencias atribuidas por normas internacionales.
- De incurrir en responsabilidad internacional
- Aplicar las reglas del "*ius in bello*" en caso de participación en un conflicto armado.

Respecto al carácter absoluto de la subjetividad y el relativo de la capacidad, tal posición parece no ser compartida por el Prof. PASTOR RIDRUEJO, al considerar que en el Derecho Internacional existen diversas categorías o niveles de subjetividad internacional , lo que fundamenta citando al Tribunal de la Haya, en su dictamen sobre reparación de los daños sufridos al Servicios de las Naciones Unidas, al decir: "…los sujetos de Derecho[…] no son necesariamente idénticos en cuanto su naturaleza o extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad..."[48]

La comunidad internacional aún sigue siendo regida por el Estado, quien puede ejercitar sus derechos en las jurisdicciones internacionales, siendo a su vez susceptible de responsabilidad internacional, permaneciendo como principal protagonista de la Sociedad Internacional. Sin embargo, diversos factores han cambiado la situación tradicional: la comunidad internacional se ha hecho universal, el ámbito de las materias reguladas por normas internacionales se ha expandido considerablemente; las actividades colectivas de los Estados han crecido extraordinariamente; y las Organizaciones Internacionales cuya proliferación es uno de los hechos más característico de las relaciones internacionales contemporáneas, influyen en la estructura y funcionamiento del Derecho Internacional .

Una muestra de ello nos los da la ya mencionada opinión Consultiva sobre el caso BERNADOTTE, al decir: "…El desarrollo del derecho internacional, en el curso de la historia, se ha visto influido por las exigencias de la vida internacional, y el crecimiento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ha hecho ya surgir ejemplos de

[48] Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, en ocasión de la demanda de reparación presentada por la Naciones Unidas debido al asesinato del Negociador de la ONU CONDE BERNADOTTE en el territorio de Jerusalén controlado por Israel (1948). Corte Internacional de Justicia, *Recueil*, 1949, pp. 177 y 178, Citado por PASTOR RIDRUEJO, *Curso… ob.cit*., pp. 213.

acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados…"[49]

Tal planteamiento tiene su reflejo en el desarrollo que ha adquirido el Derecho Internacional Contemporáneo, resultante de las necesidades de la Sociedad Internacional, el cual ha ampliado las funciones de su Sistema Jurídico y las Relaciones Internacionales, hoy con un enfatizado carácter económico, que ha mostrado su incidencia en la subjetividad jurídica internacional.

Igualmente la práctica convencional ha admitido que existen sujetos del Derecho Internacional distintos de los Estados. El Art. 3 de la Convención de Viena del 23 de marzo de 1969, sobre Derechos de Tratados, se refiere a los acuerdos celebrados entre Estados y otros sujetos del Derecho Internacional. Del mismo modo, la Comisión de Derecho Internacional, preparó la codificación respecto a los Tratados concluidos entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada en la Convención de Viena del 21 de marzo de 1986.

En síntesis, se pone de manifiesto un cierto declive de los Estados Nacionales, que al decir del profesor CARRILLO SALCEDO: "… son demasiados grandes respecto a muchos problemas de la vida cotidiana y demasiados pequeños, paradójicamente, con relación a las grandes cuestiones globales que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto…"[50]

Esto en parte se fundamenta en el hecho de que los rígidos planteamientos de la doctrina dualista, fueron superadas por las Constituciones de los propios Estados y además de admitir la jurisprudencia internacional que un tratado puede crear derechos y obligaciones para los particulares, si tal es la intención de los Estados partes[51]. De ahí que hoy se reconozca, junto a la subjetividad internacional del Estado, la de las Organizaciones Internacionales, y se fundamente la subjetividad internacional de los particulares, personas físicas o jurídicas[52].

---

[49] *Ídem Supra.*
[50] CARRILLO SALCEDO, Juan, *Curso de*…, *ob.cit*., pp. 26
[51] Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, Nº 15, pp. 17-18, Citado por PASTOR RIDRUEJO. José A., *Curso…*, *ob.cit., pp*. 211.
[52] *Ídem Supra,* pp. 212.

1.3 Tratamiento del Individuo como Sujeto del Derecho internacional. Tendencias y nuevos enfoques.

La doctrina iusinternacionalista todavía ocupa no pocos espacios dirimiendo la posibilidad de que las personas privadas "*uti singuli*", los individuos, sean o no sujetos del Derecho Internacional. No existe un consenso al respecto, criterios diversos dibujan el prisma doctrinal, desde los que lo consideran objeto del DI, hasta los que defienden que son los únicos sujetos verdaderos del ordenamiento internacional, sin abandonar los criterios de una subjetividad restringida, casi mayoritaria en la actualidad.

Sin embargo, el tema de la subjetividad internacional del individuo no debe estudiarse, desde el ámbito teórico, descontextualizada de la Subjetividad Jurídica Internacional de manera general, dado que existe una relación de causalidad que el devenir histórico fue impregnando en cada una de las etapas del DI. Así, el desarrollo de la subjetividad internacional del Estado, fue condicionando la evolución de la subjetividad jurídica de otros entes (incluido la del individuo) en la medida que cedía su imperio, como sujeto por excelencia de un DI que rige una sociedad internacional todavía constituida por un sistema de yuxtaposición estatal (ya no tan rígido).

Es por ello que muchas tendencias jurídicas que en su momento histórico resultaron decisiva en la consolidación del Estado como sujeto del DI, nos muestran a su vez el desarrollo de la subjetividad internacional del individuo, una vez que se determina en su contenido el tratamiento dado a éste. Resulta de obligada referencia, la influencia que tuvo el positivismo clásico como tendencia negadora de la subjetividad internacional del individuo; teniendo su expresión en las ya mencionadas teorías monistas y dualistas en cuanto a la relación del DI con el Derecho Interno, pues para la dualista, de mayor influencia en el desarrollo del DI, el individuo era considerado objeto del DI[53]; y en el caso de la monista, posición detractora de la autonomía del DI, las conductas

[53] Esta tesis del hombre-objeto del DI, fue desarrollada también por HEILBORN en 1896, donde aludía que el hombre era un objeto del DI al igual que las aeronaves o navíos. *Vid*, NOVAK, Fabián Y GARCÍA-CORROCHANO, Luis*, Derecho Internacional Público*, T.II, Vol.2, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Relaciones Internacionales, Lima, 2002, pp.214. Citado por, PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo, "El individuo como sujeto de Derecho Internacional. Análisis de la dimensión activa de la Subjetividad Jurídica Internacional del Individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, México, 2008, pp.599-642.

individuales eran internacionalmente irrelevantes[54]. Estas corrientes teóricas, fueron también incididas por varias posiciones doctrinales fueron desde el apoyo a su planteamiento hasta la negación del mismo[55]:

No obstante, el estudio de la subjetividad jurídica internacional del individuo, va más allá de todo discurso teórico, que no pocas veces, enturbia la imperiosa necesidad del Derecho Objetivo de determinar la real existencia o no, de algún sujeto de derecho al cuál reconocer determinadas facultades. Es válido señalar que no existe en la doctrina una corriente dominante; son ideas, conceptos, que no tienen del todo una base teórica-

[54] Respecto a las Teorías Dualistas y Monistas, *Vid, Supra*, pp. 9, Nota 38.

[55] Dentro de las doctrinas planteadas sobre la subjetividad del individuo o su tratamiento en el DIP, encontramos :

- Posición doctrinal clásica: En la teoría iusnaturalista de GROCCIO, el ser humano es un punto focal de todo el derecho, incluyendo el derecho internacional o "derecho de las naciones". Los sucesores de GROCCIO, en especial VATTEL, hicieron énfasis en el Estado como titular de derechos y obligaciones internacionales, en el ámbito de validez del derecho natural. En su Teoría del DI, los individuos no son considerados como sujetos directos del "derecho de naciones". VATTEL postula una dicotomía entre el derecho natural el cual gobierna al individuo en el derecho nacional, y el "derecho de las naciones" el cual igualmente deriva del derecho natural, pero se aplica sólo a los Estados en sus relaciones mutuas, siendo el individuo objeto y no sujeto. Esta dicotomía constituye una premisa importante en la influyente doctrina del positivismo legal de HOBBES, BENTHAM, AUSTIN Y HART.
- Posición Kelseniana: La Teoría Pura del Derecho de KELSEN, vincula la noción de sujeto de Derecho Internacional con el ámbito de validez personal de la norma jurídica internacional; lo cual implica que se obtendrá esta subjetividad si poseen derechos y obligaciones jurídicas internacionales directas. Es suficiente que una norma jurídica prevea una conducta suya como contenido de un derecho o de una obligación. El punto de partida de la Teoría de KELSEN es el ser humano, más que el Estado, considerando como sujeto de derecho internacional al individuo (u otra entidad) que sea destinatario directo o indirecto de dicho orden jurídico. Sin embargo admite que en la mayoría de los casos ese supuesto no se da, toda vez que el DI se refiere directamente a entidades tales como los Estados u organizaciones Internacionales. A su vez, los ordenamientos de tales entidades se refieren de manera directa a los individuos, que entonces son regidos por el DI de manera indirecta. La subjetividad jurídica internacional del individuo sería una excepción.
- Teoría de la Responsabilidad Internacional del Individuo: Los seguidores de esta Teoría consideran sujetos de DI a todo aquél que se encuentra en una de las dos posibilidades: a) La titularidad de un derecho, y a la vez la posibilidad de hacerlo valer mediante reclamación internacional; b) la titularidad de una obligación jurídica internacional y la capacidad de ser sujeto pasivo de reclamación ante un tribunal internacional. En tal sentido, según esta teoría, la posesión por una entidad de la titularidad de modo efectivo de un derecho o de una obligación en el contexto internacional, origina la calificación como sujeto de derecho internacional; la subjetividad y la responsabilidad internacional del individuo estarían así vinculadas.
- Teoría del destinatario directo y efectivo de un derecho o de una obligación internacional: Según esta teoría la calidad de sujeto del derecho internacional (lo que incluye al individuo) no depende de la cantidad de derechos y obligaciones internacionales, si el individuo es titular de uno de estos derechos u obligaciones internacionales, será sujeto de DI. De igual manera, aluden que la subjetividad no está determinada por el tipo de derechos u obligación que se posea, debido a la pluralidad de sujetos del DI. En cuanto a la efectividad coincide con la postura anterior, en exigir que el titular del derecho u obligación lo sea de manera efectiva. La diferencia radica en que exige que el titular del derecho u obligación internacional (en este caso el individuo) lo sea también de manera directa.

Respecto a estas teorías. *Vid*, PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo, "*El individuo*…, *ob.cit*., pp. 602

práctica sólida, pero que pueden ser proyecciones de instituciones de la subjetividad futura.

Un análisis de la subjetividad internacional del individuo lleva como referencia obligada, un estudio de sus bases, de las primeras normas y hechos que fundamentaron la necesidad de la presencia del individuo en el teatro internacional, lo que nos conlleva a la exploración de algunos aspectos históricos-legislativos. Al referirnos a los cambios que en razón de esta arista ha mostrado el DI, vemos que éste ha sufrido desde inicios del siglo XX un doble proceso de humanización y socialización progresiva[56], añadiendo a las funciones tradicionales, la de velar por los intereses de los individuos y de los pueblos[57].

En esta etapa se dio la convergencia de dos inquietudes, por un lado, la postura a favor de la protección de los derechos humanos, y por otro, la desaprobación de los métodos y medios de preparación de la guerra y su conducción[58]. Así, podemos identificar durante el transcurso del siglo XIX y XX las primeras Convenciones de Derecho Internacional Humanitario, pioneras en expresar la preocupación internacional por la suerte de los seres humanos en conflictos armados, reconociendo al individuo como beneficiario directo de las obligaciones convencionales estatales, mencionando la Convención de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en campaña del 22de agosto de 1864; la Convención de la Haya del 29 de Julio de 1899 y su Reglamento; la Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre del 18 de octubre de 1907 y su reglamento; y por supuesto, insustituibles en su labor, los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949[59]

---

[56] Otros como CARRILLO SALCEDO, consideran la Institucionalización como tercer proceso de gran incidencia, que ya se venía fraguando en la Comunidad Internacional desde la Sociedad de Naciones.

[57] Al desarrollo de esta nueva función han contribuido las Organizaciones Internacionales como instancias de cooperación institucionalizadas a disposición de los Estados, en orden a la creación de técnicas de protección de derechos individuales y grupales a través de órganos específicos de garantía y control.

[58] La irrupción de prácticas como la intervención por causas humanitarias o la protección de las minorías, son actos que identifican el nacimiento de esta etapa.

[59] Destacando de ellos por su aporte a la subjetividad internacional del individuo, el III Convenio, Art. 14 (respeto a la persona de los prisioneros) y el Art. 78 (Quejas de los prisioneros de guerra a causa del régimen de cautiverio); Convenio IV, Titulo III (Estatuto y trato de las personas protegidas). *Vid*, *Los*

Igual importancia tuvo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, en especial alusión a la Convención sobre Genocidio, del 9 de Diciembre de 1948; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967[60], el Tratado de Londres del 8 de agosto de 1945, que crea el Tribunal Militar internacional para juzgar a los criminales de guerra; La Declaración Universal de Derechos del Hombre, del 10 de Diciembre de 1948; las Convenciones sobre Derechos Humanos de Roma del 4 de Noviembre de 1950 y de San José, Costa Rica , del 22 de Noviembre de 1969; entre otros instrumentos del DI que igualmente toman al individuo como titular directo o indirecto de derechos y obligaciones internacionales y que en conjunto con estos, serán analizados más adelante.

Estos instrumentos internacionales, motivados por las circunstancias históricas de las cuales no pueden desprenderse, nos ilustran las transformaciones que por este periodo ha recibido el DI y que en voz de esa "humanización del derecho de gente" han originado un reconocimiento de cierto grado de subjetividad jurídica internacional del individuo, en virtud de las distintas obligaciones y derechos que directa o indirectamente le son reconocidas, dotándolo de cierta capacidad jurídica que siempre varia acorde al contenido de cada unos de los instrumentos mediante los cuales se reconoce, pero que siempre dotan de cierta capacidad de obrar, facultades, derechos subjetivos, que en su realización materializan la subjetividad jurídica internacional del individuo.

Esta capacidad de actuar a la que hacía alusión el Profesor DIEZ DE VELASCO[61] está fundamentada en la realidad de que el individuo, no puede ser reconocido, en el estado actual de la evolución de la sociedad y del orden internacional, como sujeto pleno del Derecho Internacional General, si bien en el Derecho Internacional particular de determinadas organizaciones internacionales, donde se definen algunos fuertes asideros que permitan sostener la idea de la subjetividad internacional del individuo en sentido amplio.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja-Publicaciones, Ginebra, 1986.

[60] Igual trascendencia han tenido el resto de las normativas en materia de Asilo y Refugio, solamente hacemos alusión a la Convención del 51 y su Protocolo del 67, como pionera en la proyección internacional en pos del individuo.

[61] *Vid*, *Supra,* Epígrafe 1.2, pp.9

Ello depende de la influencia que pueda tener el Derecho de estas Organizaciones Internacionales, en la evolución del Derecho Internacional en General. Esto no es contraproducente con el hecho de que en la actualidad, y en virtud de ese Derecho Internacional particular, al individuo se le haya reconocido la titularidad de ciertos derechos y obligaciones internacionales y excepcionalmente, una cierta capacidad para hacer valer esos derechos ante órganos internacionales.

Es notable que todo este proceso de institucionalización, humanización y socialización del DI, tiene como punto de partida, el carácter personalista de las normas internacionales, que con excepción de las de carácter administrativo, tienen como finalidad, beneficiar directa o indirectamente al ser humano. El profesor CHARLES VISSCHER ha distinguido perfectamente ambas perspectivas al propósito de la subjetividad internacional del individuo, al decir: "La concepción personalista no implica […] la adhesión actual a las doctrinas que tienden a hacer del individuo un sujeto directo del orden internacional. Es ésta una situación enteramente contingente, depende del grado de eficacia que podría revestir la acción del individuo, aislada de la del Estado y éste es un punto sobre el que no conviene hacerse demasiadas ilusiones..."[62].

No se debe malinterpretar la concepción personalista, lo que se invoca es el lugar supremo del interés humano en el orden de los valores, identificar un punto de convergencia donde los Estados asienten la colaboración mutua, como principio necesario en el curso de las relaciones internacionales actuales, no menos imperativo por volutivo, civilizador y de alcance necesario.

Más interesante todavía resulta la solidez que en su fundamentación ha presentado este redimensionamiento de la subjetividad internacional, al tener como precedente, esenciales normas de *Ius Cogens*, normas consuetudinarias imperativas que han jugado una doble finalidad, servir como fuente de derecho en la elaboración de las anteriores normas convencionales, y como normas auto aplicativas en pos de la defensa universal de estos derechos.

[62] De VISSCHER, Charles, *Théorie*s…, *ob.cit*., pp.162, Citado por PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de…ob.cit*. , pp.213.

Resulta idóneo terminar esta idea, citando las palabras de otro de los indispensable en el DI del Siglo XX, el Prof. JULIO D GONZÁLEZ CAMPO, al plantear que: "… si bien las normas sobre protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales atribuyen derechos frente al Estado (al individuo)[63] así como la posibilidad limitada de reclamar su cumplimiento ante instancias internacionales, su capacidad sólo se extiende en esencia a este ámbito de materia; no participando en la creación de las normas que protegen a las personas humanas[64], aunque tanto los individuos como las agrupaciones de individuos velan por su desarrollo y cumplimiento[…] se trata también de una subjetividad limitada en el momento actual, aunque el respeto a la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes constituyan un punto de convergencia entre Estados…"[65]

Analizados todos estos elementos que influyen en las posiciones que definen los aspectos necesarios para que un individuo sea considerado sujeto del DI, afiliarnos a una posición de manera absoluta (científicamente), resulta de una alta complejidad dada la diversidad de los criterios. Aún así, y sin llegar a los excesos de la escuela sociológica francesa[66], pienso que en el caso de los individuos, para que le sea reconocida subjetividad jurídica internacional, será necesario un aspecto objetivo, consistente en la regulación de los derechos y obligaciones que le son reconocidos (titularidad) en el ámbito internacional, en el contenido de algún texto convencional (Tratado) firmado por Estados o por entidades cuyo poder provenga de los Estados. Y un aspecto subjetivo (esencia de la categoría) necesario para materializar estos derechos, que es el reconocimiento de los Estados.

Al momento de determinar el contenido obligacional a regular, se debe apostar por construir una subjetividad jurídica del individuo plena, es decir, que le sean reconocidos

[63] La aclaración es del autor.
[64] Soy del criterio que la no participación del individuo en la elaboración de las normas internacionales que lo habilitan como sujeto de derecho del DI, no afecta su subjetividad, pues ésta puede ser resultado de un reconocimiento expreso por parte de los Estados, facultad innegable al sujeto por excelencia del DIP
[65] GONZÁLEZ CAMPO, Julio D, *et al*, *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pp. 16.
[66] En su reacción contra las tesis monistas y dualistas, no admiten otro sujeto del DI que los individuos. (SCELLA, POLITIS). *Víd*, BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín., *Filosofía del Derecho Internacional. Iusfilosofía y Politosofía de la Sociedad Mundial,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, Disponible en http://www.bibliojuridica.org

tanto la posibilidad de ejercitar y defender sus derechos ante instancias internacionales, como responder por el incumplimiento de sus obligaciones ante éstas mismas instancias.

1.4 Normas jurídicas internacionales aplicables al individuo. Acceso a las instancias internacionales: Subjetividad activa y pasiva.

Aceptado que los procesos de humanización y socialización del Derecho Internacional, nos han legado normas que tienen como beneficiario directo a los individuos, es necesario distinguir que en un análisis de la subjetividad jurídica internacional:"… la circunstancias de ser beneficiario directo de esas normas, no convierte de *ipso facto* al individuo en sujeto del DI, tampoco se le puede reducir por ello a la condición de mero objeto de este orden jurídico…",[67] además es oportuno volver sobre la diferencia entre beneficiario de normas jurídicas y sujeto del DI, pues "…la circunstancias de ser beneficiario de una norma, no implica sin más el poder reclamar por su violación y es[…] tal posibilidad de reclamación la que determina tal subjetividad internacional activa…"[68]

En principio, si un Estado comete un hecho ilícito internacional en perjuicio de un individuo que no ostenta su nacionalidad, persona física o jurídica, ello no varía la regla general de no acceso del individuo a las instancias internacionales, es decir, no habilita al perjudicado para entablar reclamación directa en la esfera internacional contra el Estado infractor. El respaldo a esta regla, ha sido consagrado jurídicamente en el Estatuto de la Corte de Justicia Internacional al vedar el acceso del individuo al proceso contencioso, disponiendo en su Art. 34.1 que sólo los Estados podrán ser parte en los casos que conozca dicho Tribunal, igual efecto se declara para la vía consultiva según su art. 65. [69]

En estas circunstancias, el individuo afectado debe recurrir la violación por las vías establecidas en el Derecho Interno del Estado infractor, y en el caso de no satisfacer su pretensión, acudir al Estado de su nacionalidad para que sea este quien reclame. En

[67] DIEZ DE VELASCO, Manuel., *Instituciones…ob.cit*., pp.251.
[68] PASTOR RIDRUEJO, José A, *Curso de Derecho Internacional…ob.cit*. pp.215.
[69] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php.

este caso, estaríamos en presencia de una protección diplomática, mecanismo estatal mediante el cual, según Opinión Consultiva de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional: "… el Estado hace valer […] el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional…"[70] Es una institución cuyo ejercicio depende de consideraciones de oportunidad política, encontrándose limitada a la discrecionalidad del Estado del individuo afectado, que de no acudir en su defensa , lo dejaría en un estado de desprotección y sin recurso alguno ante las instancias internacionales, por lo que aún como posible último recurso, ya vemos que en la protección diplomática la responsabilidad internacional está configurada en una relación de Estado a Estado.

Citando a VERDROSS: "… la mediatización de los hombres por los Estados a que pertenecen tiene […] como consecuencia el que los individuos no puedan según el DI común, hacer valer por sí mismos un derecho ante un órgano internacional y tenga que reservar este recurso a la apreciación de su Estado, cesando sus posibilidades jurídicas individuales en las instancias supremas de un Estado…"[71]

Sin embargo, este principio ha ido mostrando sus fisuras, resultantes de ese proceso de institucionalización al que hace alusión el Prof. CARRILLO SALCEDO, donde se han podido articular un conjunto de reglas, fórmulas convencionales que posibilitan en casos concretos, el *"locus standi"* o derecho de acceso del particular a las instancias internacionales bien jurisdiccionales, de arbitraje o a determinados órganos específicos de garantía y control en materia de protección de los derechos humanos. Tales fórmulas y cauces permiten hablar con fundamento de una subjetividad limitada del individuo dentro del marco convencional (aspecto objetivo).

Para el análisis de acceso del individuo a las instancias internacionales, iniciemos haciendo alusión a los órganos de carácter judicial[72]. En la generalidad, existieron precedentes importantes como el de la XII Convención de la Haya del 18 de octubre de

[70] Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Nº 2, pp. 12, Citado por PASTOR RIDRUEJO, José A, *Curso*…, *ob.cit*., pp. 215.
[71] Citado por GONZÁLEZ CAMPO, Julio D, *et al, Curso*…, *ob.cit*., pp. 30
[72] Seguiremos en estas líneas el esquema del Profesor DIEZ DE VELASCO, VALLEJO, Manuel., *Instituciones…, ob.cit.,* pp. 252-253.

1907 en el que se creó un Tribunal Internacional de Presas[73] y el Tribunal de Justicia Centroamericano que admitía acceso de los individuos que hubiesen agotado el recurso interno del Estado interpelado[74].

Al concluir la 1ª Guerra Mundial encontramos los Tratados de Paz, en los cuales se crearon tribunales arbítrales mixtos con competencias para dirimir ciertas controversias entre particulares y los Estados ex – enemigos[75]. Tras la segunda Guerra mundial, se pueden mencionar el Tribunal Supremo de restituciones y la Comisión Arbitral sobre los bienes, derechos e intereses en Alemania creados por la Convención de París de 1954 sobre el arreglo de las cuestiones derivadas de la guerra y la ocupación; en igual sentido el Tribunal Arbitral creado por el tratado germano-austriaco de 1957[76].

La práctica internacional muestra como ejemplo de acceso de los individuos a las instancias internacionales, al Sistema Europeo de protección de los derechos humanos, inicialmente instaurado con el Convenio Europeo de los derechos del hombre, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que tras su Protocolo XI , con la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, permitió a los particulares acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano principal del sistema de protección[77]. No obstante, en la actualidad es posible el acceso del individuo al Tribunal Supremo Europeo, en casi todas las materias susceptibles de litigar.

Por su parte, en el caso del derecho comunitario andino, las personas naturales pueden iniciar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones actos procesales como la acción de nulidad; acción por incumplimiento, recurso por omisión o inactividad y la función arbitral[78].

---

[73] Ante el cual podía establecerse recurso por parte de una potencia neutral o de un particular perteneciente a la potencia neutral o beligerante (Art.4). Nunca entró en vigor a falta de ratificaciones. *Vid,* BARBERIS, Julio., *Los…, ob.cit.,* pp. 166

[74] Convención de Washington del 20 de diciembre de 1907.El tribunal nunca llegó a entrar en el fondo de las cinco reclamaciones individuales que le fueron presentadas, al considerar en todas ellas la inadmisibilidad de las mismas. *Idem Supra.*

[75] En 1919 se firmaron el Tratado de Versalles el 18 de junio; Tratado de Saint Germain el 10 de septiembre; Tratado de Neuilly el 27 de noviembre de 1919. Igualmente el Tratado de Trianón del 4 de junio de 1920 y el Tratado de Lausana de 1923.

[76] BARBERIS, Julio, *Los sujetos…ob.cit*. pp.166.

[77] Entró en vigor el 1º de noviembre de 1998. Fue perfeccionado por el Protocolo XIV (abierto a la firma el 13 de mayo del 2004) que establece un mecanismo para filtrar las demandas individuales.

[78] Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, modificado por el Protocolo

Incompleto resultaría este análisis de los órganos de carácter judicial, si no hiciéramos alusión al sistema de protección interamericano, que según lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos(CADH)[79], se estructura en torno a dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos(CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos(Corte IDH). Dentro de las tres fórmulas o sistemas de control utilizados por la Convención[80], el sistema de control por excelencia es el examen de las Denuncias Individuales; dicho procedimiento se inicia exclusivamente con una denuncia introducida ante la Comisión Interamericana contra uno de los Estados firmantes del Pacto de San José[81].

Los criterios que permiten la intervención de la Corte IDH en un segundo momento de este procedimiento son restrictivos, pues el Estado denunciado deberá reconocerle competencia expresa; anteriormente se añadía la dificultad de que sólo podían presentar demanda la Comisión y los Estados, por lo que el individuo no era sujeto legitimado para instar a la Corte, dirigiendo sus actuaciones a través de la Comisión. El cuarto Reglamento de la Corte IDH, reconoció al individuo demandante como sujeto de derecho internacional de los derechos humanos con capacidad jurídico-procesal, es decir, su participación plena en todas las etapas del proceso de manera autónoma (*locus standi in judicio*), con excepción de la demanda.

En cuanto a los órganos de carácter no judicial, la práctica internacional ha demostrado la capacidad procesal de los individuos para poner a funcionar determinados órganos específicos de ciertas organizaciones internacionales, mecanismos convencionales y extra convencionales de salvaguarda de los derechos humanos, de la ONU o de algunos de sus organismos especializados. Debemos

---

Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), Trujillo, 10 de marzo de 1996, artículos 19, 25,37 y 38 respectivamente. *Vid*, PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo, "El individuo como sujeto de Derecho Internacional. Análisis de la dimensión activa de la Subjetividad Jurídica Internacional del Individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, México, 2008, pp. 18. Disponible en: http://www.bibliojuridica.org.

[79] Convención Americana de Derecho Humanos, Pacto de San José, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

[80] La Convención prevé tres sistemas: Sistema de Informes periódicos presentados por los Estados, el Sistema de denuncias Interestatales y el Sistema de Denuncias Individuales. DIEZ DE VELASCO, Manuel., *Instituciones… ob.cit*. pp.247.

[81] Para la protección interamericana de los derechos humanos, *Vid*, DIEZ DE VELASCO, Manuel., *Instituciones…, ob.cit*., pp. 585

aprovechar en nuestra valoración como precedente, el derecho de petición de las minorías nacionales en el marco de la Sociedad de Naciones, con las comunicaciones sustanciadas por cualquiera de los Estados miembros, o por las peticiones realizadas por sus propios miembros.

Dentro de los mecanismos convencionales, existen algunos donde los individuos o grupos de individuos, están habilitados para presentar sus reclamaciones por presuntas violaciones de los derechos consagrados en los propios textos convencionales, ante ciertos órganos, dígase: Comité para la eliminación de la discriminación racial[82]; el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, creado por el Protocolo Facultativo de la Convención[83] ; el Comité contra la tortura[84]; y el Comité de Derechos Humanos, igualmente creado en su Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, de 1966. De reciente entrada en vigor, el Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares[85] y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas[86], ambas con cláusulas especiales para admitir comunicaciones individuales.

Cada una de estas instancias, requiere de determinadas condiciones para su ejercicio, aspecto imposible de desarrollar en este marco. Constituyen procedimientos contradictorios, limitados una vez más por el consentimiento de los correspondientes Estados, por lo que a tales efectos se asemejan a la protección diplomática, al lastre de los individuos.

En cuanto a los mecanismos extra convencionales, se han establecidos algunos procedimientos, sin base en convenios específicos (de ahí su nombre), sino en virtud de algunas resoluciones del Consejo Económico y Social de la ONU, para estudiar las diferentes situaciones de violación de los derechos humanos.

---

[82] Art. 14 Convención contra toda forma de recriminación racial, del 21 de diciembre de 1966.
[83] Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del 18 de diciembre de 1979 y su Protocolo Facultativo del 6 de octubre de 1999
[84] Art. 22 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 10 de diciembre de 1984.
[85] Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios del 18 de diciembre de 1990, entrando en vigor el 1 de julio del 2003.
[86] Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, del 23 de septiembre del 2005

Cabe citar como ejemplo los "procedimientos públicos especiales" de la Resolución 1235 del ECOSOC[87] y la Resolución 1503[88] de igual órgano, que perfeccionaría el sistema de recepción de quejas individuales, producto de los crímenes del apartheid y las violaciones al Convenio IV de Ginebra de 1947 contra la población civil de los territorios ocupados por Israel.

Ya en alusión a la subjetividad pasiva del individuo, en principio, no hay obstáculo para considerar al individuo como sujeto de una conducta que represente en sí misma un hecho internacionalmente ilícito. Al respecto es válida la distinción kelseniana entre individuo-sujeto del hecho ilícito y el sujeto de la responsabilidad internacional, pues aún cuando el individuo puede infringir una regla jurídica internacional con obligaciones a su cargo, en la mayoría de las circunstancias, no será responsable por ello en el plano internacional. Sólo excepcionalmente el acto ilícito internacional del individuo puede suscitar su responsabilidad directa en este plano, en razón de la índole y gravedad del acto[89].

En la generalidad, de los llamados delitos contra el derecho de gentes (*delicta iuris gentium*): piratería, trata de personas, tráfico de drogas, terrorismo, etc., las sanciones aplicables a los responsables, provienen de las normas del Derecho Interno y a través de la jurisdicción nacional, siempre en consonancias con las obligaciones jurídico-internacionales asumidas por el Estado, mediante los Tratados, Convenios, cuyo fin no es otro que una eficaz represión de los actos en cuestión. Sin embargo, ninguno de éstos, trascenderá al Derecho Internacional, por lo que podremos identificarlos acorde a las reglas del DI y en el contenido de aquellas normas convencionales que regulan la cooperación de los Estados para enfrentar estos actos (Derecho Penal Internacional).

---

[87] Resolución 1235(XLII) del ECOSOC del 6 de junio de 1967. Disponible en http://www.dip.uah.es/Documentos/SisONU/Res1235.doc

[88] Resolución 1503(XLVIII) del ECOSOC del 27 de mayo de 1970. Establecía un mecanismo de estudio de aquellas comunicaciones que indicaran una situación persistente de violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Comisión de Derechos Humanos analizaría la situación del país para verificar si corresponde a un cuadro persistente de violación de los derechos humanos. Citada por GARRETÓN, Roberto, "La protección internacional de los derechos humanos. El sistema universal", *XX Curso Interdisciplinario "Rodolfo E Piza Escalante*", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2002, pp. 167.

[89] RUILOBA, E., "Consideraciones sobre el concepto y elementos del acto ilícito en Derecho Internacional", Symbolae García Arias, Zaragoza, 1974, pp. 381-405. Citado por DIEZ DE VELASCO, Manuel., *Instituciones…ob.cit*. pp.254.

No obstante, la capacidad del individuo de responder ante el quebrantamiento de una norma internacional, va a tener su expresión idónea respecto a la dimensión pasiva de la subjetividad del individuo, en la medida en que se pueda incriminar ante un órgano internacional de justicia, por un delito previamente tipificado por una norma internacional, anterior a la comisión del delito (Derecho Internacional Penal).

El principio de que los individuos, en particular los funcionarios del estado, puedan ser responsables con arreglo al Derecho Internacional se estableció después de la Segunda Guerra Mundial. Este formó parte del estatuto de Londres de 1945 en virtud del cual se estableció el Tribunal Militar de *Nuremberg*[90], del cual tomó nota la Asamblea General de Naciones Unidas, al reconocer en resolución, la responsabilidad penal del individuo en el ámbito internacional[91].

De igual forma sirvió de base a la evolución más reciente del Derecho Internacional Penal, específicamente en los casos de los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y por último, no menos importante, el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

La responsabilidad internacional del individuo tuvo un marcado avance al adoptarse en el 17 de julio de 1998, en Roma , el Estatuto de la Corte Penal Internacional[92]; dándose así, un paso decisivo para establecer una jurisdicción penal internacional, de carácter permanente, para enjuiciar y sancionar a los individuos responsables de "… los

[90] Tribunal Militar Internacional, encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra de los países del eje europeo. Londres, 8 de agosto de 1945.

[91] Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946. Ver también la resolución 177(II) por la encargó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los Principios de Derecho internacional reconocidos en los Estatutos y sentencias del Tribunal de *Nuremberg* (Principios de *Nuremberg*), reconociendo entre ellos la responsabilidad penal del individuo en el ámbito internacional.
Posteriormente este principio fue recogido en diversos instrumentos de carácter internacional como la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio; La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; los Principios de Cooperación Internacional de la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad ; Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes. Disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_extrad_sp.htm

[92] Entro en vigor el 1º de julio del 2002.

crímenes mas graves de trascendencia internacional…"[93], declarándose competente (*ratione materiae*) para juzgar los crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra.

Antes ya hemos defendido el carácter restringido del la subjetividad internacional del individuo al ámbito de los derechos humanos, ahora, en un análisis de su dimensión pasiva nuestro criterio ha sido fortalecido. Si buscamos identificar la verdadera subjetividad internacional "pasiva" del individuo, me parece que debemos detenernos sobre aquellos actos ilícitos del Derecho Internacional Penal, que desde los intereses del orden público internacional, son "restringidos" a las figuras tipificadas en los Estatutos de la Corte Penal Internacional (agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra)[94] por los que deben responder los individuos ante la CPI.

No debemos dejarnos confundir por los actos ilícitos que son de interés de la Comunidad Internacional en virtud de su trascendencia para la protección de la humanidad, pues son juzgados por los Estados de los individuos que lo perpetúan (ante quien verdaderamente responden como sujeto de Derecho Interno) y no por un órgano de justicia internacional permanente. No desconocemos el principio "*aut dedere aut iudicare*" traducido en el principio de complementariedad admitido por la Corte, al contrario, consideramos que desde el momento en que la Corte se concibe con carácter subsidiario respecto a las Cortes Nacionales (sin conceder primacías a las Cortes nacionales) para estos delito específicos, lo interpretamos como un acto de reconocimiento de la necesidad de la Comunidad Internacional de protegerse de estos crímenes, que laceran los más elementales derechos humanos.

1.5 Del Individuo a las Personas Jurídicas. Distinciones, definiciones y correlación.

La referencia a la persona jurídica en la doctrina iusinternacionalista, no es menos compleja que la teoría de la persona natural o física, si partimos del carácter institucional que tipifican a los órganos en la Comunidad Internacional, con difícil

[93] Art. 1. Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional. Disponible en http://www.un.org/spanish/law/icc/ -19k.

[94] Artículos 5 al 8, respectivamente, Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional. En el caso del delito de agresión, la Corte no ejercerá su competencia en tanto no se apruebe una disposición en que se defina y se enuncien las condiciones en que lo hará.

relevancia para una persona natural dentro de la estructura de la Sociedad Internacional. Podríamos hacer alusión, a las Organizaciones Internacionales de naturaleza interestatal, las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales (ONG) y las personas jurídicas de finalidad económica que actúan en el terreno internacional[95]; pero teniendo en cuenta el objetivo de este trabajo, la subjetividad jurídica, podemos restringir nuestra clasificación a las dos últimas acepciones, pues en el caso de las Organizaciones Internacionales de carácter interestatal su subjetividad jurídica es indiscutible, con gran proliferación en el Derecho Internacional Contemporáneo y en lo que respecta al individuo, su diferencias como sujeto son claras.

En el caso de las ONG, definidas como: "… organizaciones integradas por asociaciones, fundaciones e instituciones privadas, fruto de la iniciativa privada o mixta, con exclusión de todo acuerdo intergubernamental, constituidas de manera duradera, espontánea y libre por personas privadas o públicas, físicas o jurídicas, de diferentes nacionalidades, que, expresando una solidaridad transnacional, persiguen sin interés de lucro un objetivo de interés internacional y han sido creadas de conformidad con el Derecho Internacional de un Estado…"[96], sabemos que han ganado su espacio dentro de la comunidad internacional, al punto de alcanzar con frecuencia un estatuto consultivo ante organizaciones de naturaleza interestatal, por su colaboración en algunas áreas del DI con interés mayoritario para la Comunidad Internacional, tal es el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja. No obstante la regla general respecto a las ONG, sigue siendo que "…las organizaciones no creadas por un pacto entre Estados, carecen de la condición de sujetos del DI, lo que, de ninguna manera, significa minimizar el papel sociológico que, en cuantos grupos de presión, pueden desempeñar fuera de los límites del Estado en que nacieron…"[97]

---

[95] Esta dos últimas, coinciden con las aportadas por el Prof. DIEZ DE VELASCO en su estudio sobre la subjetividad jurídica internacional sobre el individuo. *Vid,* DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones del*…, *ob.cit*., pp.255.

[96] SOBRINO HEREDIA, José M, "La determinación de la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales: Contribución del Consejo de Europa", *REDI*, nº 1, 1990, pp. 101-124, Citado por, DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones*…, *ob.cit*., pp. 255.

[97] MIAJA DE LA MUELA, Antonio, "El Derecho Internacional de las Sociedades multinacionales", *Anuario de Derecho Internacional* (Navarra), II, 1975, pp.169-277. Citado por, DIEZ DE VELASCO, Manuel., *Instituciones…, ob.cit.*, pp.255.

Indiscutiblemente estamos en presencia de un clásico "actor" de las relaciones internacionales en consonancia con lo hemos planteado al inicio de este capitulo, haciendo énfasis en que éstas ONG muestran una fuerte influencia no solo en las tendencias de las relaciones en que se desarrolla la comunidad internacional, sino también en el contenido de las normas que la regirán. No se debe pasar por alto su rol como grupos de presión dentro de los sistemas políticos de los Estados, que en las circunstancias actuales de globalización, su nivel de incidencia traspasa las fronteras de las naciones para influir en la sociedad internacional. No obstante, se descarta su posible subjetividad jurídica internacional, y su distinción respecto a los individuos es evidente.

Tras lo antes dicho y siguiendo el hilo que nos imponen los objetivos de esta investigación, solo nos queda analizar la figura de las personas jurídicas de finalidad económica, ente de "candidatura controvertida" a la condición de sujeto del DI, pero antes, son necesarias algunas aclaraciones terminológicas. En primer lugar, al referirnos a las personas jurídicas de fin económico, lo haremos estrictamente en alusión a las empresas privadas(o en función privada) de carácter internacional (Trasnacionales, Multinacionales[98]), pues son éstas las que en la práctica internacional moderna, son incluidas dentro del término "individuo", aún cuando no sean el contenido de lo que inicialmente la teoría política y la iusfilosófica concibió como tal, lo que nos lleva a la segunda aclaración terminológica, sobre qué entender como individuo.

El significado del término varía en la medida en que se descontextualice históricamente, no obstante su acepción moderna responde a un fenómeno interesante incluido dentro de la teoría y evolución de la subjetividad jurídica internacional. El individuo como término, fruto de las corrientes burguesas y el iusnaturalismo del siglo XVIII y XIX, fue el sujeto sobre el que el que se enarbolaron los derechos y libertades fundamentales que las luchas clasistas defendían como principal conquista de entonces; el surgimiento de los derechos del hombre fueron el punto de partida de ese personalismo, humanismo, lógicamente individualismo, que caracterizaría la expresión y proyección de los que se

[98] En lo adelante mencionaremos las Multinacionales como concepción general. No obviamos las diferencias de conceptos respecto a las trasnacionales, solo que en virtud de que ambos interactúan en el DI bajo la concepción de individuo y en pos de la economía del espacio y un mejor entendimiento, subsumimos ambos conceptos en éste término.

nombrarían posteriormente derechos humanos, en la manera que se fueran desarrollando y consagrando en los Instrumentos Internacionales, pero siempre bajo de la concepción de una relación jurídica entre los particulares(ciudadanos) y el poder estatal .

Con el conocido proceso de internacionalización de los derechos humanos (a partir de 1950), y paralelamente con los procesos de socialización y humanización del Derecho Internacional[99], aquella percepción de la titularidad en sentido privatista comienza a no ser tan clara y evidente entró en crisis, surgiendo a la par un nuevo proceso de expansión de los derechos humanos: el proceso de especificación[100]. En ningún momento se había puesto en duda quienes eran lo titulares de los derechos humanos, era un punto claro tanto en la doctrina como en las declaraciones de principios que los enarbolaron, no podía ser otro que el individuo. La realidad era que los recientes procesos sufridos por el Derecho Internacional (internacionalización de los derechos humanos, socialización y humanización del DI) legaron para éste y para el Derecho en general, transformaciones en el contenido de sus instituciones, haciéndose frecuente leer sobre los cambios en su contenido competencional. Sin embargo, junto con esta expansión de las competencias del Derecho Internacional, también llegaron los cambios en los sujetos de los Derechos Humanos, afectados por ésta crisis de la titularidad privatista de los derechos fundamentales; en este sentido al decir de NORBERTO BOBBIO: "… vemos como frente a la idea del hombre como sujeto abstracto de esta relación jurídica, fue haciéndose cada vez más necesario poner de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta, ¿que individuo?, ¿que ciudadano?..."[101] El problema que plantea la aceptación de la titularidad de los derechos fundamentales a favor de las personas jurídicas no representa sólo un conflicto jurídico formal, de carácter técnico, al parecer comporta también una revisión profunda de la concepción misma que de éstos derechos se tienen.

---

[99] A mi criterio, tres aristas teóricas de las consecuencias de un mismo fenómeno general, el nacimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

[100] DABOVE, María Isolina, "Personas Jurídicas Públicas: ¿Titulares de Derecho Humanos? Algunas reflexiones desde el la Filosofía del Derecho en España". Disponible en http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/770/575.

[101] BOBBIO, Norberto., *El tiempo de los derechos*, Traducción de Rafael de ASÍS ROIG, Sistema, Madrid, 1991, pp. 105 y ss.

La modernidad ha ido consagrando éstas concepciones sobre los individuos, respaldándose en el innegable auge de las formas asociativas de éstos para enfrentar las relaciones económicas internacionales. Sin embargo, el *status* para ésta concepción del individuo bajo los ojos de la subjetividad jurídica internacional, no ha cambiado, los cambios solamente evolucionaron al interior del individuo como categoría jurídica, no como sujeto de derecho.

No negamos la existencia de determinados derechos humanos que fundamentan la asociación de las personas para enfrentar las relaciones internacionales, ya que una vez constituido como persona jurídica tampoco han sido obviadas por el DI .El propio DIP admite bajo la noción de "individuo" la participación de personas naturales y jurídicas en determinados actos y procesos jurídicos para los que se le ha reconocido determinada subjetividad internacional, pero como hemos mencionado, siempre bajo el imperio de un interés superior para la Comunidad Internacional, como son las cuestiones específicas que hemos mencionado en materia de derechos humanos.

Ahora, una valoración extensiva de ese interés superior como fundamento para exigir en cabeza de personas jurídicas privadas, los derechos humanos y libertades concebidas para el individuo, en la condición que distingue el adjetivo de sus derechos (humano); o una interpretación extensiva de éstos derechos humanos en defensa de estas personas jurídicas de fin económico, son muestra del uso difuso que intencionalmente ha recibido el término jurídico, en especial relación con éstas personas jurídicas de fin económico

Inducimos el tema de la subjetividad jurídica internacional del individuo en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, para hacer alusión a las multinacionales, oligopolios resultantes de lo que MARX denominó "concentración" y "centralización" del capital[102], que han ganado en incidencia en la Comunidad Internacional, por lo que resulta inevitable analizar los criterios sobre su posible subjetividad jurídica internacional.

Sobre tal aspecto, los criterios resultan tan divididos como escasos, suele negársele la subjetividad internacional (mayoría de criterio), aunque no faltan autores que por el

[102] D´ESTÉFANO PISSANI, Miguel A, *Esquemas*…*ob.cit*., pp. 214

carácter frecuentemente híbrido entre lo público y lo privado de sus fines y actividades, su eventual asociación con los Gobiernos para efectuar operaciones económicas mixtas o sobre la base de los acuerdos o contratos que designan, entre otras fuentes de regulación, al Derecho Internacional[103]; consideran a las multinacionales como sujetos de nuevo tipo en el DI. Entre ellos podemos encontrar al Prof. SEPÚLVEDA, quien considera que"…las trasnacionales se incorporarán inevitablemente, al catálogo de los sujetos del DI […] fuera del imperio de los Estados…"[104]

Muchas de éstas posturas encuentran su fundamento en la posibilidad de las multinacionales de recurrir ante instancias internacionales, en virtud de Tratados de materia económica, principalmente de Inversiones, resaltando dentro de ellos los APPRIs, tratados bilaterales que hacen factible el acceso del individuo a jurisdicciones internacionales, algunas especializadas en la materia. El del Convenio de Washington del 18 de Marzo de 1965 [105](en lo adelante Convenio), fue el Tratado Internacional que dio pie a la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), organización internacional de carácter público, iniciativa del Banco Mundial, que bajo el fundamento de mejorar la atmósfera de confianza mutua entre el Inversionista y el Estado receptor, ha constituido la instancia internacional de mayor preferencia por parte de las naciones con mayor práctica litigante en estos asuntos.

Este instrumento internacional, reconoció como jurisdicción del CIADI solamente las diferencias existentes entre un Estado parte del Convenio y un "inversor" nacional de otro Estado parte, por lo que teniendo en cuenta el preámbulo del Convenio (Tercer y Cuarto párrafo) y el art. 1.2 del mismo, donde se consagra el CIADI como mecanismo de solución de conflicto alternativo, vemos que ésta declaración de jurisdicción subjetiviza al inversionista como sujeto directo de ésta relación procesal, reconociendo su acceso directo ante instancia internacional pública, el "*iuris standi*" muchas veces

[103] Según el Prof. D´ESTÉFANO, estas posiciones tuvieron su apertura en el discurso de internacionalistas occidentales como JESSUP, SCHWARZENBERGER, FRIEDMAN, MCDOUGAL, etc. *Vid*, *Ídem Supra* pp. 214 y 215.

[104] PERROUX, François., *Las Empresas Trasnacionales y el nuevo orden económico del mundo,* Traducido por RANGEL COUTO, HUGO, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, Disponible en http://www.bibliojuridica.org

[105] Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Firmado en Washington el 18 de marzo de 1965, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. Disponible en http://www.worlbank.org/icsid.

anhelado por los individuos en otros mecanismo internacionales como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el CIADI, volveremos más adelante.

No obstante, coincido con el Prof. CARRILLO SALCEDO, cuando plantea que: "…no hay que desorbitar el alcance de estos datos, pues se trata de una práctica fragmentaria y en todo caso, de una subjetividad internacional limitada, muy distinta a la de los Estados…"[106] ; práctica que por demás ha tenido la respuesta de muchos Estados reacios a admitir las relaciones de igualdad con las multinacionales, que en la mayoría de las ocasiones obstaculizan y mediatizan su soberanía política, económica y sobre los recursos naturales. Ejemplo de ellos resultó el fracaso del primer intento de consolidación del propio CIADI, el 10 de septiembre de 1964 en la Reunión Anual del Banco en Tokio, quedando en la historia como el "NO de Tokio"; o nos ilustra igualmente el rechazo mundial hacia el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) prospecto orden jurídico sustantivo del CIADI, caracterizado como la Declaración de los Derechos del Capital, sobre el que nos referiremos más adelante.

Los Estados en sus relaciones económicas internacionales, al regular las actividades económicas de las multinacionales, sus actos no se han dirigido hacia el reconocimiento de su subjetividad jurídica internacional, sino que han adoptado normas de cooperación entre los Estados, como los llamados Códigos de Conducta u otras normas reguladoras de las competencias soberanas de los Estados, tal es el caso de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados[107], o las propuestas realizadas por la OMC, donde se han fomentado normativas negociadas exclusivamente por Estados, con sistemas de solución de conflictos únicamente para ellos. Un ejemplo de ellos han sido los TRIMs, acuerdos a los que haremos posteriormente referencia.

[106] CARRILLO SALCEDO, Juan, *Curso de Derecho Internacional Público*…, *ob.cit*., pp. 36
[107] *Vid,* Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados. Adoptada en la Resolución 3281(XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 1974, Capitulo II "Derechos y Deberes Económicos de los Estados", Art.2.2 inciso a) y b). Disponible en http://www.bibliojuridica.org

Capítulo II: Algunos elementos esenciales del contenido de los APPRIs que subjetivizan al inversionista. Praxis cubana.

2.1 Los APPRIs. Evolución. Definición. Contenido y efectos jurídicos: Una introducción necesaria.

2.1.1 Evolución y marco de desarrollo de los APPRIs.

La aparición y evolución de los APPRIs ha sido un proceso resultante tanto de los avances tecnológicos como de la liberalización del Comercio Mundial. La libertad de comercio, la libertad de Inversión de capital y la libertad de establecimiento de empresas en países extranjeros, han sido los fundamentos filosóficos que han sustentado a la Globalización, como principal categoría de incidencia en la economía internacional actual.

La expansión y consolidación de las Inversiones Extranjeras, como mecanismos de oxigenación de las economías emergentes y países en vía de desarrollo, fue el resultado de la aplicación de estos fundamentos filosóficos, esencia misma de la naturaleza de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)[108] y otros instrumentos, cuyas ventajas y desventajas se reflejan en las crisis y auges de los flujos de inversión y de la economía de mercado actual, en general.[109]

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, el mundo quedó bajo la influencia de un Sistema Bipolar que serviría de caldo de cultivo para el restablecimiento de las

[108] Los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) es la denominación general con que se han identificado todos aquellos instrumentos en materia de Inversión extranjeras que han sido creados y expandidos en la comunidad internacional tanto bilateral, regional , subregional e interregional. Podemos identificar entre ellos los Tratados de Doble imposición, los Capítulos de Inversiones incluidos en los Tratados de Libre Comercio, los Acuerdos de Inversiones y Comercio preferencial así como los Tratados Bilaterales de Inversión, también denominados Acuerdos Bilaterales de Inversión o Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones. El Términos TBI o *BIT´s* (por sus siglas en inglés) es la de nominación utilizada por la tradición anglosajona; así como los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones (APPRI), es utilizado por la doctrina del Sistema Romano-Germánico-Francés. *Vid,* ALTOZANO, Hermenegildo., "La Protección de las Inversiones Extranjeras: los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones vs. el Acuerdo Multilateral de Inversiones", *Publicado en el Nº 31/2005 de la COLECCION JURIDICA, edición electrónica de la UNJC* (Unión Nacional de Juristas de Cuba). Disponible en http:///www.vlex.com/vid/50035576

[109] Un análisis del comportamiento de las Inversiones Extranjeras a escala global, nos refleja su directa proporcionalidad con el auge de los AII. Véase en el Anexo 1 y 2, el auge de las IED de los 90 en correlación con igual década de oro para los AII, igualmente los periodos de crisis de los 80, 2000 y actualidad.

Economías de los países participantes en el suceso bélico y de aquellos no participantes sobre los que hubo influencias directas. En el periodo de la Guerra Fría los países que protagonizaban una rivalidad moderada por la presencia del bloque socialista, una vez desaparecido éste, acentuarían esa competencia en busca de una periferia que le otorgara poder para recomponer su capacidad competitiva, dado lo cual tuvieron que buscar nuevos conceptos que garantizasen la nueva distribución de estos mercados, así como la desregularización superior del mercado interno más favorable a la viabilización del capital[110].

Estas economías en apertura identificaron a las Inversiones Extranjeras Directas (IED) como vía de expansión comercial en busca de recuperar esa capacidad competitiva. Algunos de ellas dieron un giro en su política económica exterior llegando a transformar sus modelos de desarrollo económico y abandonar sus economías cerradas, para apostar por estos procesos de apertura económica, desregulación de los mercados y control del déficit público[111]. Otros simplemente establecieron nuevas normas de inversiones o flexibilizaron las ya existentes como respuesta a la inevitable necesidad de crear un ambiente económico y jurídico que resulte atraíble para los inversionistas, en virtud de la seguridad jurídica, siempre exigida para poder "recibir" los beneplácitos efectos de ser receptor de capital extranjero.

En la actualidad existe el debate acerca de la existencia un proteccionismo en las políticas nacionales, pero la realidad refleja todavía una mayor apertura a las IED. La encuesta anual de la UNCTAD sobre los cambios introducidos en las leyes y reglamentos nacionales que podrían influir en la entrada y las operaciones de las Empresas Trasnacionales (ETN) indica que los políticos y dirigentes siguen procurando hacer más atractivo el clima para las inversiones. En el 2007, de los más de 100 cambios normativos que según la UNCTAD podrían influir en la IED, 74 tenían por objeto mejorar las condiciones para la IED en el país receptor. No obstante, se puede

[110] COLECTIVO DE AUTORES, *Comercio Mundial: ¿Incentivo o Freno para el Desarrollo?,* Segunda Edición, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2006, pp. 214
[111] Tal es el caso de México, seguidor de las concepciones de la CEPAL, *Idem Supra*, pp. 216

apreciar en los últimos años un aumento en la proporción de cambios menos favorables a la IED[112].

Sin embargo la búsqueda de este "clima para la inversión"[113] ha sido el sustento de todo una sucesión de actos políticos, legislativos y económicos en pos de garantizar la "seguridad jurídica" de los inversionistas extranjeros, práctica que se inició desde mediados del siglo XX y dentro de los cuales encontramos los antecedentes directos de los APPRIs.

Un análisis retrospectivo nos lleva en un primer momento a los "Tratados de Amistad, Comercio y Navegación" (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties*), admitidos por la doctrina internacional como el antecedente más cercano de de los TBI[114]. Según la Dra. FERNÁNDEZ DE GURMENDI: "…hasta la primera Guerra Mundial el objetivo principal de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación; con el correr del tiempo se procuró asimismo promover las inversiones en el extranjero mediante la inclusión en los tratados de ciertas reglas de tratamiento de los inversores de ambas partes contratantes…"[115]. De esta forma, se inicia una larga batalla tanto diplomática, política como jurídica por expandir e imponer al inversionista (inicialmente) como un "actor" de especial atención por el Derecho Internacional.

No obstante, desde finales del siglo XVIII encontramos Tratados Bilaterales de Comercio que aunque no se referían exclusivamente a la regulación de las Inversiones

---

[112] *Vid*, Anexo Nº 3: Cambios reglamentarios nacionales, 1992-2007, Fuente: Base de datos de la UNCTAD sobre leyes y reglamentos nacionales, Disponible en http://www.unctad.org/iia

[113] El Banco Mundial, en su Informe sobre el Desarrollo Mundial 2005 definió como *clima para la Inversión*: "… el conjunto de factores propios de cada lugar, que forjan las oportunidades y los incentivos para que las empresas (totalidad de los agentes económicos privados) inviertan en forma productiva, generen empleo y crezcan. Las políticas y la actuación de los Gobiernos ejercen una gran influencia en el clima para la inversión, por su impacto en los costos, los riesgos y las barreras a la competencia…", *Vid*, Informe sobre el desarrollo Mundial, Panorama General, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Disponible en http:// www.worldbank.org, pp.19

[114] Estos instrumentos fueron suscriptos esencialmente durante la posguerra y hasta finales de la década del 60 por los Estados Unidos de América, Japón –en menor medida- y por algunas naciones de Europa Occidental, *Víd*, GRANATO, Leonardo., *Protección al Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Tesis en Opción del Titulo de Master en Derecho de Integración Económica, Escuela de Postgrado Ciudad Argentina, Universidad del Salvador, 2005, pp. 9, Disponible en www.eumed.net/libros/2006b/lg/1c.htm - 74k.

[115] FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A., "Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras" en *Relaciones Internacionales*, Publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, Nº 3, noviembre de 1992, p. 67. Citado por: GRANATO, Leonardo., *Protección al Inversor Extranjero… ob.cit*. , pp. 9

Extranjeras, si contenían importantes disposiciones respecto a la propiedad, (aspecto esencial y finalidad mediata a transformar por estos instrumentos internacionales,) así como de otras actividades en el territorio de un Estado por nacionales de otros Estado[116].

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió un nuevo mecanismo de protección al inversionista, consistente en un nuevo genero de Tratados en materia de Inversión, que apuntaban a la admisión internacional de un sistema de seguro contra "riesgos no-comerciales"[117]. En estos tratados, el sujeto asegurador lo constituye el Estado exportador de capital, quien asegura a sus propios inversionistas en otros Estados, mediante un mecanismo de garantía que se perfecciona cuando el Estado receptor del capital, reconoce los pagos realizados por el Estado asegurador para el caso de afectaciones por algún "riesgo no-comercial"; aceptando a su vez que tal inversor ceda todos los derechos y reclamos que hubiese podido hacer en virtud de los posibles daños en sus inversiones a favor del Estado asegurador.

La doctrina clásica ha defendido que los Estados en sus relaciones económicas internacionales deberían de cumplir un "estándar mínimo de tratamiento", lo que no pocas veces sirvió de fundamento para aludir por parte de los inversionistas el ilícito internacional en la actuación de algunos Estados.

Sin embargo, nunca existió una determinación conceptual que definiera el contenido de este "estándar mínimo", situación que hizo factible los excesos de países exportadores de capital en su política económica respecto a los países en vía de desarrollo, provocando el desarrollo de políticas proteccionistas, tales como la "Doctrina Drago" donde se consideraba ilícito el uso de las fuerzas en las relaciones económicas internacionales, específicamente en el cobro forzoso de las deudas públicas; al igual

[116] Para un análisis de la naturaleza de los AII respecto al derecho de propiedad, *Vid*, REGUEIRO BELLO, Lourdes Maria, "Inversiones, núcleo duro del ALCA", en *Cuadernos de Nuestra América*, Nº 33, Vol. XVII, enero-junio/2004, pp. 10.

[117] Generalmente se consideran dentro de estos riesgos no comerciales: la expropiación, la nacionalización, los daños debidos a conflictos armados, la imposibilidad de transferencia y la inconvertibilidad de la moneda por disposición administrativa interna. De todas formas, es un marco abierto pues las circunstancias pueden variar según las características de las partes firmantes. Otros autores los denominan "riesgos políticos", término que nos evitaremos utilizar al no incluir en su naturaleza algunas de las causales reconocidas por muchos Tratados Bilaterales de Inversión, como los desastres naturales

que la “Doctrina Calvo” por la que se considera que el tratamiento al inversor extranjero debe equipararse totalmente al nacional, exigiendo del inversionista la renuncia a la protección diplomática del Estado de la nacionalidad que tuviere[118]. Estas posiciones en el Derecho internos de algunos Estados, agudizó los enfrentamientos entre inversionistas y estados receptores, lo que no pocas veces terminó en conflictos políticos entre las dos naciones involucradas.

Existe el precedente de las expropiaciones mexicanas de 1938, que suscitarían las tensiones con los EUA, ante la cual la entonces Corte Permanente Internacional de Justicia consolidaría la formula “*Hull*” (compensación pronta, justa y equitativa)[119], política que seguirían posteriormente los Estados industrializados y que sería inconado punto de debate en la década de los sesenta y setenta en el marco de las Naciones Unidas.

Fue este espacio en el que se inició la lucha por la plena soberanía y jurisdicción sobre los recursos naturales[120], en el que se defendió también la “utilidad pública” como justificante a las expropiaciones, la necesidad de determinar el derecho aplicable y la jurisdicción competente (nacional-judicial o internacional-arbitral) en la solución de disputas inversionistas *vs.* Estados; así como la naturaleza de los contratos celebrados, entre otros temas[121].

Los países en vía de desarrollo lograrían el cumplimiento de sus pretensiones y su reconocimiento en varios instrumentos multilaterales[122], destacándose el caso de la

---

[118] HALAJCZUK, Bohdan T. y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público,* Tercera Edición, Editora EDIAR S.A., Buenos Aires, 1999, pp. 203-208

[119] Es el Caso *Usina Chorzov,* donde se determinó que las indemnizaciones en caso de expropiación, se realizaría atendiendo al valor comercial del bien, abarcando dicha indemnización no sólo el monto de los daños sufridos, sino también el monto del lucro cesante.
Esta decisión se resumía en la fórmula “compensación pronta, justa y adecuada” y fue adoptada por los Estados Unidos al exigir a México el cobro de los derechos derivados de la expropiación de los yacimientos petrolíferos. Este criterio por el que se equiparaba a la expropiación como un acto internacionalmente ilícito fue posteriormente conocido como la “fórmula Hull”, remembrando a CORDELL HULL, Secretario de Estado Norteamericano durante la expropiación petrolera en México. *Vid*, TORO JIMÉNEZ, Fermín., *El Proceso de Expropiación e Indemnizaciones en Cuba*, Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano, Ediciones CORREGIDOR, Argentina, 1999.

[120] En plena oposición a la aplicación de la compensación “pronta, justa y equitativa” y el no consentimiento de su uso por la práctica internacional.

[121] HALAJCZUK, Bohdan T. y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho…, ob.cit. ,* pp. 212

[122] Antecedieron a estos instrumentos la Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 en su Art. 1.2 (libre determinación de los pueblos), así como el Pacto de los Internacional

Resolución 1803 (XVII) AG por la que se reconoce la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y su independencia económica; la Resolución 3201 (S-VI) AG, también conocida como la "Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional" (derecho a la nacionalización y a la transferencia de propiedad a sus nacionales) y la Resolución 3281(XXIX) AG " Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados"[123].

La necesidad de fortalecer sus economías y la insuficiencia de recursos económicos, llevó a éstos países en desarrollo a iniciar una excepcional y selectiva cesión sobre parte de los derechos conquistados, con la finalidad de atraer capitales. Así, a inicios de los años ochenta, dentro de los que se conoció como "carrera hacia el fondo"[124], se inició todo un proceso de firmas y expansión de Convenios Bilaterales[125], por los que los Estados importadores de capitales confieren importantes garantías de protección a las inversiones extranjeras, protección que en la mayoría de las ocasiones es mayor a la que se concede a las inversiones de sus propios nacionales[126]. Se universalizan así los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI o *BIT´s*) Al respecto, el tratadista argentino RUBÉN TEMPONE señala:

---

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por las Naciones Unidas a través de la Resolución 2200 A (XXI) de fecha 16 de diciembre de 1966. Art. 1.2.3.

[123] Se ha identificado esta normativa como los Códigos de Conducta establecidos para las empresas multinacionales, por parte de los Estados en un sistema de cooperación. *Vid Supra, Epígrafe 1.5.*

[124] El término se utilizó como designación a la competencia que desarrollaron muchos países en vías de desarrollo para desregularizar las inversiones en pos de hacerse más atractivas a las Inversiones Extranjeras. *Vid,* MORA JIMÉNEZ, Henry., "Los Acuerdos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio: De vuelta al AMI". *Economía Mundial y América Latina. Tendencias, Problemas y Desafíos,* Universidad Nacional Heredia, Costa Rica, 2005, pp.285 Disponible en http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/reyno/reyno.html

[125] Impulsados por países industrializados, principalmente Estados Unidos de América, en plena implementación del Consenso de Washington con sus diez recomendaciones, presentadas por JOHN WILLIAMSON en 1990 para el progreso de las economías emergentes, destacándose entre ellas la liberalización del comercio; de las Inversiones Extranjeras Directas (acceso); la privatización; Desregularización y Garantías de los derechos de propiedad. Este cambio hacia América Latina, debe ubicarse en secuencia con otras políticas como Destino Manifiesto, el Panamericanismo, Buena Vecindad, Alianza para el Progreso e Iniciativa para la Cuenca del Caribe, entre otros Proyectos de marcada incidencia sin espacios para comentar acá. *Vid*, FERNÁNDEZ TABÍO, Luis René., "La Economía en la Política de los Estados Unidos hacía América Latina y el Caribe, del Consenso de Washington a los Acuerdo de Libre Comercio", *Cuadernos Nuestra América,* Nº 39-40, Vol. XX enero- diciembre, 2007.

[126] *Vid*, Anexo Nº 4: Número de tratados bilaterales de inversión y tratados de doble tributación concertados; cifras anuales y acumuladas de 1998 a junio de 2008, Fuente: Base de Datos de la UNCTAD sobre AII. Disponible en www.unctad.org/iia

"…Es interesante tener en cuenta que los países en vías de desarrollo, a pesar de la posición común mantenida en los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptaron posiciones divergentes cuando actuaron individualmente. Así, casi al mismo tiempo que esos debates tenían lugar, accedieron a la celebración de tratados bilaterales de protección de inversiones que incluían, precisamente, los contenidos que férreamente habían rechazado…"[127]

Siguiendo el hilo histórico, paralelamente han surgido varias propuestas de programas multilaterales con garantías internacionales para las inversiones (en verdad para los inversionistas), bajo el fundamento de armonizar las normas internas y externas y reforzar la promoción de las inversiones extranjeras, como factor esencial en los programas de desarrollo.

El primer intento de establecer un marco multilateral de protección de la inversión se produjo durante la negociación del proyecto de Carta de La Habana de 1948, que debía dar origen a la Organización Internacional del Comercio (OIC). Aunque la Carta hizo sobre todo referencia a cuestiones comerciales, los Estados Unidos propusieron que se incluyera alguna cláusula que ofreciera a la inversión extranjera distintos tipos de protección; al no ser aprobada la Carta, gran parte de su contenido comercial fue incorporado al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés).

Si embargo el más popular de los intentos multilaterales fue el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), iniciativa que se empezó a negociar en mayo de 1995 en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), impulsada por los Estados Unidos de América, quien defendió la idea de que su discusión fuera en la OCDE y no en la flamante OMC[128]. Hay que tener en cuenta que los Estados Unidos, venía de lograr el TLCAN (NAFTA por sus siglas en Inglés) en su región, donde había impuesto su modelo de acuerdo y se proyectaba por incluir en el AMI el mismo modelo

[127] TEMPONE, Rubén Eduardo., *Protección de Inversiones Extranjeras*, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2003, pp. 22.

[128] Con más de 170 países miembros en aquel entonces.

perfeccionado[129]. Todos los esfuerzos fueron en balde, pues tras prorrogarse su discusión en 1997 hasta 1998, finalmente su propuesta fue rechazada.

En el ámbito de la ya mencionada Organización Mundial del Comercio, no se han alcanzado hasta la fecha avances significativos. Cierto es que ha intensificado los esfuerzos por profundizar en las disposiciones del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (*TRIMs*-por sus siglas en inglés) adoptado en la Ronda de Uruguay, y, sobre todo, por extender su ámbito de aplicación al conjunto de las inversiones extranjeras. Sin embargo, desde la Conferencia de Cancún se ha evidenciado la falta de consenso entre los miembros de la OMC en esta materia[130].

Existen otros ejemplos que han tenido mejor suerte y que quizás no a toda capacidad, también han regulado el sistema de protección a los inversionistas extranjeros; recordemos el ya mencionado Acuerdo de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), Los Protocolos de Colonia y Buenos Aires para la Promoción y Protección de Inversiones firmados por los Estados partes del MERCOSUR[131], las Decisiones Nº 292

[129] De ahí que muchos tratadistas lo denominaran un TLCAN-plus, aunque no pocos politólogos lo han denominado "La Declaración de los Derechos del Capital". Iguales intenciones manifiestas se llevaron en el fallido ALCA, donde el Capitulo de las Inversiones suscitó no pocos debates debido a su semejanza respecto al TLCAN en sus intentos por perfeccionar el cuerpo de derechos y protecciones a los inversionistas. El texto del ALCA revela que los gobiernos tratan de nuevo de expandir las reglas sobre inversión de TLCAN, ahora a través del ALCA, principalmente con la cláusula de "inversionista y estado", punto que quedó entre corchetes al no gozar del consenso oficial de todos los Gobiernos. *Vid,* ALIANZA SOCIAL CONTINENTAL "El Proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas, un TLCAN plus", Disponible en http://wwwwww.asc-hsa.org

[130] En la Conferencia Ministerial de Doha (Qatar), celebrada por la OMC en 2001, se acordó que después de la Quinta Conferencia Ministerial, que se celebraría en Cancún (México) en 2003, se entablarían negociaciones para establecer un acuerdo referente a la inversión sobre la base de una decisión que habría de adoptarse, por consenso expreso, en esa Conferencia sobre las modalidades de las negociaciones. Sin embargo, no pudo llegarse a un consenso debido a las divergencias de intereses en las negociaciones sobre la inversión y en otras esferas, y por consiguiente se decidió en agosto de 2004 dejar de plantearse esta cuestión en el marco del programa de Doha. Vid, UNCTAD, " Regulación Internacional de la Inversión: Balance, retos y caminos a seguir", *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo,* Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008, pp.26, Disponible en http://www.unctad.org/iia

[131] Nos referimos al Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (en adelante llamado "Protocolo de Colonia"), suscripto en Colonia del Sacramento el 17 de enero de 1994 y por otra parte, con mejor suerte, el Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR ("Protocolo de Buenos Aires"), suscripto en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994, fue ratificado por Argentina (Ley 24.554 de 1995), Paraguay (Ley 593 de 1995) y Uruguay (Ley 17.531 de 2002). *Vid*, GRANATO, Leonardo., *Aportes para la protección y defensa del inversor extranjero en el MERCOSUR*, Edición Electrónica, Disponible en http://www.eumed.net/libros/2006b/lg/.

y 291 del año 1991 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)[132], las propuestas Europeas (La Carta Europea de la Energía[133]). Otras instituciones como el Banco Mundial (con la Agencia de Garantía Multilateral de Inversiones (MIGA-Inglés)) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) también desarrollaron sus propuestas, entre otros.

Es dentro de este marco internacional que se han venido desarrollando los Tratados Bilaterales de Inversión, aunque su práctica logró un mayor desarrollo en la última década del siglo XX, denotándose un leve decrecimiento desde el 2001 hasta finales el 2006 con una realza en el año en curso[134] .Datos actuales reflejan que hasta Junio del 2008 existían 2.619 Tratados Bilaterales de Inversión[135]

El primer TBI se registró entre la República Federal de Alemania y la República Islámica de Pakistán, el 25 de Noviembre de 1959, de esta forma Alemania fue gradualmente seguida por otros países europeos, hasta que en la década de 1970 la conclusión de estos convenios se convirtió "…en una política deliberada de los países exportadores de capital, los cuales suscribieron decenas de ellos, fundamentalmente con países de África y Asia…"[136].

A partir de los años 80, con la consagración del liberalismo político y económico, la red de estos instrumentos bilaterales se amplió a los países de Europa del Centro y del

---

[132] Actualmente se encuentran vigentes en la CAN las Decisiones Nº 291/91 (Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías) y Nº 292/91 (Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas). Sus antecedentes son: la Decisión Nº 24 de 1970 y el Código de Inversiones Extranjeras sancionado en 1971 por la Comisión del Pacto Andino. *Vid*, SBERT, Héctor., "Las Inversiones Extranjeras en América Latina y la Integración Regional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 1/2001, Disponible en http://www.reei.org/reei2/reei2.html

[133] En la reunión del Consejo Europeo de Dublín, en junio de 1990, el Primer Ministro de los Países Bajos sugirió que se instaurase la cooperación en el sector de la energía con los países de Europa Oriental y de la antigua Unión Soviética. En 1991 se propuso la idea de una Carta Europea de la Energía. Las negociaciones al respecto se iniciaron en Bruselas, en julio de 1991, y concluyeron con la firma de un documento final, en La Haya, el 17 de diciembre de 1991. *Vid,* Carta Europea de la Energía, en Sitio Oficial de la Comunidad Europea, Disponible en http://www.europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l27028.htm - 27k

[134] *Vid,* Anexo Nº 4: Número de tratados bilaterales de inversión y tratados de doble tributación concertados; cifras anuales y acumuladas de 1998 a junio de 2008.

[135] Iguales datos aportan que existen hasta esa fecha 2.759 Tratados de Doble Tributación y 259 acuerdos de libre comercio y otros de cooperación económica que contenían disposiciones sobre inversión, lo que arroja un total cercano a los 5.700. La mayoría de estos tratados están vigentes. *Vid*, Anexo 4: Número de tratados bilaterales de inversión y tratados de doble tributación concertados; cifras anuales y acumuladas de 1998 a junio de 2008.

[136] FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A., *Los Convenios Bilaterales..., ob.cit*., p. 68

Este y los del Sudeste Asiático. Finalmente en la década de los 90 se añadieron a la larga lista de países firmantes de Tratados de Inversión, los países latinoamericanos, con especial mención a Argentina, Uruguay, Bolivia, Venezuela, Chile y Cuba[137], quienes históricamente se habían negado a firmarlos en virtud de la Doctrina Calvo y los reiterados abusos de los países exportadores de capital en sus relaciones económicas internacionales[138].

No obstante, la UNCTAD ubica a América Latina dentro de las regiones con menos instrumentos firmados, al punto que hasta el 2 de Diciembre del 2008 no se había firmado ningún tratado bilateral de inversión e incluso algunos países han tomado medidas para retirarse de los acuerdos vigentes[139] .A escala global el liderazgo en la firma de estos peculiares instrumentos sigue siendo llevado por los países desarrollados, mayormente exportadores de capital y lógicamente, los sujetos más interesados en la expansión de esta figura[140].

2.1.2. Definición. Contenido y Efectos Jurídicos de los APPRIs.

A) Definición

Antes de arriesgarnos al estudio de algunas definiciones de los APPRIs, debemos *a priori* realizar referencia a algunos aspectos que los identifican en su condición de Tratados.

Por los sujetos a quienes se aplica un tratado internacional, podemos distinguir dos grandes categorías, (a) aquellos que están dirigidos exclusivamente a los Estados y (b) aquellos que están dirigidos tanto a los Estados como a los particulares. Los Acuerdos

---

[137] Según datos del sitio Oficial del MINVEC, nuestro país tiene firmados 62 APPRI. Para consultar la relación oficial de los países, Ver Anexo Nº 6: Listado de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) firmados por Cuba.

[138] Basta recordar a modo de ejemplo, las intervenciones armadas de Francia en México en el período 1838/1839; los conflictos entre los Estados Unidos y México (1835/1861); las intervenciones armadas de Francia e Inglaterra en el Río de la Plata (1838/1850); la segunda intervención armada de Francia en México (1861/1867); la intervención de Alemania, Francia, Gran Bretaña y otros países en China en 1900; entre otras. *Vid,* PINTO, Mónica; *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, 1ª edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 71, Citado por, GRANATO, Leonardo., *Protección del Inversor extranjero… ob.cit*. pp. 42.

[139] UNCTAD, " La dimensión de desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversión", *Reunión Multianual de expertos sobre Inversión para el desarrollo,* Junta de Comercio y Desarrollo, *2009*, pp.3, Disponible en http://www.unctad.org/iia

[140] Vid, Anexo Nº 5: Lista de los diez principales signatarios de tratados bilaterales de inversión a junio de 2008. Base de Datos de la UNCTAD sobre AII. Disponible en www.unctad.org/iia.

de Inversión se ubican dentro de esta última clase de tratados pues contienen un conjunto de normas destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios directos son los inversionistas de uno y otro Estado parte. De esta forma, los países se obligan a respetar los derechos de protección conferidos a los inversionistas extranjeros mediante una especie de declaración unilateral de voluntad derivada de un convenio, generando así una "reciprocidad negativa" en la relación interestatal de que se trate.[141]

El hecho de que beneficien directamente a los particulares en la figura de los inversionistas, no es su único elemento *sui generis* como Tratado, también el hecho de que estos instrumentos rompen con su tradicional contenido de obligaciones y derechos para cada una de las partes, regulando para los Estados firmantes solo obligaciones, guardando los derechos que puedan derivarse de éstos a favor de los inversionistas de sus respectivas naciones.

Al referirnos a los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones, resulta imposible llegar a una definición internacionalmente aceptada de estos Acuerdos, pues responden en su gran mayoría a las características de los diferentes modelos de Tratados que asuman las partes firmantes, como de las características de los sistemas jurídicos de las propias partes, sus percepciones en cuanto a materias polémicas como control de la propiedad, expropiación, explotación de recursos naturales, entre otros asuntos que involucran la soberanía de los Estados y la influencia que puedan tener en la elaboración final del instrumento a firmar.

Partiendo de la generalidad, existen criterios de tratadistas que han llegado al consenso en cuanto a los puntos comunes dentro de la diversidad de los Tratados Bilaterales de Inversión. Así, PARIASCA MARTÍNEZ, define los TBI "…como al instrumento jurídico de carácter internacional, a través del cual los Estados se comprometen a garantizar al inversionista extranjero el tratamiento y protección de su inversión, brindando de este modo predectibilidad del marco legal aplicable…".[142]

---

[141] MAGALLANES PÉREZ, Adrián., *La Legalidad en la Inversión como Presupuesto Procesal en el Arbitraje Inversionista-Estado*, Tesis en Opción del Titulo de Master en Derecho Internacional, Universidad de Buenos Aires, 2005, pp. 39, Disponible en http:// www.caei.com.ar

[142] PARIASCA MARTÍNEZ, Jorge., "El Arbitraje en el CIADI y el fortalecimiento de las Instituciones Jurídicas de la Inversión Extranjera", *Boletín Jurídica /marzo/2006*, Disponible en http://.www.asociacionjuridica.com.pe/boletín/boletin.htm - 18k

Resumiendo ambos sentidos, la ilustre iustratadista española Dra. ISABEL GARCÍA RODRÍGUEZ, nos comenta que los Acuerdos de Promoción y Protección Reciproca de las Inversiones (APPRIs), "…son tratados internacionales celebrados entre dos Estados con el fin de favorecer el comercio entre ambos países y otorgar ciertas garantías y facilidades a las inversiones que se realizan entre ellos, lo que confiere al acuerdo bilateral un carácter recíproco […]El contenido de los APPRIs está formado por un conjunto de medidas y cláusulas destinadas a proteger, desde el compromiso internacional adoptado por los Estados, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte en el acuerdo bilateral[…]El objetivo principal de los APPRIs es promover a priori y proteger a posteriori las inversiones recíprocas entre los Estados por lo que éstos adquieren el compromiso internacional de favorecer las inversiones procedentes del otro Estado al tiempo que se obligan a garantizar estabilidad y protección jurídica al inversor y su inversión " [143].

Nuestra práctica nacional, exactamente el Centro para la Promoción del Comercio Exterior, perteneciente al Ministerio de Comercio Exterior, en su caracterización de las ventajas para la Inversión Extranjeras en Cuba, define los APPRIs como: " tratados bilaterales cuyo objetivo principal es establecer las bases fundamentales de las políticas para la promoción y la protección de las inversiones entre los Estados firmantes, a través, esencialmente, de la creación de condiciones generales que sirvan de estímulo y de garantía para los intereses económicos y jurídicos de los inversionistas de cada uno de dichos estados, cuando invierten en el territorio del otro Estado Contratante"[144].

B) Contenido.

Independientemente de la variedad de definiciones, el contenido básico de estos convenios es muy similar toda vez que reiteran las exigencias mínimas de seguridad para la inversión contempladas, a pesar de las diferencias significativas que puedan existir entre los distintos modelos.

[143] GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel., La protección de las inversiones exteriores, 1ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 187.
[144] Centro para la Promoción del Comercio Exterior. Información sobre las Inversiones Extranjeras en Cuba. Disponible en http://www.cepec.cu/inversionextranjera.php

Las obligaciones que un Estado adopte en la materia son distintas dependiendo de la naturaleza de la relación que exista con el país con el que se celebre el acuerdo, por lo que la determinación del contenido exacto de tales normas depende de valoraciones casuísticas. Sin embargo, los APPRIs pretenden facilitar la inversión y tratar por tanto cuestiones de leyes, políticas o actuaciones oficiales que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión. Por consiguiente, cuestiones como la admisión de inversiones, el tratamiento de las mismas, las garantías de la libre transferencia de fondos y compensación de capital y beneficios, la compensación en caso de expropiación y la resolución de controversias, se incluyen de forma casi invariable en los mismos.

Los derechos de protección a las Inversiones regulados en los APPRIs se organizan en "normas de tratamiento" y "normas de protección", criterios sobre los que coincide la mayoría de los Tratadistas y legislaciones nacionales. No se nos escapa lo casuístico del tema, pero la determinación del contenido exacto de tales reglas mencionadas requiere de una verificación caso por caso, conforme a las circunstancias particulares que se susciten, guiadas siempre por los principios de razonabilidad y equidad.

Normas de Tratamiento: Se refiere al régimen legal aplicable al Inversionista en el Estado receptor, lo prometido a fin de asegurar el disfrute y goce de los derechos del inversionista. No estamos ante normas jurídicas estrictamente, sino a una suerte de "patrones de conductas" que el Estado se ha obligado a adoptar, obligaciones que se configuran como "estándares" más que tipificaciones jurídicas de conducta. De esta forma, su contenido no se encuentra tipificado *ex ante* en su totalidad, sino que se determinará conforme a las circunstancias del caso concreto. Sólo se trata de una orientación de la conducta esperada y no de una descripción detallada de la conducta requerida[145].

Dentro de estos derechos encontramos normas clásicas del Derecho Internacional, que más que implementar un patrón específico, se constituyen como criterios de interpretación que auxilian a otras normas contenidas en el Tratado y no pocas veces suplen eventuales lagunas normativas en el Derecho Interno de los Estados.

[145] GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel., *La protección…, ob.cit*., pp.192.

Normas de Protección: La finalidad de esta clase de normas es la de evitar los llamados "riesgos políticos" o "riesgos no comerciales"[146] por los que el gobierno de un Estado podría interferir arbitrariamente en los derechos o en la propiedad de un inversionista extranjero.

Dentro de esta clase de normas podemos ubicar al derecho a una indemnización "justa, pronta y adecuada" en caso de expropiación u ocupación del Estado sobre la propiedad del inversionista extranjero y a la "libre transferencia de capitales y utilidades". Asimismo, podemos ubicar también dentro de esta clase de normas al derecho del inversionista extranjero para acceder al arbitraje internacional como mecanismo imparcial en la solución de conflictos, sobre el que volveremos más adelante.

Hay, sin embargo, un núcleo de derechos genéricos derivados de un tratado, bien fundamentados y definidos en el derecho internacional, que en la práctica han constituido la base de las reclamaciones derivadas de un tratado por parte de los inversores frente a los Estados Receptores. Sobre este particular existe una jurisprudencia arbitral en rápido crecimiento en relación con estos derechos derivados de un tratado, temática que no se desarrollará por no ser objetivo del trabajo[147].

El núcleo de derechos de tratado es el siguiente:

(a) *Trato Nacional*: La fundamentación de su implementación es evitar la posible discriminación en las normas locales de incidencia en las inversiones extranjeras, protegiendo al inversor de exigencias especiales que se traducirían en una desventaja competitiva respecto a los inversores nacionales. Otros criterios, defienden que este estándar de tratamiento no solo busca la estricta igualdad entre inversores nacionales y extranjeros, sino que también se interpreta como un tratamiento privilegiado para el nacional al ser arrastrado al nivel de tratamiento dado al Inversionista extranjero en la expresión " trato no menos favorable"[148] .

---

[146] Vid, Supra, Epígrafe 2.1.1, Nota 120 pp. 31.

[147] Vid, CREMADES, Bernardo M, y A. CAIRNS, David J., "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", en *La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina. El caso Argentino,* Documento de Trabajo Nº 2/2004, Real Instituto Elcano, Madrid, 2004**,** Disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/

[148] Vid, TAWIL, Guido s., "Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", en *Los Convenios para la Promoción y Protección*

(b) *Trato de Nación más favorecida* (NMF)[149]: Este derecho garantiza a los inversores del Estado Receptor un trato no menos favorable que el que dicho Estado Receptor otorga a los nacionales de cualquier otro país. De nuevo, este derecho protege a un inversor de la exigencia de requisitos especiales y de una desventaja competitiva, esta vez *vis-à-vis* con inversores extranjeros de terceros países. Si bien estos instrumentos son bilaterales, en virtud de este derecho, pueden multilateralizarse si todos ellos contienen la cláusula de NMF.[150]

Es común que se establezcan en los APPRIs ciertas excepciones al principio de NMF, dos de ellas son: a) excluir del trato de nación más favorecida aquellos privilegios que alguna de las Partes hayan concedido a inversionistas de terceros Estados en razón de su membresía en un área de libre comercio, unión aduanera o acuerdo regional, y b) preferencias resultantes de algún acuerdo suscrito entre Estados en materia tributaria[151].

(c) *Trato no discriminatorio*: El Estado receptor se compromete a no perjudicar a los inversionistas de la otra parte firmante, con medidas discriminatorias a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de las inversiones en su territorio.[152]. El

---

Recíproca de Inversiones, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993, p. 21. (Fotocopia del Original).

[149] En agosto de 1842, al concluir la Guerra del Opio (1839-1842), se firmó el Tratado de Nanking en el cual se introdujo como una de las condiciones el Trato de Nación más Favorecida. Este concepto se generalizaría con el Acuerdo bilateral de Libre Comercio Anglofrancés de 1860 y con la política china de "puertas abiertas" a partir de las reformas iniciadas en 1979 por Deng Xiaoping. *Vid*, FALCK REYES, Melba E., "La Apertura de China y Japón en el Siglo XIX", en *México y la Cuenca del Pacífico*, Nº 21, Vol. 7, enero -abril del 2004, Disponible en http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/pperiod/pacifico/Revista21/03**Melba**.pdf.

[150] Así, por ejemplo, puede multilateralizarse la descripción de lo que se entiende por inversión, el trato nacional, las transferencias, repatriación de capitales, sistemas de solución de controversias *Vid*, PERUGINI, Alicia M., "La definición de las personas físicas y la cláusula de la Nación más favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones" en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993, p. 36 (Fotocopia del Original).

[151] LLOBET IGLESIAS, Gabriela., "El tratamiento de la inversión en los Acuerdos para la Promoción y Protección Reciproca de Inversiones y en los Acuerdos Comerciales", *Diez Años Ciclo de Conferencias de Comercio Exterior*, COMEX, Volumen II, 1999, Disponible en http://www.comex.go.cr/acuerdos/cafta/Contenido/usa/proceso/ParteI/III%20Documentos%20tematicos/Inversion/El%20tratamiento%20de%20la%20inversion%20en%20los%20acuerdos.pdf

[152]Para considerar "discriminatoria" una medida deben darse dos circunstancias a) la medida debe redundar en un daño actual para el inversor; b) y el acto debe haber sido realizado con la intención de dañar al inversor: por lo que será discriminatoria toda medida dirigida contra un inversor extranjero o un grupo de ellos, en razón de su nacionalidad provocándole un perjuicio a sus intereses, *Vid,* YMAZ VIDELA,

elemento contradictorio de este principio reside en que conlleva a que el Estado receptor no lleve a cabo acciones discriminatorias con relación a los extranjeros en general, o con algunos en particular, quebrantándose así el principio de igualdad.

(d) *Tratamiento Justo y equitativo*: una de esas normas clásicas del Derecho Internacional, reguladas dentro del *minimum standard* históricamente exigido en la práctica internacional relativa a las Inversiones Extranjeras. Al respecto no existe consenso sobre la existencia de una norma internacional, ni en cuanto a su contenido y alcance. Algunos lo asemejan al principio de "buena fe", en cuanto a la obligación de no tener una actitud contraria al objeto y fin del Acuerdo. Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta [153]

(e) *Compensación por Expropiación:* Las nacionalizaciones o expropiaciones constituyen un riesgo no comercial. En efecto, la potestad expropiatoria del Estado se erige como un principio reconocido por el Derecho Internacional contemporáneo, que deriva a su vez del principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas[154], por lo que ningún Estado puede ser obligado a no requisar, expropiar o nacionalizar. Sin embargo, a través de la celebración de los Acuerdos de Inversión se han establecido ciertas condiciones de legalidad bajo las cuales estas medidas pueden ser adoptadas por el Estado, exigiéndose que esos actos sólo se podrán adoptar por razones de *"utilidad pública"*[155], sobre una base *"no discriminatoria"*, bajo el *"debido proceso legal"* y con el pago de una compensación *"pronta, justa y efectiva".* En esta última, algunos

---

Esteban M., *Protección de Inversiones Extranjeras Tratados Bilaterales. Sus efectos en las Contrataciones Administrativas*, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2001, pp. 28 y 29. (Fotocopia del Original).

[153] FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A., *Los Convenios Bilaterales*..., *ob.cit.*, pp. 70. Citado por: GRANATO, Leonardo., *Protección al Inversor Extranjero*…*ob.cit*., pp.27.

[154] *Vid, Supra,* Epígrafe 2.1.1 Evolución y Marco de desarrollo de los APPRI, pp.38.

[155] Si bien este concepto no ha sido extensamente considerado por la doctrina internacional ni por los tribunales arbítrales, se debe recordar según TEMPONE, que la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció por la legalidad de un acto de expropiación cuando éste responde a un "interés público, orden judicial o una medida similar", Asunto *"Certain German Interest in Polish Upper Silesia"*, 1926, PCJI, Series A, Nº 7, p. 22. *Vid*, TEMPONE, Rubén E., *Protección de Inversiones...*, *ob.cit*., p. 60.

APPRIs han incluido la exigencia de que el monto de la indemnización sea calculado a partir del valor comercial del bien del que se trate[156].

C) Efectos Jurídicos

Una referencia a los principales efectos jurídicos resultantes de los APPRIs puede ubicarnos en líneas paralelas casi coincidentes con el ya analizado contenido de estos instrumentos. Sin embargo, acá hacemos referencia a esos resultados inmediatos de interés jurídico, que han identificado estos instrumentos del resto de los Acuerdos en materia de Inversión, comerciales o de la amplia gama económica.

En este orden de ideas, entendemos que los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son[157]:

a) Establecen el trato y protección al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar. Fortaleciéndose en su carácter convencional la obligatoriedad de su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.

b) Otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional.

c) Los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor. Estos contratos, generalmente, se hallan sujetos a cualquier afectación del derecho interno que permite al Estado resolverlos unilateralmente por razones de "interés público", en virtud de su soberanía e independencia económica.

En este orden de ideas, los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversor extranjero se hallan amparados por estos tratados internacionales posibilitando su inserción en el orden jurídico internacional, otorgando la alternativa al inversor extranjero de reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje. De este

[156] MAGALLANES PÉREZ, Adrián., La Legalidad en la Inversión… ob.cit., pp. 63.
[157] CHAMORRO CORONADO, Luís María., "Protección de Inversiones Extranjeras: aproximación a los aspectos más relevantes del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca firmados entre España y México", *Revista Estudios Sociales,* Volumen 15, Nº 28, julio-diciembre del 2006, Disponible en http://www.redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/417/41702804.pdf

modo, el actuar del Estado parte se sujeta al tratamiento estipulado en el tratado, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor, por violación de una obligación internacional contenida en un tratado.

Esta dinámica impregnada a la relación jurídica resultante de los APPRIs, ha sido la constante justificación legal que ha obligado a los Estados firmantes de éstos Acuerdos, a concurrir ante instancias internacionales, muchas veces, bajo pretensiones provenientes de interpretaciones exquisitas sobre cualquier acto soberano de Estado. No obstante, es útil distinguir los incumplimientos o reclamaciones derivadas del Tratado de las provenientes de los Contratos establecidos por el Inversionista Extranjero con las entidades del Estado receptor[158].

2.2 El ámbito de aplicación personal de los APPRIs. La definición de Inversionista.

Concientes de los riesgos de extendernos hacía el imperio del Derecho Internacional Privado, fundamentamos la necesidad del estudio de esta temática, en la primordial importancia de una clara definición de la figura del Inversionista como ámbito de aplicación personal del Tratado; asunto que gana relevancia dado el objetivo de esta investigación y la antes mencionada atipicidad de este Tratado de conceder todos los derechos resultantes del mismo a favor de los Inversionistas, por lo que la determinación de quién es inversionista para cada una de las partes, se traduce en beneficiario directo y total del mismo.

En palabras de la Dra. PERUGINI: "…en realidad, a pesar del título que tienen los diferentes acuerdos, de su contexto se desprende que los destinatarios finales de la protección no son las inversiones sino los inversores. Por esta razón los Convenios

[158] Parte de la doctrina sostiene que existen cinco criterios para distinguir entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato:
a) *La fuente del derecho* b) *El contenido del derecho* c) *Las partes en el reclamo* d) *La ley aplicable.*
Por último, el éxito de un reclamo derivado de un tratado implica una responsabilidad del Estado receptor de acuerdo con el Derecho Internacional y éxito de una reclamación contractual se traduce en la responsabilidad del Estado receptor conforme a lo estipulado en su ley nacional.
Vid, CREMADES, Bernardo M, y A. CAIRNS, David J., "La seguridad jurídica…" *ob.cit*. pp. 24 y 25.

comienzan por definir lo que se entiende por inversor a los efectos de la protección[…] el establecimiento de criterios para la determinación de la pertenencia de unas y otras a uno de los dos Estados constituye sin duda uno de los problemas más difíciles de resolver, por enfrentarse conceptos y tradiciones jurídicas muy diferentes…" [159]

Las instituciones de nacionalidad y domicilio pueden parecer suficientes criterios para determinar la pertenencia de una persona física a un Estado determinado, al igual los criterios de "lugar de constitución" o "sede" para el caso de las personas jurídicas. Sin embargo, las dificultades para hallar un criterio común aceptable para ambos Estados partes en el marco de un APPRIs son claramente manifiestas.

Así, la persona física encuentra cuatros distintos modelos de Acuerdos que regulan los requisitos para ser considerado inversionista en pos de estos instrumentos. En primer lugar están los que exigen que tengan la nacionalidad del Estado receptor; los que se contentan con exigir residencia en dicho Estado; los que incluyen ambos requisitos y finalmente los que jugando con los criterios de nacionalidad y residencia, establecen una exigencia respecto de los nacionales de cada uno de los Estados[160]

Sin embargo, existe en la actualidad una clara tendencia internacional a conciliar los criterios de nacionalidad (defendido por los países exportadores de capital) y domicilio, presente en la tradición *iusprivatista* romano francesa, no absoluta en todos los países pertenecientes al sistema. Acá el criterio del Derecho Interno de los Estados es determinante, pues en la mayoría de los casos se define el concepto de inversor en base al criterio de nacionalidad de la norma interna de las partes, haciendo real referencia a la ciudadanía. Particularmente soy partidario de utilizar el término de nacional, al ser un concepto excluyente (se tiene una sola nacionalidad) evitando así los posibles conflictos de leyes ante la pluralidad de ciudadanía del inversionista; aunque admitimos el riesgo de que no se admita como concepto jurídico. Este tema gana relevancia en el caso de los APPRIs firmados por Cuba.

---

[159] PERUGINI, Alicia M., La definición de las personas físicas… *ob.cit*., pp.12.

[160] Dentro de estos se destacó la aplicación del criterio de la nacionalidad efectiva, fundamentado por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia respecto al asunto *Nottebohm,* en 1953. *Vid*, Sentencia de 18 de noviembre de 1953, ICJ *Reports* 1953, pp. 111 y ss , Citado y comentada por, DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier Y IZQUIERDO, Cristina., "Las Inversiones a través de Sociedades Locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica", *Revista de Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 7, 2003, Disponible en http://www.reei.org/reei7/reei.7.htm

No obstante, el fundamento del criterio “domicilio" está en el sentimiento constitucional de proteger a sus nacionales, es decir, a los inversionistas internos de posibles estados de desigualdad respecto a los extranjeros. Esto ha quedado reflejado en algunas cláusulas donde se excluye de la protección del Tratado las personas físicas extranjeras residentes en el Estado receptor por más de dos años, a menos que pruebe que la Inversión viene de afuera[161] .

En cuanto a las personas jurídicas, la atribución de su “nacionalidad” ha tenido una mayor armonía a pesar de la pluralidad de criterios para su determinación. Internacionalmente han sido aceptados en la generalidad los siguientes criterios:

a) Lugar de Constitución: Bajo este criterio una persona moral pertenece a un Estado determinado, cuando se ha constituido bajo las reglas de su Derecho Interno, independientemente de realizar o no alguna actividad económica bajo su jurisdicción.

b) Lugar de su Sede: de conformidad con este criterio, es nacional de un Estado la persona jurídica que tenga asentado la sede central de su administración, en el territorio de éste. La polémica sobre este criterio se identifica en la posible homogeneidad de los conceptos de “sede y domicilio”, términos que los inversionistas han tratado cuidadosamente en la elaboración de estos instrumentos, al constituir fácticamente espacios diferentes, en alusión directa al concepto de establecimiento mercantil, que no es restrictivo al Derecho Societario.

c) Concepto de Control: la nacionalidad de la persona jurídica se determina en base a la nacionalidad de los accionistas que ejercen la “administración efectiva” o poseen la propiedad sustancial de la empresa[162].

---

[161] El término puede variar según el Derecho Interno de los Estados. Hacemos referencia a los dos años, siguiendo el espíritu constitucional en que se fundamenta el término, pues es éste el período de tiempo más común en los textos constitucionales de nuestro Sistema Jurídico a partir del cual el residente puede aspirar a la ciudadanía.

[162] Este criterio fue negado por la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 5 de febrero de 1970, en el Caso Barcelona Traction (Bélgica vs. España). El fallo de la CIJ se basó, en parte, en el principio de separación tajante entre la personalidad jurídica de una compañía con respecto a la de sus socios. *Vid*, MEREMINSKAYA, Elina., “Nacionalidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional”, *Revista de*

d) Actividad Económica: cuyo contenido exige que la sociedad o "empresa" sostenga actividades económicas o comerciales reales con el Estado receptor de la inversión

Igualmente es frecuente encontrar algunos APPRIs donde se fusionan los cuatros criterios expuestos, de forma tal que se deban observar todos en su conjunto, haciendo más rígido el proceso de reconocimiento en pos de una mayor determinación del ámbito de aplicación de estos Tratados.

La incidencia de estos criterios de reconocimiento que se debaten en el seno de los APPRIs, tanto para el caso de las personas naturales como jurídicas, pueden ser interpretadas de maneras disímiles. Personalmente considero que la expansión que hemos observado tanto en las definiciones de Inversión (contenido no desarrollado en virtud de los objetivos de la investigación) como la flexibilización y fusión de los criterios doctrinalmente admitidos en el reconocimiento del status de inversionista por parte de los Estados; más que una consolidación del ámbito de aplicación de éstos instrumentos, busca una ampliación en el marco de las circunstancias por las cuales una persona natural o jurídica pueda ser reconocida por parte de los Estados, disminuyéndose así el posible carácter excluyente entre los propios criterios de determinación.

Esta tendencia favorece directamente a los grandes conglomerados internacionales, pues depende de la rigurosidad y variedad de los criterios que asuman los Estados receptores de sus inversiones para que sea posible su múltiple reconocimiento en varios de estos instrumentos. Téngase también en cuenta que estos conceptos asumidos en los APPRI, son susceptibles de multilateralizarse en virtud de las cláusulas de NMF.

Pueden resultarnos ilustrativas las interpretaciones que hagan los Estados de conceptos como el de "administración efectiva" y "actividades económicas o comerciales reales" para que puedan reconocer simultáneamente, partiendo de concepciones diferentes y en Tratados distintos, a un mismo sujeto actuante en el

---

Derecho(Valdivia), Vol. VIII, Nº 1, julio del 2005, pp.145-170, Disponible en Disponible en http://www.scielo.com

mercado internacional. Otra arista que no se puede quedar fuera de este análisis, es la relevancia de la nacionalidad del inversionista- lo que depende del reconocimiento de los Estados como tal- para someterse a la jurisdicción de algunos órganos internacionales arbítrales o jurisdiccionales, que tengan como base un Tratado constituyente.

Así, al garantizar la factibilidad de ser reconocidos por diversos Estados como Inversionista y gozar de la protección de sus Tratados, estos actores globales van construyendo una práctica internacional sustentada en la consolidación de esta red de acuerdos bilaterales, así como los laudos arbítrales resultantes de los mecanismos Inversionistas-Estados; práctica que podría desembocar en otro intento de multilateralizar los derechos de los Inversionistas ante los Estados a escala global.

2.3 Los Modelos de Acuerdos de Inversión. Actualidad y perspectivas.

En armonía con lo analizado hasta ahora, un análisis de los modelos APPRIs, nos conlleva a zanjar un tema al que hemos hecho alusión en reiteradas ocasiones durante el desarrollo de la investigación y que por interés metodológico no hemos traído a colación.

El estudio de los modelos APPRIs, nos lleva directamente de la mano al análisis de las políticas seguidas por los Estados al momento de admisión y establecimiento de las Inversiones extranjeras. Como hemos dicho con anterioridad, cada uno de esto instrumentos reflejan la naturaleza de la relación entre las partes firmantes, así como la política que siguen respecto a las inversiones extranjeras y el régimen de derecho que conceden a sus titulares; por lo que en dependencia de la política tomadas respectivamente, podrá variar el status legal del inversionista extranjero a la luz del Derecho Internacional respecto a cada una de las partes.

La premisa antes planteada, nos permite afirmar que estos acuerdos bilaterales han constituido en los últimos tiempos un espejo de la política exterior que en materia económica han asumido los Estados que los utilizan, por lo que en pos de facilitar su

celebración, se han creado modelos de acuerdos que, mediante un formato preestablecido, es utilizado como punto de partida en su negociación, sirviendo en algunos casos como una especie de contrato de adhesión cuando los términos del modelo no son refutados por uno de los Estados parte.

Dada la importancia y utilidad de dichos modelos, en algunos países se han creado modelos oficiales, de manera que éstos son los únicos que pueden ser utilizados en cualquier negociación en la materia, tal es el caso, por ejemplo, de los modelos empleados por los Estados Unidos de América, que incluso llegan a tener una suerte de vigencia, en la práctica jurídica internacional[163].

Los Estados Unidos, como vimos durante la evolución de los TBI, fue uno de los países que mayor promoción ha dado a estos instrumentos, al punto que muchos de los primeros APPRIs celebrados en el mundo tomaron como base este modelo, otros países lo atemperaron a sus conveniencia, o simplemente lo fueron ajustando a las necesidades de cada APPRIs.

Han existido diversas versiones del modelo de los Estados Unidos, encontramos las versiones de 1982, 1983, 1987, 1994 y la actualmente en vigor de 2004, la cual, se asemeja mucho en contenido al Capítulo XI del TLCAN y que constituyó la propuesta manejada en el Proyecto de ALCA, como sabemos fracasado, aunque se tomó de base para la celebración de Acuerdos de Inversión posteriores.

Otro, es el modelo recomendado por el Consejo de Ministros de la OCDE, a sus Estados miembros y que ha sido mayoritariamente utilizado por los países europeos, pioneros en su creación (Alemania & Pakistán) y con gran evolución en los años sesenta, aunque varios cambios han ido tipificando sus *praxis*[164].

---

[163] ILLESCAS, Javier., "Los Tratados de Protección de Inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica", *en Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez),* Sección: Práctica Latinoamericana, Nº 5, junio del 2003, pp.6, Disponible en http://www.vlex.com/vid/118234

[164] Se pueden identificar varias tendencias: Alemania defiende el uso de las Cláusulas de Nación mas Favorecidas en sus Tratados Bilaterales de manera casi innegociable, conservando los rasgos del modelos europeo, mientras que otros lo revolucionan. Por solo citar un ejemplo, Noruega está terminando de estructurar un nuevo modelo de tratado bilateral de inversión, que entre otras cosas, contiene disposiciones sobre fomento de la transparencia entre las partes en la cooperación económica, y se da especial importancia a la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente y los derechos laborales internacionales. También se hace hincapié en la importancia de la responsabilidad social de las empresas y se reitera la voluntad de las partes de defender la democracia, el estado de derecho, los derechos

La mayoría de los Tratados Bilaterales en congruencia con este modelo, sus cláusulas regulaban principalmente la protección y sólo moderadamente la liberalización. A partir de la entrada en vigor del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial de Comercio (OMC) los AII suscritos por países de la región, también contienen cláusulas de liberalización, como ocurrió con la Carta de la Energía y los recientes tratados bilaterales de inversión concertados por el Canadá, el Japón y los Estados Unidos[165].

No podemos olvidarnos del intento de multilateralizar este modelo en el fracasado AMI, que aunque nunca pudo entrar en vigor por el desacuerdo de varios miembros de la Comunidad Internacional, las propuestas sobre su texto y los comentarios de las delegaciones involucradas en su realización, han servido como un importante referente en la celebración posterior de estos acuerdos. Esta propuesta fue altamente respaldada por los EUA, quien ahora busca impregnar un híbrido perfeccionado del AMI-TLCAN-ALCA, en los Tratados bilaterales de Libre Comercio firmados principalmente con Centro América. En palabras del Dr. MORA JIMÉNEZ: "…se trata de un nuevo Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), aunque por ahora de alcance regional limitado…"[166]

Sin embargo, demasiado ambicioso sería realizar un análisis al pormenor de los Modelos utilizados por cada una de las Naciones, bien con aportes originales o atípicos, como son las propuestas realizadas por Alemania, Francia, España y Estados Unidos, países con gran cultura y jurisprudencia en la firma de estos instrumentos; bien a tenor de las transformaciones que cada Estados ha realizado en sus Acuerdos en defensa de sus intereses, como el citado caso de Noruega.

Al respecto, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD-por sus siglas en inglés) ha realizado un estudio basado en la práctica

---

humanos y las libertades fundamentales. *Vid*, RUIZ DÍAZ, Hugo, "Los Tratados sobre Promoción y Protección de las Inversiones y la República Bolivariana de Venezuela: los riesgos de hipotecar el desarrollo económico, la Revolución Bolivariana y la Democracia Participativa" (2da Parte), Disponible en http://www.cadtm.org y UNCTAD, "La dimensión de desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversión…", *ob.cit*., pp. 6.

[165] UNCTAD, "La dimensión de desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversión…", *ob.cit*., pp.283.

[166] MORA JIMÉNEZ, Henry, "Los Acuerdos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio…", *ob.cit*., pp.21

jurídica internacional, referente al nivel de apertura que han mostrado los Estados sobre las inversiones realizadas en su territorio, así como su proyección sobre el contenido de los AII que firman, tomado como referente la admisión y establecimiento de las inversiones objeto de protección.

Este estudio arrojó una clasificación de los Acuerdos de Inversión en cinco modelos, que van desde el control estatal total hasta una apertura sujeta a mínimas restricciones, es importante mencionar que los mismos no se excluyen, por el contrario, existen casos en los que se incorporan diversos elementos de cada uno de estos modelos De todas formas, teniendo en cuenta el objetivo de nuestra investigación, la metodología de esta clasificación utilizada por la UNCTAD no nos es compatible, aunque haremos referencia a él partiendo del control del estado, como criterio de comparación [167]:

167

a) Modelo de Control de las Inversiones: En el modelo tienen cabida las restricciones y los controles de admisión de la IED estipulados por las leyes y los reglamentos del país receptor. De hecho, el modelo no reconoce derechos positivos de entrada y establecimiento y deja que el asunto sea resuelto discrecionalmente por el país Es el más frecuente en la firma de los TBI.

b) Modelo de la liberalización selectiva: La liberalización selectiva correspondiente a este modelo se efectúa mediante una "opción de entrada" aceptada por el Estado receptor, que se traduce en una "lista positiva" de los sectores industriales en que se puede disfrutar de los derechos de entrada y establecimiento.

c) Modelo de los programas regionales de industrialización: Mediante estos modelos se busca fomentar las inversiones transfronterisas mediante empresas y proyectos integrados regionalmente, de forma tal que las reglas de admisión de la inversión están implícitas en estas normas. Así pues, si bien el acuerdo no contiene una disposición expresa sobre el derecho de admisión y establecimiento de la inversión, este derecho está implícito en los propios mecanismos de la política industrial adoptada por los Estados parte. Este modelo ha sido adoptado predominantemente por países africanos y asiáticos.

d) Modelo del trato nacional mutuo: De acuerdo con la UNCTAD, este modelo se ha originado en la práctica de algunas organizaciones regionales de integración económica. Su finalidad es establecer un régimen común de entrada y admisión para los inversionistas de los Estados miembros y los derechos de protección, en la mayoría de las veces únicamente el trato nacional, no suelen concederse a los inversionistas de los Estados no miembros. Difiere del modelo anterior en que la admisión de la inversión y su protección no depende de la adopción por los inversionistas de un determinado tipo de programa industrial o empresa conjunta. El ejemplo más común de este modelo son los tratados por los que se crea la comunidad europea.

e) Modelo combinado del trato nacional y el trato de la nación más favorecida: Asimismo, se plantea sobre un marco de apertura de forma que establece solamente una “lista negativa” de actividades o sectores industriales en los que la inversión extranjera no será admitida y, por ende, protegida. Este modelo está basado en el modelo y en la práctica usual de los Estados Unidos de América y su finalidad es ampliar, en la medida de lo posible, el ámbito de protección conferido al inversionista extranjero.

La estandarización de estos modelos no es absoluta a pesar de su carácter de complementación mutua, por el contrario, el sistema actual de AII no es una estructura de acuerdos estática, sino un marco dinámico que sigue evolucionando. Los AII son cada vez más numerosos y complejos, destacándose en su proceso de formulación una sustitución progresiva de los tratados bilaterales de inversión por tratados de doble tributación, con una marcada tendencia a renegociar los primeros[168].

Un número cada vez mayor de países prefieren regular la protección tradicional de la inversión, a través de acuerdos más amplios en los que esas disposiciones se integran en un marco más amplio de integración económica. Aunque los TBI siguen siendo más numerosos que los Acuerdos de Inversión y Comercio Preferencial (AICP), éstos ocupan un lugar mucho más prominente en el universo de los AII que diez años antes, por eso, el sistema de AII cada vez es más multifacético y complejo[169].

La mayor complejidad de los acuerdos se puede observar también en las disposiciones de procedimiento de los AII. Por ejemplo, algunos AII recientes han introducido novedades importantes en sus procedimientos de solución de controversias Inversionistas-Estados, abordando cuestiones como la apertura de las audiencias al público, la disponibilidad pública de las comunicaciones, la autorización para que terceros que no intervienen en la controversia presenten comunicaciones[170], la consideración de las cuestiones preliminares antes de que se considere cualquier otra cuestión o la remisión de las controversias conexas a un solo tribunal para que éste dictamine.

Vid, UNCTAD, "Admisión y establecimiento", *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo*, Nº 10, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pp. 37, Disponible en http://www.unctad.org/iia

[168] UNCTAD, *Regulación Internacional de la Inversión…, ob.cit*. pp. 32

[169] *Vid*, Anexo Nº 9: Aumento de los AICP, 1960-2007.

[170] Representantes de la sociedad civil, que presentan Informes *amicus curiae* a los Tribunales de arbitraje, *Vid,* UNCTAD, " Fijación de Normas sobre las Inversiones Internacionales: Tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias", *Nota de la Secretaría de la UNCTAD,* Junta de Comercio y Desarrollo, Nueva York, 2007, pp.10, Disponible en http://www.unctad.org/iia

2.4 Análisis cualitativo del tratamiento al Inversionista extranjero en los APPRIs firmados por Cuba. Los aportes del Modelo de APPRIs Cubano.

2.4.1. Generalidades sobre el marco de desarrollo de los APPRIs en la práctica cubana. Su insertación en los modelos.

Nos parecería innecesario comenzar este tema con un recuento histórico de las circunstancias por las que Cuba se inicia dentro del fenómeno de expansión de las inversiones extranjeras, aunque resulta innegable que para nuestro país los cambios estructurales y legislativos en pos de crear un "clima de inversión" fueron bastantes radicales, dadas las características de nuestras anteriores relaciones de comercio exterior y el marco en el que se realizaban.

Acorde con la actualidad del Derecho Internacional del momento (década de los 90), Cuba inició la firma de los APPRIs como uno de los mecanismos internacionales que buscaban demostrar la factibilidad de invertir en Cuba[171], mecanismo que se incorporó dentro del régimen legal nacional dado a las Inversiones Extranjeras, en conjunto con la nueva Ley de Inversión Extranjera y otras legislaciones de posterior creación que responden a igual motivo. Estos cambios estructurales y legislativos, no fueron iniciativa exclusiva de Cuba[172], era una práctica internacional propia de esa "carrera hacia el fondo" en la que si bien no incurrimos en profundidad, si acometimos algunos pasos en esa dirección.

La práctica cubana en la firma de los APPRIs ha sido bastante amplia, nótese que desde Mayo de 1993 hasta el año 2002, fechas en que se firmaron el primero y último de estos instrumentos(hasta el momento)[173], se han ratificado 62 de estos Acuerdos, lo que nos ubica dentro de los países Latinoamericanos con mayor presencia en esta figura.

---

[171] El estigma de un sistema con "riesgos" para las IED para nuestro país, es mucho más fuerte y persuasivo en la voluntad de los posibles inversionistas, dado el deterioro de las relaciones políticas con los EUA y el fundamento utilizado por este Gobierno de una posible ilegalidad de estas inversiones, por realizarse en supuestas propiedades de ciudadanos norteamericanos. *Vid,* MIRANDA BRAVO, OLGA; Cuba – USA: Nacionalizaciones y Bloqueo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1996.

[172] *Vid Supra,* Subepígrafe 2.1.1: Evolución y marco de desarrollo de los APPRI, pp.2

[173] Desde el 2002 hasta la actualidad no se ha registrado la firma de otro APPRI por Cuba, lo que se corresponde con la actual tendencia internacional respecto a estos instrumentos. *Vid,* Anexo Nº 4.

A pesar de nuestra inexperiencia, los Acuerdos firmados fueron perfeccionándose identificando más su contenido a las características e intereses del sistema jurídico cubano. No obstante, resulta imposible encerrarlos esquemáticamente dentro de los modelos analizados con anterioridad, tanto regionalmente (Modelo EUA y Modelo Europeo) como en las propuestas de la UNCTAD. Si bien nuestras primeras prácticas interactuaron con el modelo europeo (Italia, Rusia y España), ya desde sus inicios las regulaciones de nuestros instrumentos los fueron haciendo atípicos.

Someramente podemos señalar (aparte de las atipicidades en la definición de inversionista y solución de controversias que serán analizadas *a posteriori*), que si partimos de las definiciones asumidas por Cuba como "Inversión", vemos una clara tendencia hacia el modelo de control, ya que además de mostrar pocos cambios en la lista de lo que se admite como "inversión", en la formula continuamente está presente la adición "…siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó…", exigencia independiente a la lista, pues si la inversión no ha sido realizada conforme al derecho del Estado receptor, no gozará de la protección del Tratado. Igual exigencia la encontramos dentro de las cláusulas donde se define el ámbito de aplicación del Acuerdo.[174]

En cuanto a las normas de tratamiento de las Inversiones, si bien en el APPRIs Cuba-Italia, se dedicó un articulo específicamente a las cláusulas de NMF y Trato nacional, en el resto de los instrumentos aparecieron bajo el primer nombre y siempre con la limitación de no conceder el Trato de Nación más favorecida: "…En caso de que una Parte Contratante otorgare ventajas especiales a los inversionistas de cualquier tercer Estado en virtud de un convenio relativo a la creación de un área de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común, una unión económica o cualquier otra forma de organización económica regional o en virtud de un acuerdo relacionado en su totalidad o principalmente con materias tributarias…"[175]

[174] *Vid,* Art. 1.2 y Art.2 del (APPRI Cuba-Chile), Disponible en http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/chile_cuba_sp.pdf.
[175] *Vid,* Art.4.3 (APPRI Cuba Chile), Art. 3.5 (APPRI Cuba Perú), Art. 3.3 (APPRI Cuba Alemania), *et al*, Disponibles en http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779 .

Este último particular, es una atipicidad característica de los modelos de trato nacional mutuo, asumido por organizaciones regionales de integración económica y que tomamos en pos de la protección de las acciones de integración económica con América Latina. En conjunto con lo antes planteado, esto constituye un simple ejemplo de cómo nuestros instrumentos han tomado características de los diversos modelos identificados por la doctrina y la práctica internacional.

2.4.2. Análisis casuístico del contenido de los APRRI firmados por Cuba: definición de Inversionista y mecanismos de solución de controversias. Propuesta del Modelo de APPRIs cubano.

(A). Definición de Inversionista.

Las definiciones de inversionista asumidas en los Acuerdos firmados por Cuba, han variado según los conceptos y tradiciones jurídicas de la otra parte contratante, llegando inclusive a darse definiciones para cada una de las partes, ante la imposibilidad del consenso o diferencias legislativas domésticas.

Respecto a las personas naturales, ha existido unidad en el criterio utilizado pero pluralidad en los términos, lo que no es contraproducente. La exigencia de la nacionalidad del Estado firmante (como criterio) ha sido armónica, aunque se ha variado el término de exigencia, utilizándose nacionalidad y ciudadanía[176]. No obstante, el criterio no ha sido absoluto pues se ha fusionando exigiéndose además de la nacionalidad o la ciudadanía, la residencia permanente, lo que tipifica al modelo mixto y puede verse como ejemplo en los APPRIs firmados con Perú y México.

En el caso específico del APPRIs Cuba-Alemania, se incluyó en el inciso (b) del Protocolo al Acuerdo, la tenencia de un pasaporte para poder demostrar ser "nacional" de cualquiera de las partes contratantes[177]. Tal exigencia pudiese ser considerada una expresión de un criterio mixto agravado, aunque personalmente me parece más un rasgo de la tendencia internacional de conciliar los criterios de nacionalidad y domicilio, dada las características de formalidad y carácter probatorio de que goza este documento.

[176] La dualidad del término ya fue analizada en el presente Capitulo *Vid*, Epígrafe 2.2: El ámbito de aplicación personal de los APPRI. La definición de Inversionista, pp. 22 y 23.
[177] *Vid*, APPRI Cuba-Alemania, Disponible en http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/germany_cuba_sp_gr.pdf .

El Modelo de APPRIs cubano (en lo adelante –modelo cubano-) , en lo que respecta a la persona natural, específica las definiciones para cada una de las partes, inclinándose por la ciudadanía como criterio para la determinación del *status* de inversionista para la parte cubana, incluyendo la exigencia de la residencia permanente, como eminente mecanismo de protección ante los ciudadanos que gozan de iguales beneficios de otros estados, aún cuando la norma constitucional no reconozca tal dualidad.

Respecto a las personas jurídicas, en los instrumentos firmados hasta el momento, se ha tratado de incluir dentro de la definición todos los criterios reconocidos[178], posición que si bien no se logró en la totalidad de los Acuerdos, si se lograron fusionar indistintamente. Así encontramos el criterio de "Lugar de constitución" mayoritariamente fusionados con el de la "Sede" de la entidad[179] , así como con los criterios de "Actividad económica" y "Concepto de Control" o "nacionalidad efectiva".

Sobre esta arista el modelo cubano, realiza una definición común para las partes, afiliándose al criterio de "actividad económica esencial" que se realiza en el territorio de la parte contratante donde el inversionista ostenta la protección, reforzándose con la exigencia de haberse constituido u organizado bajo las leyes de esta misma parte, lo que nos ilustra rasgos de un "modelo de control" esparcido por todo el prototipo de Acuerdo.

Sin embargo, dentro de las disposiciones finales, se incorpora novedosamente el criterio de "nacionalidad efectiva" a manera de cláusula de exclusión para aquellas "…compañía de otra Parte Contratante y a sus inversiones, si dicha compañía es propiedad o está controlada por una persona física o jurídica de una Parte no Contratante…"[180]. Estamos ante un ingenioso mecanismo de control, que limita el acceso de terceros a los privilegios de estos Tratados, por el simple hecho de encontrarse radicada en territorio de la otra parte contratante.

Ambas definiciones de personas (natural y jurídica), muestran rasgos de un mayor control del Estado (modelo de control), exigiéndose que tanto los criterios de

[178] *Vid*, Epígrafe 2.2: El ámbito de aplicación personal de los APPRI. La definición de Inversionista, pp. 24.
[179] *Vid*, Los APPRI firmados con Italia, China y Brasil, Disponible en http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779.
[180] *Vid*, Art. 29 Modelo de APPRI Cubano, Anexo Nº 10: Modelo de APPRI Cubano.

nacionalidad o ciudadanía, como el establecimiento, sede o actividad económica esencial, sean acorde a la legislación del Estado de procedencia, de los sujetos de cada una de las partes.

(B). Mecanismo de solución de controversias.

Los Acuerdos firmados por Cuba, establecen dos tipos de conflictos con sus respectivos mecanismos de solución de diferencias.

1. Conflictos entre partes firmantes del Tratado (Estados vs. Estado): Se establece para solventar diferencias resultantes de la interpretación y aplicación del Tratado firmado. Estos conflictos prevén dos etapas en su solución, primero recurrir a las negociaciones o gestiones diplomáticas (vías directas). Si no se obtuviera una solución, transcurrido un periodo de tiempo[181] después de que se hubiese notificado la controversia, cualquiera de las dos partes pueden solicitar que se constituya un Tribunal *"ad hoc".* Este Tribunal arbitral resolverá la situación y sus decisiones serán obligatorias y definitivas.

2. Conflictos entre el Estado receptor y un inversor de la otra parte (Inversionista vs. Estado): Resuelve las diferencias que estén vinculadas a la inversión (en lo que juega un papel determinante la definición que al respecto asuma el Tratado como ámbito de aplicación material), así como las violaciones del APPRIs (contenido). Igualmente esto conflictos intentarán resolverse mediante consultas y negociaciones amistosas que igualmente se establecen en el Acuerdo con un periodo generalmente de seis meses. Transcurrido este periodo de tiempo, se deja a discreción de las partes litigantes el procedimiento judicial del estado donde se realizó la inversión o la vía arbitral. La opción por cualquier vía es definitiva y excluye la posibilidad de utilizar la otra.

[181] Normalmente este periodo de tiempo es de seis (6) meses. En el caso del Acuerdo firmado con Alemania, para este mecanismo específico de solución de controversias, no se establece claramente el periodo de tiempo, *Vid,* Art. 10.2 APPRI Cuba–Alemania, Disponible en http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779.

Es este último mecanismo de solución de controversias, el que le reconoce una subjetividad jurídica internacional activa al inversionista, pues lo habilita como sujeto de derecho (sujeto de procedimiento), con su debido *ius standi* para intervenir directamente en el proceso. Nuestra práctica con los APPRIs, no ha estado exenta de reconocer tal facultad a los inversionistas, aunque no estamos dentro de los países más afectados por tal decisión, tampoco hemos estado impunes a tales efectos.

Indiscutiblemente este mecanismo ha reconfigurado la subjetividad internacional del individuo, pues su evolución, aún en los casos más avanzados de acceso a las instancias internacionales, siempre estuvo limitada por la necesaria intervención de un tercero que trazaba la delgada frontera entre el *Locus Standi* y el *Ius Standi*, que en otros casos, al reconocerse una norma procesal detallada que regule el nuevo sujeto (Ej. CIADI), persigue configurar prácticamente el *Iure Standi* del individuo. Es en este sentido que tendencias como la apertura de las audiencias al público, la disponibilidad pública de las comunicaciones, la autorización para que terceros que no intervienen en la controversia presenten comunicaciones, entre otras, buscan consolidar al individuo como sujeto del Derecho Internacional Público[182].

En otra arista, la discrecionalidad entre la vía arbitral o el recurso jurisdiccional interno para resolver este conflicto, da la posibilidad al inversionista de recurrir directamente a la primera opción, mecanismo que materializa la subjetividad declarada del individuo, sin haber agotado el recurso interno del supuesto Estado infractor.

Personalmente preferiría no descartar el uso de la Cláusula "*half heartened Calvo"* o "*Soft Calvo"* dado que es una solución intermedia entre la obligación de agotar los recursos internos y la admisión lisa y llana del arbitraje internacional[183]. En virtud de estas cláusulas, antes de ir al arbitraje internacional se debe esperar un periodo de tiempo en el cual el órgano jurisdiccional interno debe emitir sentencia o alguna respuesta sobre el asunto, en cuya ausencia o inconformidad, al vencerse dicho

[182] Al respecto de estas tendencias en los Arbitraje Inversionistas- Estados, *Vid*, UNCTAD, "Regulación Internacional de la Inversión…, *ob.cit*., pp. 9

[183] *Vid,* YMAZ VIDELA, Esteban M: *Protección de Inversiones Extranjeras Tratados Bilaterales… ob.cit*., pp. 50-55.

término, el inversionista puede dar inicio al recurso arbitral internacional, sin excluir claramente la posibilidad de que las partes pacten ir directamente a esta vía.

Pienso que el hecho de usar la regla internacional del agotamiento del recurso interno, como requisito de procedimiento antes de ir a la vía arbitral, permitiría reforzar la soberanía de los Estados receptores; su inobservancia solo contribuye a denegar el acceso a la justicia, derecho que le concurre a la contraparte. No obstante, en el caso de Cuba al establecerse el procedimiento discrecional para optar por el mecanismo de solución de controversias, resulta imposible establecer la cláusula *Soft Calvo,* pues el trato de NMF legitimaría la exigencia del uso del otro procedimiento por parte de los inversionistas. Sin agotamiento del recurso interno, la posibilidad del acceso del inversionista a las vía arbítrales internacionales, se convierte en la única y definitiva instancia para resolver las diferencias.

Al respecto el modelo cubano, nos ratifica la práctica del país, dotándose de un sistema de solución de conflicto perfeccionado con cláusulas revolucionarias dentro de la práctica internacional. En cuanto al mecanismo Inversionista-Estado, vemos como se mantiene la competencia sobre los asuntos derivados de presuntos incumplimientos, pero ya no del Acuerdo en general, sino del Capitulo II (Protección a la Inversión) que si bien es la esencia del Tratado, delimita objetivamente la materia susceptible de arbitrar. Igualmente expande las opciones de instancias arbítrales, resaltando el establecimiento de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, lo que suscita mayor confianza para aquellos Estados partidarios de esta práctica.

Por otra parte, se establecen condiciones para el ejercicio del arbitraje a manera de requisitos de procedimiento, destacándose el establecimiento de la renuncia al agotamiento del recurso interno (con sus excepciones)[184], como tercer requisito, medida que personalmente no comparto; además se establecen los parámetros de tiempo a tener en cuenta para poder ejercitar la vía arbitral. Esto factores nos demuestran que estamos ante un modelo de mayor terminación y especialización en su contenido, principalmente en las normas de solución de conflicto, las cuales lejos de regular

[184] Vid, Art. 13 del Modelo APPRI cubano, en Anexo Nº 10

independientemente el procedimiento, complementan las reglas que decidan tomar las partes contendientes.

(C). Ámbito de aplicación temporal y subjetividad del inversionista.

El carácter temporal de este Acuerdo, fue durante mucho tiempo la justificación de ser un "riesgo controlado" para los Estados; y es exactamente aquí, donde construcciones jurídicas como la Cláusula Remanente y la de Trato de NMF, extiende en el tiempo, los efectos de estos Tratados ramificándose hacia otros instrumentos firmados por las partes.

El ámbito temporal de estos Acuerdos, está diseñado de forma tal, que su vigencia inicial que oscila entre los 10 y 15 años, una vez concluido se puede prorrogar por periodos iguales, de manera indefinida o por otros términos[185], aclarando el derecho de las partes a denunciar el Tratado siempre que se notifique su intención con seis o doce meses de antelación. Aún así, las inversiones surgidas durante el tiempo de duración del Acuerdo, se les ha reconocido una protección adicional por periodos generalmente de 10 a 15 años.

El modelo cubano, no se aparta de esta práctica e igualmente consagra un término de duración de 10 años, el cuál una vez concluido puede ser prorrogado de manera indefinida, con igual derecho para las partes de denunciar el Tratado en cualquier momento, siempre con seis meses de antelación[186]

Por otra parte, en la generalidad de los Acuerdos firmados se pacta su aplicación para las obligaciones surgidas antes y después de su entrada en vigencia, no así con las divergencias, para las que los efectos del Acuerdo son estrictamente irretroactivo[187]. Aún cuando se pudiese excluir las inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo, en virtud del Art. 28 de la Convención de Viena sobre derecho

[185] Por periodos iguales lo han prorrogados los APPRI firmados con Bolivia (Art. XII), Bélgica-Luxemburgo (Art. 13) y Portugal (Art. 13), entre otros. Los APPRI Chile, Alemania, Perú y México establecen prorrogas indefinidas. periodos sucesivos de cinco años nos muestran los APPRI de Italia, China y Viet Nam, Todos disponibles en http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779.

[186] Art. 30.3, Modelo de APPRI Cubano, Anexo Nº 10

[187] En el caso del APPRI firmado con México, en su Art. 14 regula que ese Acuerdo se aplicará a las inversiones existentes en la fecha de entrada en vigor, así como a las inversiones realizadas o adquiridas en lo sucesivo, rompiendo con la práctica anterior, Disponible en http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779.

de Tratado, nuestros Acuerdos han seguido a la práctica internacional y han extendido su aplicación a todas las Inversiones, acto basado en la igualdad de oportunidades para todos los inversionistas e imposible de evitar en virtud de la cláusula de trato de NMF.

En virtud de la subjetividad, estas disposiciones han universalizado el *Ius Standi* de los inversionistas, extendiendo su beneficio para todos los inversionistas y más allá de su supuesto carácter temporal de tales facultades.

2.5 Presupuestos procesales en los APPRIs que subjetivizan al inversionista. La cláusula de solución de controversias Inversionista vs. Estado y otros aspectos de incidencia.

En el presente Capitulo hemos visto a grandes rasgos como se fueron desarrollando diferentes mecanismos de protección de las Inversiones extranjeras, los cuales fueron asumidos por varios Estados en pos de consolidar su “clima de inversión” y hacerse más atractivos a las posibles inversionistas de capital.

Sin embargo, todos esos derechos desarrollados en los APPRIs no fueron la mayor conquista de los Inversionistas Extranjeros. Acorde con la doctrina de las garantía jurídicas, de nada sirve la declaración de un derecho, si no se establece una garantía que salvaguarde su cumplimiento. Es en este orden de idea, que la práctica internacional ha incluido dentro de los AII dos sistemas de solución de controversias que atienden: Conflictos entre partes firmantes del Tratado (Estados vs. Estado) y Conflictos entre el Estado receptor y un inversor de la otra parte (Inversionista vs. Estado). Este último mecanismo de solución de controversia, resulta el punto medular de nuestro debate.

Bajo este prisma, indiscutiblemente la mayor contribución de los APPRIs a los intereses de los inversionistas, está en haber logrado un mecanismo de solución de controversias en virtud de los cuales el inversor privado puede recurrir al arbitraje internacional para dirimir sus conflictos con el Estado receptor de la inversión. El solo hecho de que estos Acuerdos, cuyos contenidos son en esencia normas de tratamiento y protección para los inversionistas, regulen éste mecanismo de solución de controversias, implica admitir por los Estados firmantes, la creación de una jurisdicción especial, superior a la

de los Estados, donde el sujeto activo de la relación procesal será siempre el inversionista.

No es casual la dualidad de procedimientos, pues se deja claro que los Estados resolverán los conflictos que surjan de la interpretación y aplicación del Tratado, dejando bajo la competencia del mecanismo Inversionista –Estado, todas las reclamaciones provenientes de violaciones del contenido del Acuerdo, quedando bajo protección directa de los inversionistas las normas que lo benefician y de paso librar de toda participación y responsabilidad a los Estados de procedencia.

Este novedoso mecanismo de solución de controversia, rompe con el principio de no acceso del individuo a las instancias internacionales por los hechos ilícitos cometidos por un Estado distinto del de su nacionalidad. Así, en virtud de la teoría de la subjetividad jurídica internacional, se rompe la regla de la incapacidad del individuo y se establece la capacidad (procesal) de éste para acceder a las instancias internacionales, como excepción de la misma, atribuyéndosele una subjetividad jurídica internacional restringida al ámbito de aplicación del Acuerdo.

Por otra parte, recordemos la atipicidad de los APPRIs como tratado, al regular solo derechos para los inversionistas, dejando todas las obligaciones a costas de los Estados. Este desequilibrio en la carga obligacional, además de ser un ejemplo de desigualdad, repercute en la subjetividad del inversionista, pues imposibilita su responsabilidad ante el incumpliendo de una obligación, resultado deseado por los inversionistas, pero que a su vez se traduce en un reconocimiento relativo de su subjetividad al ser solo activa y no pasiva.

La justificación para la creación de éste mecanismo de solución de controversias, es la supuesta incapacidad de los órganos internos del Estado receptor para resolver las mismas, cuando dentro de sus fundamentos reales de existencia, está el hecho de que la necesidad de acudir a los tribunales nacionales como único o posible remedio al conflicto, constituye una desventaja para el inversionista.[188] Sobre esto, aún cuando

[188] AL respecto, el Prof. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA opina que: "…es indudable que ninguna de las partes puede aceptar ir a litigar a los tribunales nacionales de la otra parte. No sólo por el temor al prejuicio contra el extranjero, el favoritismo, la falta de imparcialidad sino sobre todo, porque ninguna empresa, ninguna persona dedicada a la actividad comercial internacional puede aceptar ir a litigar a un país

lógicamente puede tener sentido este razonamiento, se niega algo tan importante en la teoría del derecho, como son los mecanismos de controles judiciales y constitucionales, garantes principales no solo de ese principio de autonomía de los Órganos Públicos, sino de la propia legalidad de los actos de éstos.

Amén de lo planteado hasta ahora, los APPRIs incluyen ciertas particularidades que propician una observación diferente en las teorías tanto del régimen de protección de las Inversiones Extranjeras, como de la subjetividad jurídica internacional, ambas vistas desde el Derecho Internacional Público y sin perder la correlación existente.

Los diferentes cambios cualitativos que fueron transformando el régimen jurídico de las Inversiones Extranjeras dieron pie a las diferentes concepciones que sustentan el actual status jurídico subjetivo del inversionista. Para poder demostrar tal afirmación, debemos recordar y defender el amplio matiz procesal que caracteriza a la subjetividad jurídica internacional como institución jurídica.

Nótese el giro que gracias a los APPRIs, se produce en la situación del inversor extranjero, su protección frente al Estado huésped de la inversión ya no va a depender de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer o no la protección diplomática, institución que por demás se había debilitado con la práctica de la Doctrina Clavo, expresada en cláusula de instrumentos jurídicos de muchos de los países latinoamericanos tanto en sus textos constitucionales como en otras normas tanto locales como regionales[189].

Deteniéndonos en esta institución, veremos que su contenido en esencia establece que los pleitos con los ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser solucionados por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. Este

extranjero, contra un adversario que es nacional de ese país…" Citado por, GRANATO, Leonardo., *Protección al Inversor Extranjero… ob.cit.*, pp. 46

[189] El código de Inversiones Extranjeras adoptado en virtud del Pacto Andino en su Art. 51 establece la obligación de no introducir en un instrumento aplicable a los inversores extranjeros ninguna cláusula que establezca un mecanismo internacional de diferendos en materia de inversiones, *Vid*, GRANATO, Leonardo., *Aportes para la … ob.cit*. , pp.46

principio general teorizado por el diplomático e internacionalista argentino Carlos Calvo, se fundamenta en el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros.[190]

Esta doctrina fue interpretada por algunos Gobiernos (Ej.: EUA), como el requerimiento del agotamiento previo de los remedios locales (agotamiento del recurso interno) de manera absoluta[191]. Esto quiere decir, que la Cláusula Calvo bajo su interpretación, no reconoce algunas de las excepciones que la práctica internacional consuetudinaria aprecia en la necesidad de ir previamente a los recursos internos[192]; aunque otros tratadistas dentro de la propia corriente la identifiquen como una restricción de los recursos del inversionista a las vías judiciales y administrativas del Estado huésped[193].

Como punto de partida se puede admitir que la regla del agotamiento de los recursos internos, es una regla consuetudinaria del Derecho Internacional, en virtud de la cual un Estado no puede ejercer en contra de otro Estado su derecho de protección diplomática a favor de su nacional, sino bajo la condición de que este último haya puesto en marcha previamente y sin ningún éxito, todos los medios de reparación o corrección que le eran ofrecidos por la legislación del Estado en contra del cual la reclamación internacional es presentada.[194].

La regulación del agotamiento del recurso interno en los APPRIs o TBI, ha ido variando en el tiempo acorde a los modelos y tendencias tanto económicas como jurídicas. Algunos establecen modelos de solución de controversias como el *fork-in- the road* en el que se prevé que el inversor pueda acudir bien a los Tribunales internos del Estado

---

[190] TAMBURINI, Francesco; "Historia y destino de la Doctrina Calvo: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Nº 24, Valparaíso-Chile, 2002. Disponible en http://www.scielo.com

[191] Existen internacionalmente, tres interpretaciones dadas a la Doctrina Clavo; la rígida o absoluta que defiende como único recurso para los extranjeros el recurso interno; la moderada o *Soft Calvo,* que ve al recurso interno como requisito previo a la vía arbitral, *Vid,* HALAJCZUK, Bohdan T. y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho… , ob.cit. ,* pp. 226.

[192] El agotamiento del recurso internos, es una exigencia reconocida por el Derecho Internacional Consuetudinario dentro la práctica de los mecanismos de solución de controversias internacionales, entre ellos la protección diplomática, para la cual incluso se han establecido algunas excepciones, hoy objeto de Codificación en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Vid*, Art. 10, Proyecto de Tratado sobre Protección Diplomática, A/CN.4/L.31/ 3 de junio del 2003, Disponible en http://www.untreaty.un.org/ilc/reports/2003/spanish/chp5.pdf

[193] TAMBURINI, Francesco; "Historia y destino de la "Doctrina Calvo…", *ob.cit*.

[194] GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas Selectos de Derecho Internacional*, Cuarta Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 210, Disponible en http://www.bibliojuridica.org

receptor, bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Otros se apartan de este modelo y optan por exigir al inversor-salvo pacto en contrario-que someta primero las controversias a los tribunales nacionales y en caso de no emitirse sentencia al respecto o atenderse sus pretensiones en un periodo de tiempo, acudir a la vía arbitral (Cláusula *Soft Calvo)*.[195]

Sin embargo, en los últimos años se ha incrementado la tendencia a excluir los recursos internos previos dentro de los mecanismos de solución de controversias[196]. Esto ha tenido una mayor incidencia debido a los efectos de las cláusulas de NMF, pues en la medida que estos dos países –utilizando el ejemplo-hayan firmados o firmen algún AII, la exclusión de esta regla se irá expandiendo al resto de los Tratados, desmontándose la facultad de cada Estado de determinar que materia es arbitrable o no según su política económica[197].

En resumen, esta interpretación de la Cláusula Calvo como requerimiento del agotamiento interno, se reorientó en pos de fortalecer la figura de los inversionistas ante los Estados. Su propio desarrollo nos muestra como ante la imposición de la obligatoriedad del recurso interno y la renuncia de una protección diplomática usada en exceso, los inversionistas no se aferran a esta institución e incorporan en sus instrumentos el agotamiento del recurso interno, primero subsidiariamente, luego de manera excluyente respecto al arbitraje, para finalmente, una vez que estos acuerdos eran mayormente utilizados, eliminar esta exigencia. Así, dan celeridad al acceso a las instancias internacionales por el inversionista (*ius standi)* y consagran aún más su subjetividad internacional.

Otra nota común a los APPRIs es la relativa al Derecho aplicable. Todos los ellos disponen que el tribunal arbitral habrá de resolver conforme a las propias disposiciones

---

[195] DÍEZ – HOCHLEITNER, Javier; "El arbitraje internacional como cauce de protección de los Inversores Extranjeros en los APPRI", en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez),* Nº 11, mayo 2005, pp.3, Disponible en http://www.vlex.com/vid/279387

[196] Existe consentimiento que el primer instrumento en excluir tal regla, fue firmado entre Argentina y Francia, suscripto en París, el 3 de julio de 1991 entrando en vigor el 30 de junio de 1992. Disponible en *http://*www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/periodo2005/tp2005/2005_tp052.htm - 58k

[197] *Vid,* FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique; "Atribución de competencia a través de la Cláusula de la Nación más Favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica Arbitral Internacional en materia de Inversiones Extranjeras", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* Nº 1/2007, Disponible en http://www.reei.org/reei1/reei1-07.pdf. pp. 5

del APPRIs, las normas de Derecho Internacional general aplicables en la materia y el Derecho interno del Estado en el que se realizó la inversión. Se asegura con ello la inmunidad del inversor extranjero frente a los cambios legislativos del Estado huésped que resulten contrarios al correspondiente APPRIs o al Derecho Internacional general[198].

El mecanismo de solución de controversias Inversionista vs. Estado se ha ido socializando en la práctica internacional. En ello ha jugado un rol esencial la amplia aceptación que ha tenido el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI). Sobre este mecanismo quisiera destacar algunos elementos que resultarían útiles a la naturaleza de nuestro debate.

En primer lugar, recordemos que al referirnos a la subjetividad jurídica en general, señalamos algunos criterios de aceptación internacional que defendían la existencia de una norma internacional atributiva de subjetividad jurídica internacional[199], idea que si bien no fue del todo acogida en el caso de los Estados como sujetos, dada la carencia en el orden jurídico internacional de criterios que pudiesen imponerse uniformemente en orden a la atribución de la cualidad de sujeto del mismo, si tuvo cierta acogida en su redimensionamiento hacia los otros sujetos no estatales, para los que se cede dando primacía al reconocimiento dado por los sujetos ya admitidos(Estados, OI), reconocimiento fundamentado en virtud de la existencia de una norma internacional, a la que dan su consentimiento los sujetos del DI(acto de reconocimiento) y que regula las obligaciones y derechos de los posibles nuevos sujetos, así como su responsabilidad ante la infracción de la misma.

Tomando como base esta idea, se puede inferir que el Convenio en el momento en que se crea, al hacer alusión a los inversionistas, da por sentado su subjetividad jurídica internacional, al crearle una instancia internacional de Derecho Público[200]. La idea es

---

[198] PASTOR PALOMAR, Antonio; "Inversiones España-China bajo el nuevo APPRI 2005", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* Nº 1/2006, Disponible en http://www.reei.org/reei1/reei1-06.pdf , pp.3

[199] *Vid*, Epígrafe 1.2 *Supra* pp. 12-21.

[200] El CIADI es creado en virtud de un Tratado firmado por los Estados en funciones soberanas, y por demás está inscrito al Banco Mundial, institución creada por en virtud del nuevo Orden Económico Social creado en *Breton Woods* y cumpliendo muchas veces las políticas del Fondo Monetario Internacional (FMI) mecanismo creado en igual enclave.

que este Convenio establece un mecanismo de solución de conflicto público, para el caso de que se violen derechos que no aparecen en una norma internacional sustantiva que le preceda[201], es decir, establecen como sujeto de la relación procesal que tienen por contenido, a un ente cuya subjetividad no es atribuida por el Convenio, ni se encuentran claramente definida por práctica o norma anterior.

Consideramos, que este aspecto va más allá de cualquier formalismo o posible tendencia normativista respecto al Ordenamiento Jurídico Internacional, ya que estamos ante un caso *sui generis* dentro de las estructuras internacionales. El CIADI ha tenido un mayor auge en su labor en la medida que en los últimos tiempos se han expandido los Tratados Bilaterales de Inversión[202], normas que legitiman la institución al consagrar derechos y deberes para los inversionistas, lo que nos deja la idea de haberse consagrado primero el mecanismo de protección y después los derechos reconocidos en norma internacional, a proteger por dicho mecanismo.

Otro aspecto interesante de esta Convención, está en la distinción que realiza al separar las personas naturales y jurídicas dentro del tratamiento al nacional de otro Estado contratante[203], lo que rompe con la costumbre internacional de incluirlos dentro del término "particulares" o "individuos"; esto responde al ánimo que perseguían los Estados de mayor influencia en la Convención, de plasmar un status jurídico favorable a las personas jurídicas privadas en concepción separada del hombre; práctica que por demás es repetida en el marco de los APPRIs y otros AII.

---

[201] por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos protege los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la vez pronunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos; en igual sentido se proyecta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto al Convenio Europeo parea la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convención de Roma de 1959). *Vid,* Epígrafe 1.3, pp.25. Convención de Roma de 1959

[202] De las controversias existentes, un 78% es proveniente de violaciones de algún TBI, un 14% del TLCAN y un 6% del Tratado sobre la Carta de Energía. Se dictaron 42 fallos a favor de los Estados y 40 a favor de los inversores; 37 controversias se solucionaron amigablemente y 154 seguían pendientes. Los fallos dictados en 17 controversias no son de dominio público, *Vid*, UNCTAD, "La dimensión de desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversión…", *ob.cit*., pp.9 y ÁLVAREZ ÁVILA, Grabiela.," Las características del Arbitraje del CIADI", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* Vol. II, 2002, pp. 205-229, Disponible en http://www.bibliojurídica.org

[203] Art. 25.2, Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Firmado en Washington el 18 de marzo de 1965, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. Disponible en http://www.worlbank.org/icsid

Inicialmente se concibió el mecanismo para proteger los inversionistas de los Estados miembros de la Convención, limitación que sería vencida con las Reglas del Mecanismo Complementario, resultantes de la autorización dada por el Consejo Administrativo al Secretario del CIADI para administrar procedimientos que estén fuera del alcance del Convenio del CIADI[204], lo que universalizaba la subjetividad de los inversionistas, tanto personas naturales como jurídicas. No obstante resultaría incorrecto declarar la supremacía del CIADI como órgano solución de conflictos; cifras actuales demuestran un aumento generalizado de los arbitrajes Inversionistas-Estados, en otras instancias (UNCITRAL, CCI, etc.)[205] Por otra parte, la especialización en la competencia del CIADI a disputas que surjan directamente de una inversión y el carácter público de sus laudos, han sido factores que motivan una mayor confianza para los Estados al momento de incorporarse, logrando que la práctica de este mecanismo sea mayor.

De todas formas las raíces del CIADI en las relaciones económicas internacionales son fuertes. Actualmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), en su capítulo X prevé que el inversionista, pueda someterla a arbitraje conforme a las reglas del arbitraje del CIADI o de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés).

También el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela incluye la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional. Por su parte, la Decisión 220 del Pacto Andino permite a cada uno de sus miembros elegir, bajo su legislación nacional, los mecanismos de solución de controversias aplicables a los contratos de inversiones extranjeras,

Volviendo sobre el punto central, la idea es que el reforzamiento de la subjetividad internacional del individuo en la condición de inversionista, se ha ido incrementando a través del debilitamiento de las instituciones tradicionales del derecho Internacional, instrumentadas a través de facultades del Estado, lo que se traduce en un debilitamiento de los Estados mismos. Se trata de una "feudalización" del derecho, de

[204] *Vid* ,Art. 2º (a) y 4º (2) del Reglamento del Mecanismo Complementario, Disponible en http://www.worlbank.org/icsid

[205] *Vid*, Anexo Nº 7: Número de arbitrajes conocidos sobre controversias entre un inversor y un Estado, cifras anuales y acumuladas, de 1995 a octubre de 2008, Fuente: Base de Datos de la UNCTAD sobre AII. Disponible en www.unctad.org/iia.

un derecho corporativo opuesto al derecho público nacional e internacional, que funciona en el interés exclusivo del gran capital transnaci-onal y de los Estados ricos y en detrimento de los derechos fundamentales de los Estados llamados periféricos y de sus pueblos[206]

En los últimos años, ha llamado cada vez más la atención el aumento de las controversias, principalmente las relativas a inversiones en infraestructura, sobre las que han versado la mayoría de estos conflictos. El hecho de que más de 90 controversias conocidas se refieran a infraestructuras pone de manifiesto que la celebración de AII (y la coexistencia de AII y contratos con el Estado) puede tener importantes consecuencias para los Estados receptores[207].

Las controversias han provocado un debate sobre las consecuencias de los acuerdos internacionales de inversión y, en especial de los tratados bilaterales. Preocupa a algunos observadores que la mayor protección y seguridad para los inversionistas extranjeros se han logrado a costa de una excesiva reducción de la flexibilidad reguladora de los gobiernos. Sostienen que la posibilidad de un arbitraje entre los inversionistas y el Estado puede menoscabar la capacidad de los Estados de adoptar normas para el bienestar público y otras reglamentaciones en el interés de la ciudadanía[208].

América Latina ha dado un paso seguro al respecto, a partir de noviembre de 2008, Bolivia se retiró del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. En diciembre de 2007, el Ecuador anunció que suspendía su consentimiento al arbitraje del CIADI en casos de controversias sobre contratos correspondientes a los sectores minero y petrolífero, además de denunciar 9 de sus 25 tratados bilaterales de inversión. La República Bolivariana de Venezuela ha

[206] TEITELBAUM, Alejandro; "El ALCA está entre nosotros: Los tratados Bilaterales de Libre Comercio", Disponible en http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=553 - 130k.
[207] *Vid*, Anexo Nº 8: Número de diferencias conocidas relativas a inversiones en infraestructura, 1996-2007 (Casos nuevos por año), Fuente: UNCTAD, *World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge.*
[208] *Vid*, Informe de Inversiones 2008, UNCTAD, 2008, Disponible en http://www.unctad.org

expresado intenciones similares respecto al consentimiento del CIADI, amén de que en abril del 2008 denunció su tratado bilateral de inversión con los Países Bajos.[209]

Lo anterior nos demuestra que se ha logrado expandir este mecanismo de solución de controversias, utilizándose los APPRIs, TBI o los Capítulos de Inversiones como Caballo de Troya y a los Estados receptores como la Troya misma, sin Héctor y con las puertas abiertas.

[209] UNCTAD, "La dimensión de desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversión…", *ob.cit*., pp.5.

Conclusiones

1. La subjetividad jurídica internacional, se caracteriza por su naturaleza subjetiva, siendo necesario para gozar de tal *status*, de un acto de reconocimiento por parte de los sujetos del DIP con los que se opera conjuntamente en la sociedad internacional. No obstante, la capacidad de obrar y la capacidad de goce de éstos posibles sujetos, varía para el caso de entes distintos de los Estados, cuya aptitud para hacer valer sus derechos antes instancias internacionales o para ser responsable por el incumplimiento de una obligación, depende igualmente de tal reconocimiento, incidiendo en la plenitud de su subjetividad jurídica internacional.

2. La subjetividad jurídica internacional del individuo, ha tenido como fuente y principal fundamento para su desarrollo, el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, evolucionando dentro de las instituciones de este Derecho Internacional particular, impulsado por un proceso de socialización y humanización del DIP. Así, el individuo ha logrado cada vez un mayor acceso independiente a los mecanismos judiciales y no judiciales dentro de las instancias internacionales para la protección de los derechos humanos. Esta subjetividad internacional, se justifica en el carácter humanista del DIP y se limita su interpretación al ámbito de los derechos humanos.

3. Los procesos de liberalización y globalización del comercio internacional, han contribuido a una expansión del individuo en sus relaciones económicas internacionales, buscando a ultranza de la soberanía de los Estados, el acceso de manera directa a instancias internacionales de solución de controversias, intentando universalizar esta práctica y con ella su subjetividad jurídica internacional.

4. Los APPRIs, han constituido el instrumento jurídico internacional donde el individuo, en su condición de inversionista y a través de los mecanismos de solución de conflictos Inversionistas – Estados, tiene la posibilidad de reclamar al Estado receptor de la inversión, por la violación de cualquiera de las normas del

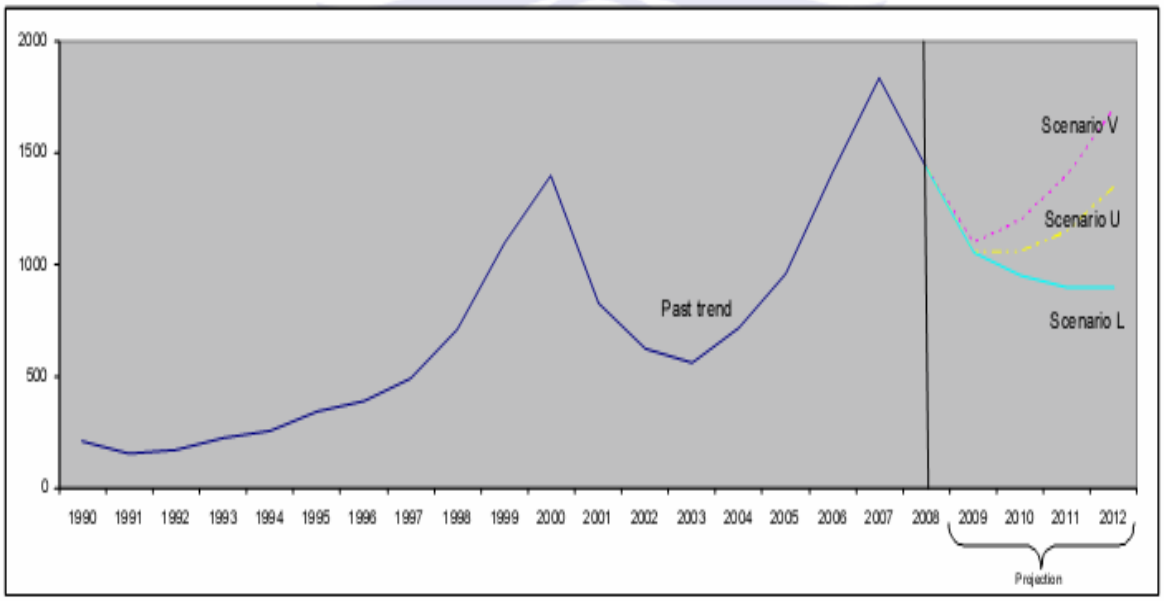
Acuerdo ante instancia arbitral internacional. La práctica cubana ha reconocido esta subjetividad internacional al individuo, consagrando tales efectos jurídicos tanto en los instrumentos ya firmados, como en el modelo cubano de APPRI propuesto.

5. La subjetividad jurídica internacional reconocida al individuo en virtud de los APPRIs, se caracteriza por ser restringida al ámbito de aplicación material del Acuerdo y oponible solo a las partes del mismo. Igualmente, al regularse solo derechos para el inversionista y ninguna obligación posible de exigir por igual vía procesal, se afecta la plenitud de su subjetividad jurídica internacional al carecer de subjetividad jurídica pasiva. La discrecionalidad o exclusividad de la vía arbitral respecto al agotamiento del recurso interno, ha constituido-entre otros aspectos-un catalizador del acceso del individuo a las instancias internacionales y por tanto de su subjetividad jurídica internacional.

Anexos

Anexo Nº 1

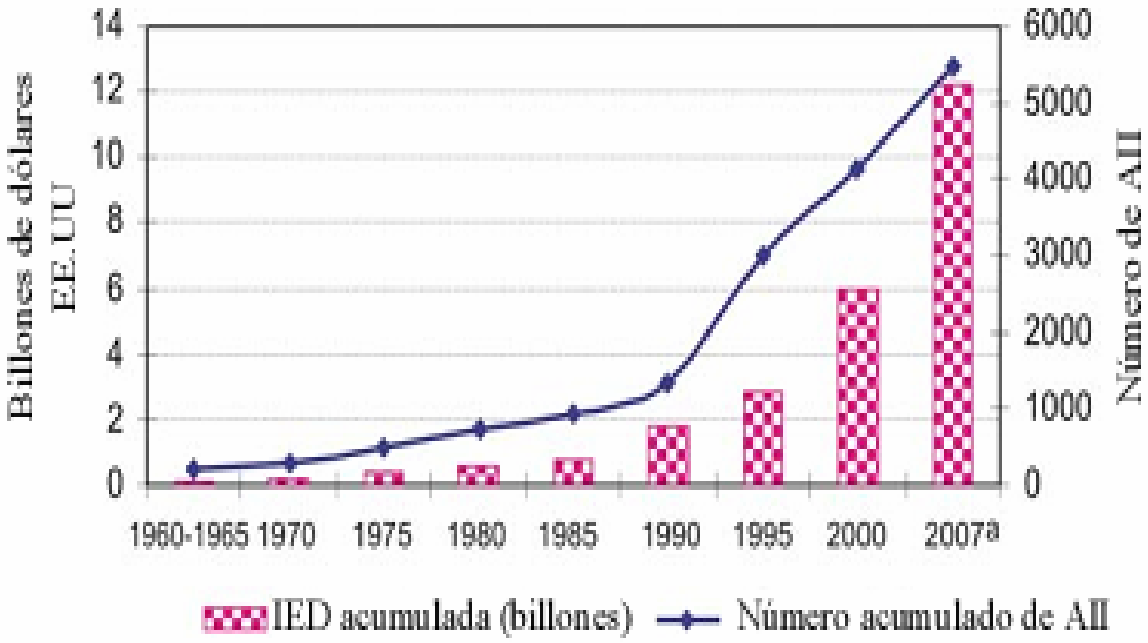
Evolución Global de las Inversiones Extranjeras Directas (IED) y tres posibles escenarios para el periodo 2009-2012.



Fuente: Base de Datos de la UNCTAD sobre IED/ETN (en Inglés). Disponible en www.unctad.org/iia

Anexo Nº 2

Incremento del número de AII y de la IED a acumulada (1960-2007)



Base de datos de la UNCTAD sobre leyes y reglamentos nacionales, Disponible en http://www.unctad.org/iia

Anexo Nº 3

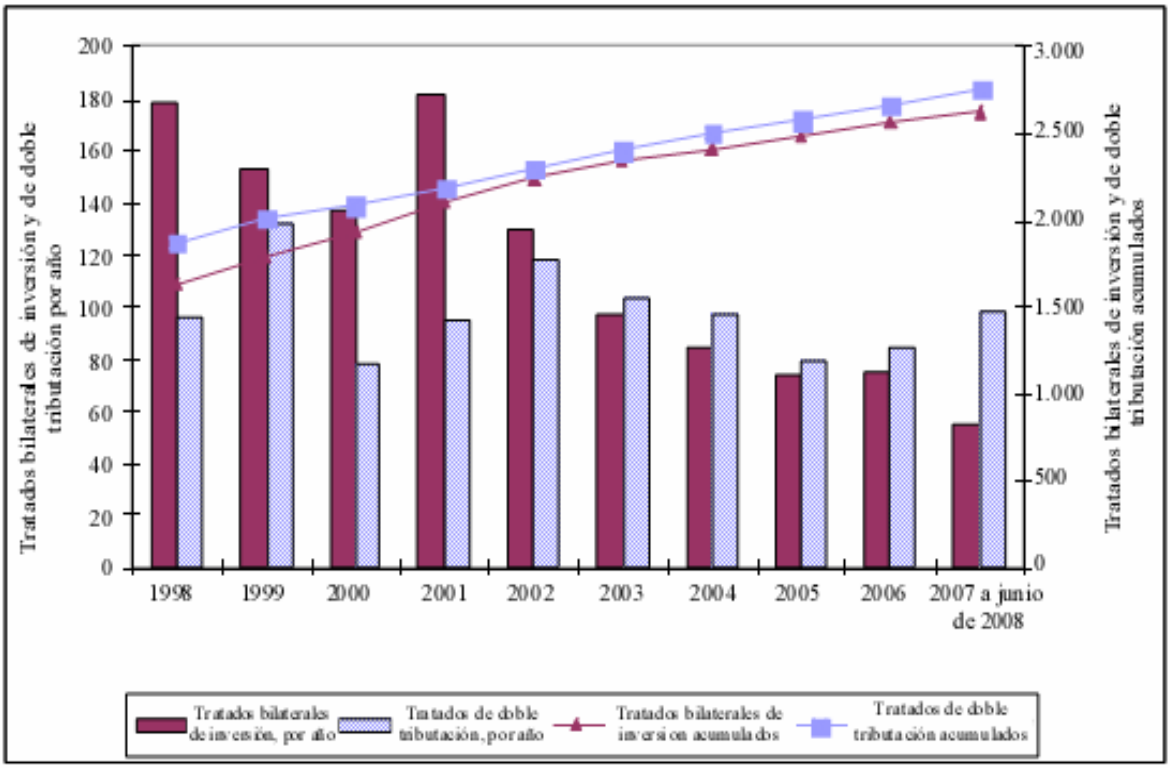
Cambios reglamentarios nacionales, 1992-2007

Concepto	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Numero de Países que introdujeron cambios	43	36	49	63	66	76	60	65	70	71	72	82	103	92	91	58
Numero de Cambios reglamentarios	77	100	110	112	114	150	145	139	150	207	246	242	270	203	177	98
Más favorable	77	99	108	106	98	134	136	130	147	193	234	218	234	164	142	74
Menos Favorable	0	1	2	6	16	16	9	9	3	14	12	24	36	41	35	24

Fuente: Base de datos de la UNCTAD sobre leyes y reglamentos nacionales, Disponible en http://www.unctad.org/iia

Anexo Nº 4

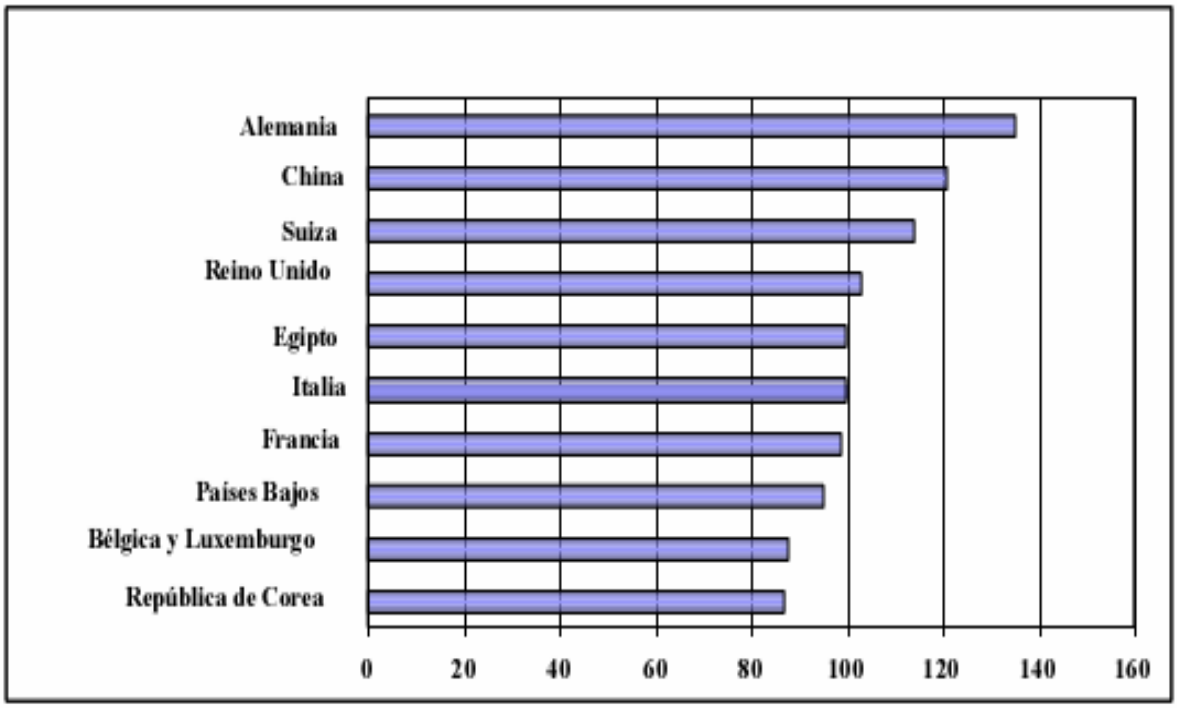
Número de tratados bilaterales de inversión y tratados de doble tributación concertados; cifras anuales y acumuladas de 1998 a junio de 2008.



Fuente: Base de Datos de la UNCTAD sobre AII. Disponible en www.unctad.org/iia

Anexo Nº 5

Lista de los diez principales signatarios de Tratados Bilaterales de Inversión a junio de 2008



Fuente: Base de Datos de la *UNCTAD sobre AII. Disponible en* www.unctad.org/iia

Anexo Nº 6

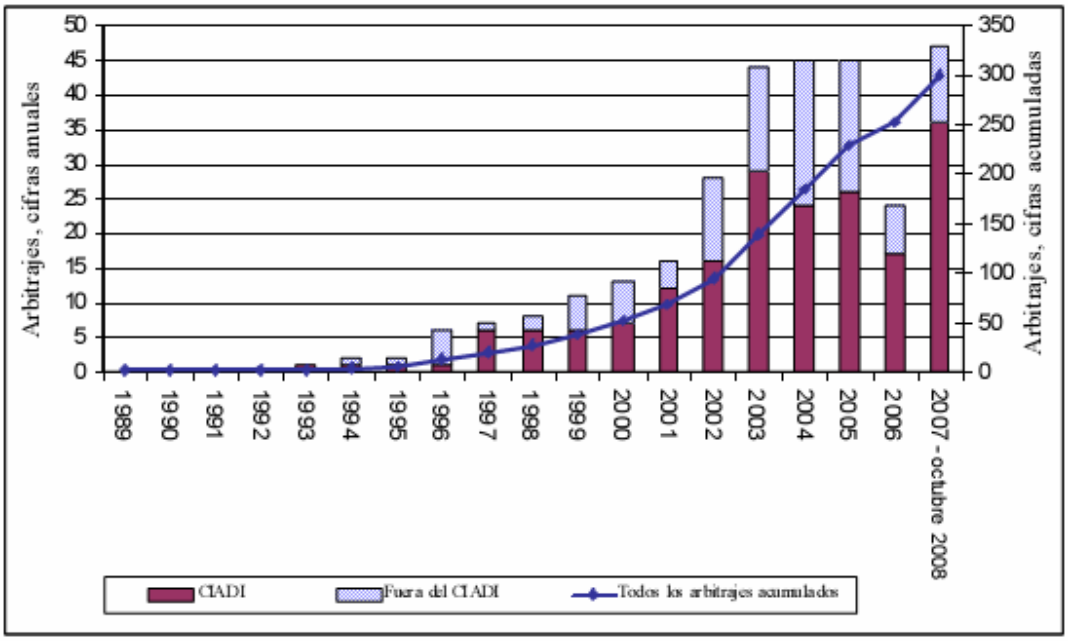
Listado de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) firmados por Cuba.

No.	PAÍS	AÑO DE SUSCRIPCIÓN	Nº	PAÍS	AÑO DE SUSCRIPCIÓN
1.	Italia	1993	32	Bélgica-Luxemburgo	1998
2.	Rusia	1993	33	Portugal	1998
3.	España	1994	34	Bulgaria	1998
4.	Colombia	1994	35	Surinam	1999
5.	Reino Unido	1995	36	Panamá	1999
6.	China	1995	37	Mongolia	1999
7.	Bolivia	1995	38	Trinidad y Tobago	1999
8.	Ucrania	1995	39	Guatemala	1999
9.	Viet Nam	1995	40	Argelia	1999
10	Argentina	1995	41	Guyana	1999
11	Sudáfrica	1995	42	Holanda	1999
12	Líbano	1995	43	Rep. Dominicana	1999
13	Chile	1996	44	Ghana	1999
14	Rumania	1996	45	Hungría	1999
15	Barbados	1996	46	Zambia	2000
16	Alemania	1996	47	Austria	2000
17	Grecia	1996	48	Bielorrusia	2000
18	Suiza	1996	49	Yugoslavia	2000
19	Venezuela	1996	50	Perú	2000
20	Eslovaquia	1997	51	Paraguay	2000
21	Francia	1997	52	Dinamarca	2001
22	Laos	1997	53	Croacia	2001
23	Ecuador	1997	54	Camboya	2001
24	Cabo Verde	1997	55	México	2001
25	Jamaica	1997	56	Honduras	2001
26	Brasil	1997	57	Mozambique	2001
27	Namibia	1997	58	Qatar	2001
28	Indonesia	1997	59	Finlandia	2001
29	Malasia	1997	60	CARICOM	2001
30	Turquía	1997	61	Uganda	2002
31	Belice	1998	62	San Marino	2002

Fuente: Sitio Oficial Centro para la Promoción del Comercio Exterior de Cuba (CEPEC), Sección Inversión Extranjera, Disponible en http://www.cepec.cu/inversionextranjera.php (Visita 10 de Febrero del 2009).

Anexo Nº 7

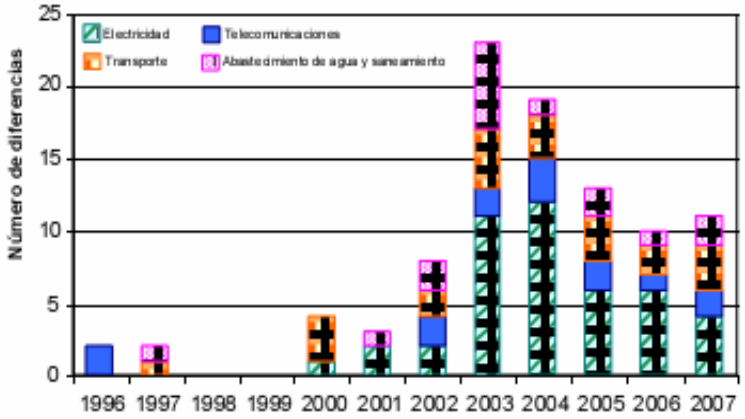
Número de arbitrajes conocidos sobre controversias entre un inversor y un Estado, cifras anuales y acumuladas, de 1995 a octubre de 2008



Fuente: Base de Datos de la *UNCTAD sobre* AII. Disponible en www.unctad.org/iia

Anexo Nº 8

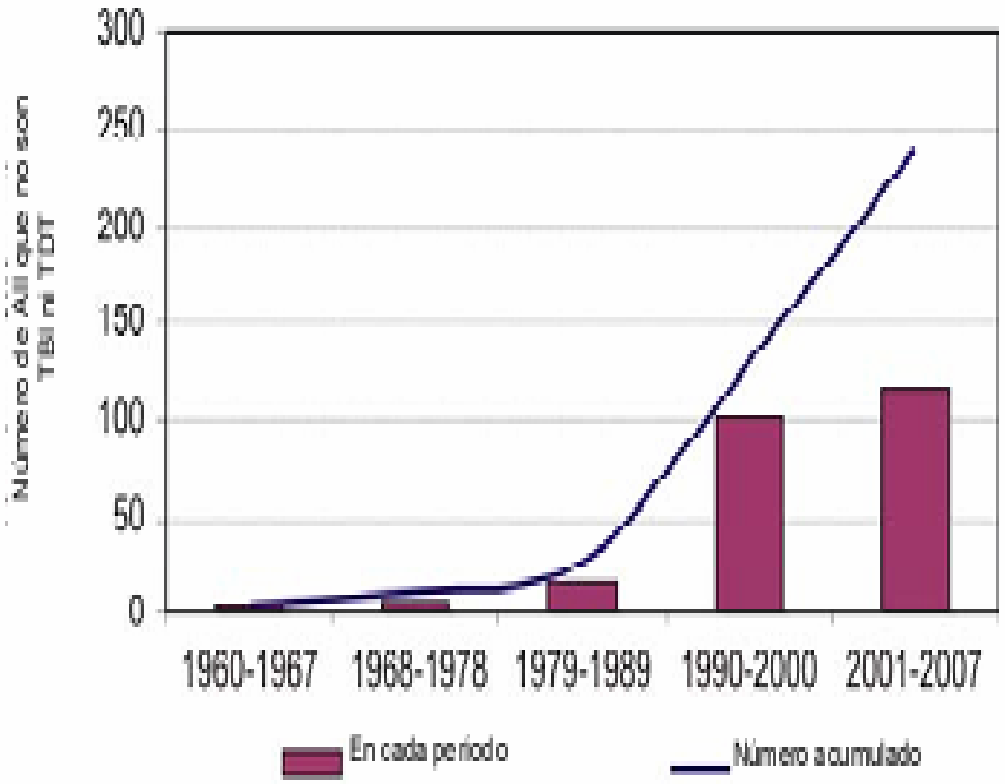
Número de diferencias conocidas relativas a inversiones en infraestructura, 1996-2007 (Casos nuevos por año)



Fuente: *UNCTAD, World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge,* Disponible en www.unctad.org/iia

Anexo Nº 9

Aumento de los AICP, 1960-2007



Fuente: Base de Datos de la *UNCTAD sobre* AII. Disponible en www.unctad.org/iia

Anexo Nº 10: Modelo de APPRI Cubano.

ACUERDO

ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA

Y

EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE

PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE LAS INVERSIONES

El Gobierno de la República de Cuba y el Gobierno de la República de ; en lo adelante “las Partes Contratantes”,

En el deseo de crear y mantener condiciones favorables que propicien que los inversionistas de una Parte Contratante realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante,

Reconociendo que la promoción y la protección recíproca de las inversiones mediante un acuerdo internacional contribuirán a estimular la iniciativa comercial y fomentará la prosperidad de ambas Partes,

Han convenido cuanto sigue:

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1
Definiciones

A los efectos del presente Acuerdo:

1. Por **"Inversión"** se entiende cualquier tipo de activo invertido por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la leyes y reglamentos de esta última, incluyendo, en particular, aunque no exclusivamente:

    i. Bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho real tales como hipotecas y derechos de garantía sobre propiedad de terceros;

    ii. Derechos derivados de acciones, títulos, obligaciones y cualquier otro tipo de participación en una sociedad legalmente establecida en el territorio de la otra Parte Contratante;

    iii. Créditos financieros por sumas de dinero o cualquier otro derecho para obligaciones conforme a un contrato con valor económico;

    iv. Derechos de propiedad intelectual tales como derechos de autor, patentes, modelos industriales, procesos tecnológicos, know how, secretos comerciales, nombres comerciales y goodwill, relacionados con la inversión;

    v. Concesiones comerciales conferidas por la ley o mediante contratos, incluyendo las concesiones para la búsqueda, el cultivo, la extracción o la explotación de los recursos naturales;

El termino "inversión" también se aplicará a las "utilidades" retenidas con el fin de reinvertirlas y a las ganancias provenientes de la "liquidación" según los términos que se definen mas adelante.

2. Por **"Utilidades"** se entiende las sumas generadas por una inversión y, en particular, aunque no exclusivamente, los réditos, el interés, la renta de capital, los dividendos, las regalías y honorarios;

3. Por **"Liquidación"** se entiende: cualquier enajenación efectuada con el fin de renunciar parcialmente o poner fin a una inversión

4. Por **“Inversionista”** se entiende:

    a) persona natural:

        i. Con respecto a Cuba: personas naturales que sean ciudadanos de esa Parte Contratante conforme a sus leyes y tenga su residencia permanente en el territorio nacional;

        ii. Con respecto a :

    b) persona jurídica: cualquier compañía constituida u organizada bajo las leyes de la otra Parte Contratante, y que tenga actividades sustantivas de negocios en el territorio de esa Parte Contratante.

5. Por **“Compañía”** se entiende: cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental e incluye las corporaciones, carteles, sociedades, sociedades unipersonales, sucursales, empresas mixtas, asociaciones (“*partnerships*”) u organizaciones similares.

6. Por **“Territorio”** se entiende:

    i. Con respecto a Cuba: la República de Cuba cuyo territorio está integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud y las demás islas y cayos, las aguas interiores así como el mar territorial y las áreas exteriores a él en los cuales, en virtud de su legislación interna y de conformidad con el Derecho Internacional, se extiende su soberanía y jurisdicción para los fines de exploración de las riquezas naturales, biológicas y minerales de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho el subsuelo del mar.

    ii. Con respecto a :

ARTICULO 2
Admisión de las Inversiones

Cada Parte Contratante promoverá y creará condiciones que propicien la inversión de capital en su territorio por parte de los inversionistas de la otra Parte Contratante y, conforme a sus disposiciones legales vigentes, admitirá dichas inversiones.

CAPÍTULO II: PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN

ARTÍCULO 3
Trato Nacional

1. Cada una de las Partes Contratantes, en el ámbito de su propio territorio, otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas con respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. Cada una de las Partes Contratantes, en el ámbito de su propio territorio, otorgará a las inversiones protegidas por este Acuerdo un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas con respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación venta u otra disposición de las inversiones.

ARTÍCULO 4
Trato de Nación más Favorecida

1. Cada una de las Partes Contratantes otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier tercer Estado respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación venta u otra disposición de las inversiones.

2. Cada una de las Partes Contratantes otorgará a las inversiones protegidas por este Acuerdo un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación venta u otra disposición de las inversiones.

ARTÍCULO 5
Nivel Mínimo de Trato

1. Cada una de las Partes Contratantes otorgará a las inversiones protegidas por este Acuerdo un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Las Partes convienen que un trato acorde con el derecho internacional se refiere al nivel mínimo de trato que debe ser otorgado a las inversiones protegidas por este Acuerdo, resultante de una práctica general y consistente que los Estados siguen, otorgándole un carácter de obligación legal; se refiere a los principios de la Ley internacional generalmente aceptada que protegen los derechos económicos y los intereses de los extranjeros. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección

y seguridad plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato, o que vaya más allá de éste y no crea derechos sustantivos adicionales.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional distinto, no significa que se ha violado el presente Artículo.

ARTICULO 6
Expropiación y Compensación

1. Las inversiones protegidas por este Acuerdo no serán nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas de naturaleza jurídica similar a la nacionalización (en lo adelante denominado como "expropiación"), excepto:

   a) por razones de utilidad pública;

   b) sobre bases no discriminatoria;

   c) conforme al debido proceso jurídico; y

   d) mediante el pago de una compensación adecuada.

2. La compensación referida en el párrafo anterior deberá:

   a) ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que se efectuara la expropiación ("la fecha de expropiación"). Los criterios de valuación comprenderán el valor corriente, el valor de los activos, incluidos el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

   b) no reflejar cambio alguno en su valor debido a que la expropiación hubiere sido conocida con anterioridad.

   c) ser pagada sin demora, en moneda libremente convertible a selección del inversionista, aplicando la tasa de cambio vigente el día del pago en el territorio de la Parte Contratante que expropia.

   d) incluir intereses por mora, desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago, a la tasa activa prevaleciente en el mercado interbancario para la Parte Contratante que hace el pago.

   e) ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. El inversionista afectado tendrá derecho, conforme a la ley de la Parte Contratante que expropia, a una pronta revisión, por parte de una autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente de esa Parte, de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en el presente Artículo.

ARTICULO 7
Resarcimiento por Pérdidas

1. Los inversionistas de una Parte Contratante cuyas inversiones sufran pérdidas ocasionadas por guerras u otros conflictos armados, un estado de emergencia nacional, rebelión, insurrección, motín u otros eventos similares en el territorio de la Parte Contratante receptora de la inversión, recibirán un trato, en lo referente a la restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, no menos favorable que el que esta última Parte Contratante, otorgue a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier tercer Estado.

   Los pagos correspondientes serán libremente transferibles de acuerdo con las disposiciones del Artículo 8 siguiente.

ARTICULO 8
Libre Transferencia

1. Cada Parte Contratante permitirá a los inversionistas de la otra Parte Contratante la libre transferencia, desde y hacia su territorio, de los fondos relacionados con las inversiones protegidas por este Acuerdo. Dichas transferencias serán realizadas de conformidad con la legislación de la Parte Contratante receptora de la inversión, después de cumplidas las obligaciones fiscales y sin demora injustificada e incluyen:

   a) el capital inicial y cualquier capital adicional para el mantenimiento, gestión y desarrollo de la inversión;

   b) Los rendimientos corrientes;

   c) Las cantidades necesarias para el servicio, reembolso y amortización de préstamos reconocidas por ambas Partes Contratantes como inversión;
   d) El producto resultante de la venta o liquidación total o parcial de las inversiones;

   e) Las indemnizaciones u otros pagos previstos en los artículos 6 y 7 del presente Acuerdo; o

   f) Cualquier pago que pueda haber sido efectuado a nombre del inversionista en virtud de la Sección Primera del Capitulo III del presente Acuerdo.

2. A los efectos del párrafo 1 anterior, se considerará que las transferencias fueron realizadas sin demora injustificada cuando las mismas hayan sido llevadas a cabo dentro del período normalmente necesario para la realización de la transferencia.

3. Las transferencias se realizarán en la moneda convertible en la que se invirtió originalmente el capital o en cualquier otra moneda convertible acordada por el

inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, conforme al tipo de cambio prevaleciente en el mercado a la fecha de la transferencia.

4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1, 2 y 3 de este Artículo, las Partes Contratantes podrán establecer restricciones a la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión , dado cualquiera de los siguientes casos:

   a) infracciones penales o administrativas, así como garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos;

   b) dificultades graves en la balanza de pagos o de una amenaza a la misma, siempre y cuando la Parte Contratante afectada instrumente medidas o un programa de conformidad con los estándares internacionales reconocidos.

   c) desequilibrio fundamental en la operación de las políticas cambiaria o monetaria de una Parte Contratante o de una amenaza a la misma.

En todo caso, dichas restricciones serán ejercidas por un período limitado de tiempo y mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de su legislación.

ARTICULO 9
Subrogación

1. Si una Parte Contratante o la entidad por ella designada ha otorgado una garantía financiera contra riesgos no comerciales, respecto a una inversión protegida por este Acuerdo, y realiza un pago al amparo de tal garantía, la otra Parte Contratante reconocerá la subrogación de esa Parte Contratante o entidad designada, respecto de cualquier derecho, título, reclamación, privilegio o derecho de acción existentes o que pudieren surgir.

2. En ningún caso, la Parte Contratante o la entidad subrogadas ejercerán mayores derechos que aquellos que tenía el inversionista original. Tampoco el inversionista podrá reclamar tales derechos a la otra Parte Contratante, salvo autorización expresa de la Parte Contratante o entidad subrogadas.

3. En caso de que se suscite una controversia, la Parte Contratante que se haya subrogado en los derechos del inversionista no podrá iniciar o participar en procedimientos ante un tribunal nacional, ni someter el caso a arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones del Capítulo III del presente Acuerdo.

CAPÍTULO III: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

SECCIÓN PRIMERA

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA -ESTADO

ARTICULO 10
Alcance

1. La presente Sección aplicará a las controversias que se susciten entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de otra Parte Contratante (Partes Contendientes), derivadas de un presunto incumplimiento por esa Parte Contratante de una obligación establecida en el Capítulo II del presente Acuerdo y que el inversionista haya sufrido pérdida o daño en virtud de ese incumplimiento o como consecuencia de este.

ARTICULO 11
Consultas y Negociaciones

1. Las Partes contendientes deben tratar de resolver la controversia inicialmente mediante consultas y negociaciones, para lo cual el inversionista contendiente notificará por escrito su intención de someter la reclamación a arbitraje a la Parte Contratante contendiente. Dicha notificación deberá contener:

   a) el nombre y domicilio del inversionista;

   b) las disposiciones del Capitulo II del presente Acuerdo presuntamente incumplidas, así como cualquier otra que resulte aplicable;

   c) los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la reclamación;

   d) monto aproximado de los daños y la compensación pretendida.

ARTICULO 12
Arbitraje

1. Si la controversia no pudiere ser resuelta de forma amistosa en un término de 180 días siguientes a la fecha de la notificación referida en el Artículo 11 anterior, el inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje conforme a:

   a) el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), vigente al momento de la entrada en vigor de este Acuerdo.

b) el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) para el Arbitraje de Controversias entre dos Partes de las que solamente una es un Estado, de 6 de julio de 1993, con sus reformas.

c) las Reglas del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sus reformas.

2. El procedimiento arbitral escogido regirá el arbitraje, excepto en la medida de lo modificado por este Acuerdo.

ARTICULO 13
Condiciones y Limitaciones al Arbitraje

1. El inversionista contendiente solo podrá someter una reclamación a arbitraje si:
   a) ha manifestado su consentimiento al arbitraje conforme a los procedimientos establecidos en el presente Acuerdo;

   b) ha agotado las vías de solución amistosa de la controversia conforme a los términos expresados en el presente Acuerdo; y

   c) renuncia a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante cualquier tribunal judicial o administrativo de conformidad con la legislación de cualquiera de las Partes Contratantes u otros procedimientos de solución de controversias con respecto a la medida de la Parte Contratante Contendiente que constituya un supuesto incumplimiento del capítulo II, salvo los procedimientos en los que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños, ante un tribunal administrativo o judicial, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante contendiente.

2. El inversionista contendiente no podrá someter una reclamación a arbitraje conforme a esta sección a menos que:

   a) hayan transcurrido (6) meses desde que tuvieron lugar los hechos que la motivaron;

   b) no hayan transcurrido dos años desde la fecha en que dicho inversionista conoció o debió haber conocido por primera vez acerca de la violación del Capitulo II y del presunto daño alegados, a la fecha de la notificación referida en el Articulo 11.

3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo deberán manifestarse por escrito, ser entregados a la Parte Contratante contendiente e incluidos en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

4. En el sometimiento de la reclamación a arbitraje el inversionista contendiente no podrá fundar su pretensión en otros elementos distintos a aquellos contenidos en la notificación presentada a la Parte Contratante contendiente conforme a las disposiciones del Artículo 11.

5. Una inversión no podrá someter una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección.

ARTICULO 14
Consentimiento de las Partes Contratantes

1. Cada una de las Partes Contratantes, manifiesta su consentimiento incondicional de someter una disputa a arbitraje internacional conforme a los procedimientos establecidos en esta Sección.

2. El consentimiento expresado en el párrafo 1 anterior, junto con el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente, deberán satisfacer el requisito de acuerdo escrito entre las Partes en disputa, según lo estipulado en:

   a) el Articulo I de la Reglas de Arbitraje de la CNUDMI;

   b) el Artículo III del Reglamento Facultativo de la CPA para el Arbitraje de Controversias entre dos Partes de las que solamente una es un Estado;

   c) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, que exigen el consentimiento por escrito de las partes;

   d) el Articulo II de la Convención de Las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbítrales Extranjeras, concertada en Nueva York el 10 de Junio de 1958 (la “Convención de Nueva York”).

ARTICULO 15
Composición del Tribunal Arbitral

1. A menos que las partes contendientes acuerden otra cosa, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada parte en la controversia nombrará a un árbitro. El tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral, será designado por acuerdo de las partes contendientes.

2. Los árbitros referidos en el párrafo 1 anterior tendrán experiencia en derecho internacional y en asuntos de inversión.

3. Si un tribunal arbitral no ha sido integrado dentro de un término de noventa días, contados a partir de la fecha en que la reclamación fue sometida a arbitraje, ya sea

porque alguna de las partes contendientes no hubiere nombrado a alguno de los miembros o no hubiere acuerdo en el nombramiento del presidente del tribunal, el Secretario General de la CPA designará a su discreción al árbitro o árbitros aún no designados. No obstante, en la designación del presidente del tribunal arbitral, el Secretario General de la CPA se asegurará que el mismo no sea nacional de alguna de las Partes Contratantes del presente Acuerdo.

ARTICULO 16
Conducción del Arbitraje

1. Cualquier arbitraje con arreglo a esta Sección, deberá llevarse a cabo en el lugar mutuamente acordado por las Partes contendientes. Si dichas Partes no llegaran a acuerdo, el tribunal determinará el lugar de acuerdo con las normas de arbitraje aplicables. En cualquier caso, deberá celebrarse en un estado firmante de la Convención de Nueva York. Las reclamaciones presentadas a arbitraje por el presente Acuerdo deberán ser consideradas como derivadas de una relación o transacción comercial según lo dispuesto en el Articulo 1 de la Convención de Nueva York.

2. Ninguna de las Partes Contratantes deberá brindar protección diplomática o presentar una reclamación internacional en relación con cualquier controversia sometida a arbitraje conforme a esta Sección, a menos que la otra Parte Contratante no acate y cumpla el laudo dictado en dicha controversia. No obstante, a los fines de este párrafo, la protección diplomática no incluirá los intercambios diplomáticos informales con el único propósito de facilitar la solución de la disputa.

3. La Parte Contratante contendiente no podrá esgrimir como defensa, reconvención, derecho de compensación o por cualquier otra razón, que el inversionista contendiente ha recibido o recibirá indemnización u otra compensación, respecto de la totalidad o parte de las presuntas pérdidas o daños, conforme a un contrato de seguro o contrato de garantía.

4. Cuando la Parte Contratante contendiente, de acuerdo con su propia interpretación, afirma en su defensa que:

   a) la inversión objeto de los presuntos daños no constituye una inversión protegida de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo; o

   b) el inversionista contendiente no se enmarca dentro de la definición de inversionista, según lo dispone el presente Acuerdo; o

   c) la medida considerada una violación del Capitulo II no está enmarcada en los supuestos de incumplimientos de las disposiciones de dicho Capitulo.

   El tribunal, a solicitud de la Parte Contratante contendiente, pedirá a la otra Parte Contratante su interpretación sobre cualquiera de las cuestiones antes señaladas.

La Parte Contratante no contendiente enviará su respuesta por escrito al tribunal; debiendo éste pronunciarse en un término de 60 días siguientes a la presentación de la solicitud por la Parte Contratante contendiente.

5. Una interpretación que formulen por consenso las Partes Contratantes sobre una disposición del presente Acuerdo será obligatoria para cualquier tribunal establecido de conformidad con esta Sección.

6. Un tribunal arbitral constituido con arreglo a esta Sección deberá decidir los problemas en controversia de acuerdo con las regulaciones legales acordadas por las Partes contendientes. En caso de no existir tal acuerdo, deberá aplicarse las leyes la Parte Contratante contendiente, incluidas sus regulaciones sobre conflictos de leyes y las regulaciones reconocidas por el derecho internacional que puedan aplicarse, teniendo en cuenta, además, las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo.

7. Independientemente al hecho que un inversionista contendiente haya presentado una controversia a arbitraje vinculante según lo dispuesto en esta Sección, este puede antes de que se inicie el procedimiento de arbitraje o durante el procedimiento procurar, ante los tribunales judiciales o administrativos de la Parte Contratante contendiente, la adopción de medidas preventivas en concordancia con las leyes y regulaciones de esta Parte, para la preservación de sus derechos e intereses, siempre que no incluya una solicitud de pago por ningún daño.

ARTICULO 17

Laudos y Ejecución

1. A menos que las partes contendientes acuerden otra cosa, un laudo arbitral que determine que una de las Partes Contratantes ha incumplido con sus obligaciones de conformidad con el presente Acuerdo sólo podrá otorgar por separado o en combinación:

   a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes; o

   b) la restitución en especie, salvo que la Parte Contratante opte por pagar en su lugar una indemnización pecuniaria.

2. Los laudos arbitrales serán definitivos y obligatorios solamente para las partes contendientes, y únicamente con respecto al caso en particular. Tal obligación será sin perjuicio del derecho que asiste a las Partes, de promover el proceso de nulidad correspondiente, ante la jurisdicción ordinaria, o de oponer a su ejecución las causales de denegación que se establecen en la Convención de Nueva York.

3. El laudo arbitral será público, a menos que las partes contendientes acuerden lo contrario.

4. Un tribunal arbitral no podrá ordenar el pago de daños punitivos.

5. Cada una de las Partes Contratantes adoptará en su territorio las medidas necesarias para la efectiva ejecución del laudo, de acuerdo con lo establecido por este Artículo, y facilitará que cualquier laudo emitido en un procedimiento en el que sea parte sea ejecutado.

6. El inversionista contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral, conforme a la Convención de Nueva York, si ambas Partes Contratantes son parte de dicho instrumento.

7. En el caso de un laudo definitivo dictado conforme al Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CPA, una parte contendiente no podrá exigir el cumplimiento del laudo definitivo hasta que:

   a) hayan transcurrido tres meses desde la fecha en que el laudo fue dictado y ninguna de las partes contendientes haya comenzado un procedimiento de revisión o anulación del laudo, o

   b) un tribunal haya desestimado una solicitud para revisar o anular el laudo y no exista recurso ulterior.

SEGUNDA SECCION

SOLUCION DE CONTROVERSIAS ESTADO-ESTADO

ARTICULO 18
Ámbito de Aplicación

La presente sección aplicará a la solución de controversias entre una de las Partes Contratantes y otra Parte Contratante derivadas de la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo. El presunto incumplimiento por una Parte Contratante de una obligación del Capítulo II, será dirimido exclusivamente conforme a la Sección I de este Capítulo.

ARTICULO 19
Consultas

1. Cualquier controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Acuerdo deberá ser notificada por escrito y a través de los canales diplomáticos. Los Estados Contratantes deberán, en lo posible, solucionar dicha controversia por medio de consultas u otros canales diplomáticos.

2. Si la controversia no ha sido solucionada en un plazo de seis meses posterior a la fecha de notificación, a menos que los Estados Contratantes acuerden otra cosa por escrito, se podrá, a solicitud de cualquiera de los Estados Contratantes, llevar la controversia a un tribunal arbitral constituido según las siguientes disposiciones de esta Sección. Dicha solicitud deberá ser realizada por escrito, a través de los canales diplomáticos y deberá contener:

   a) una exposición resumida que fundamente y motive la reclamación;

   b) un resumen del desarrollo y resultados de las consultas realizadas de conformidad con el párrafo 1 anterior; y

   c) la intención de la Parte Contratante Demandante de iniciar el procedimiento bajo esta Sección del Acuerdo

ARTICULO 20
Constitución del Tribunal

1. Una vez presentada la solicitud de arbitraje por la Parte Contratante Demandante, Cada Parte Contratante deberá nombrar un árbitro y estos dos elegirán a un tercero, el cual, por decisión de ambas partes, actuará como Presidente del tribunal de arbitraje.

2. Esos miembros y el Presidente del tribunal deberán ser seleccionados en un periodo de dos meses y cuatro meses, respectivamente, a partir de la fecha en que la Parte Contratante Demandante haya comunicado a la otra Parte Contratante, de conformidad con las disposiciones del Artículo 19 anterior, que pretende presentar la controversia ante un tribunal arbitral.

3. Si los plazos especificados en el párrafo 2 anterior no se cumplen, cualquiera de los Estados Contratantes podrá, de no existir otro acuerdo, solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que haga los nombramientos necesarios. Si el Presidente de la Corte Internacional de Justicia fuese ciudadano de uno de los Estados Contratantes o si por otra causa le fuese imposible cumplir con dicha función, se solicitará al Vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia que haga los nombramientos necesarios. Si, también, el Vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia fuese un ciudadano de uno de los Estados Contratantes o si de igual modo le fuera imposible cumplir con dicha función, el miembro de la

Corte Internacional de Justicia que le suceda en rango y que no sea ciudadano de ninguno de los Estados Contratantes será encargado de efectuar los nombramiento.

4. En cualquier caso, el Presidente del tribunal deberá ser un ciudadano de un tercer Estado que mantenga relaciones diplomáticas con las Partes Contratantes, así como los árbitros deberán:

   a) ser expertos y tener experiencia en derecho internacional y en asuntos de inversión internacional;

   b) ser independientes, no estar relacionados para dar o recibir instrucciones de, cualquiera de las Partes Contratantes; y

   c) tener ética profesional probada.

5. En caso de que cualquier árbitro designado de conformidad con este Artículo renuncie o se encuentre imposibilitado para actuar, se nombrará un árbitro sucesor de conformidad con el mismo procedimiento prescrito para el nombramiento del árbitro original, y éste tendrá las mismas facultades y obligaciones que el árbitro original.

ARTICULO21
Procedimiento

1. Una vez convocado por el Presidente del Tribunal, el Tribunal Arbitral determinará la sede del arbitraje y la fecha de inicio del procedimiento arbitral.

2. El Tribunal Arbitral decidirá todas las cuestiones relacionadas a su competencia y, sujeto a cualquier acuerdo entre las Partes Contratantes, determinará su propio procedimiento, tomando en cuenta el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para las Controversias entre dos Estados. Antes de que el Tribunal Arbitral emita una decisión podrá, en cualquier etapa del procedimiento, proponer a las Partes Contratantes que la controversia sea resuelta amigablemente.

3. En todo momento, el Tribunal Arbitral asegurará una audiencia justa a las Partes Contratantes.

ARTICULO 22
Laudo

1. El Tribunal Arbitral dictaminará su laudo por mayoría de votos. El laudo será emitido por escrito y contendrá todas las consideraciones de hecho y de derecho que resulten procedentes. Un ejemplar firmado del laudo será entregado a cada Parte Contratante contendiente.

2. El laudo arbitral será definitivo y obligatorio para las Partes Contratantes contendientes.

ARTÍCULO 23
Derecho Aplicable

El Tribunal Arbitral establecido conforme a esta sección decidirá las controversias de conformidad con el presente Acuerdo, así como con las reglas y principios aplicables del derecho internacional.

ARTÍCULO 24
Costos

Cada Estado Contratante deberá correr con los gastos de los miembros del tribunal arbitral nombrados por el, así como los gastos de su representación en los procedimientos de arbitraje. Los gastos del Presidente así como cualquier otro gasto de los procedimientos de arbitraje deberán ser asumidos a partes iguales por ambos Estados Contratantes. No obstante, el tribunal arbitral puede, a discreción suya, determinar que una mayor proporción de los gastos o todos los gastos sean asumidos por uno de los Estados Contratantes.

CAPITULO IV: DISPOSICIONES FINALES

Artículo 25
Excepciones

1. Las disposiciones del presente Acuerdo no serán interpretadas de forma tal que obliguen a una de las Partes Contratantes a extender a los inversionistas de la otra Parte y a las inversiones de dichos inversionistas, los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de:

   a) Cualquier área de libre comercio, unión aduanera, unión monetaria o cualquier acuerdo internacional similar conducente a la formación de dichas uniones o instituciones, o cualquier otra organización de integración regional de las cuales cualquiera de las Partes Contratantes sea o pueda ser parte;

b) cualquier derecho y obligación que derive de cualquier convenio o arreglo internacional, parcial o principalmente en materia fiscal, o de cualquier ley o disposición doméstica, parcial o principalmente en materia fiscal. En caso de discrepancia entre las disposiciones de este acuerdo y cualquier convenio o arreglo internacional en materia fiscal, prevalecerán las disposiciones de este último.

ARTICULO 26
Ámbito de Aplicación

El presente Acuerdo se aplicará a todas las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante antes y después de la entrada en vigor del mismo; sin embargo no será de aplicación a las controversias surgidas sobre hechos anteriores a la entrada en vigor.

ARTICULO 27
Aplicación de otras Normas

1. En caso de que una cuestión esté regulada simultáneamente por el presente Acuerdo así como por otro Acuerdo Internacional en el cual participen las dos Partes Contratantes, se aplicarán a las mismas Partes Contratantes y a sus inversionistas que posean inversiones en el territorio de la otra parte Contratante las normas que sean en su caso más favorables.
2. En el caso de que una Parte Contratante, en base a sus leyes y reglamentos o disposiciones específicas de contratos, haya adoptado para los inversionistas de la otra Parte Contratante normas más propicias que las previstas en el presente Acuerdo, se reservará a los mismos el tratamiento más favorable.

ARTICULO 28
Consultas

Cada una de las Partes Contratantes podrá proponer a otra de las Partes Contratantes celebrar consultas sobre cualquier asunto relacionado con el presente Acuerdo. Dichas consultas serían llevadas a cabo en el tiempo y lugar acordado por ambas Partes Contratantes.

ARTICULO29
Denegación de Beneficios

Cada una de las Partes Contratantes podrá decidir, a través de consultas, el negar los beneficios del presente Acuerdo a una compañía de otra Parte Contratante y a sus inversiones, si dicha compañía es propiedad o está controlada por una persona física o por una empresa de una Parte no Contratante.

ARTICULO 30
Entrada en Vigor, Duración y Terminación

1. Cada Parte Contratante notificará por escrito y por vía diplomática a la otra Parte Contratante la conclusión de las formalidades constitucionales requeridas en su territorio para la entrada en vigor del presente Acuerdo, la cual tendrá lugar a partir de la fecha de la última notificación.

2. El presente Acuerdo permanecerá en vigor por un período de 10 años. Al expirar ese plazo se considerará prorrogado automáticamente por tiempo indefinido, a menos que cualquiera de las Partes Contratantes los denuncie por escrito y por vía diplomática con no menos de 6 meses de antelación.

3. Las disposiciones previstas en el presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un período de diez años, a partir de la fecha de su denuncia, a las inversiones efectuadas antes de la denuncia.

En testimonio de lo cual los abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Acuerdo.

Hecho en dos ejemplares en _____, a los días ____ del mes de _____ de _____, en idioma español e _____, teniendo ambos textos idéntica validez.

NOMBRE Y CARGO	**NOMBRE Y CARGO**
POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA	**POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE**

PROTOCOLO

Entre el Gobierno de la República de Cuba y _____ para el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Con la firma del Acuerdo de Promoción y Protección Reciproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Cuba y _____, Las Partes Contratantes han convenido, además, en las siguientes disposiciones:

1. Con relación al Articulo 1 Párrafo 1, “que cumpla con sus leyes y regulaciones pertinentes” deberá interpretarse como que cualquier tipo de activo invertido, para ser considerado una inversión protegida por este Acuerdo, deberá estar en conformidad con cualquiera de las modalidades de inversión extranjera definida por la legislación de la Parte Contratante receptora de la inversión e inscrita como tal en el registro correspondiente.

2. La notificación de la intención de arbitraje a que se refiere el Artículo 11 de este Acuerdo será entregado:

   I. En el caso de Cuba: En el Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica.

   II. En el caso de _____: En _____.

En testimonio de lo cual los abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Acuerdo.

Hecho en dos ejemplares en _____, a los días ____ del mes de _____ de _____, en idioma español e _____, teniendo ambos textos idéntica validez.

NOMBRE Y CARGO **NOMBRE Y CARGO**

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA **POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE**

Bibliografía

I. Textos

1. BARBERIS, Julio, *Los sujetos del Derecho Internacional actual*, 1ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

2. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín., *Filosofía del Derecho Internacional*. *Iusfilosofía y Politosofía de la Sociedad Mundial,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, Disponible en http://www.bibliojuridica.org.

3. BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho Internacional Público*, Universidad Autónoma de México, McGRAW-HILL/Ediciones S.A., Ciudad México, 1999.

4. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.

5. _____, *Teoría General del Derecho*, Ediciones Temis, Bogota, 1987

6. CARRILLO SALCEDO, Juan., *Curso de Derecho Internacional Público*. Introducción a su estructura dinámica y funciones, Editorial Tecnos, S.A, Madrid, 1994.

7. CARNELUTTI, Francisco., *Teoría General del Derecho*, Traducido por Carlos Posada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

8. COLECTIVO DE AUTORES., *Comercio Mundial: ¿Incentivo o Freno para el Desarrollo?*, Segunda Edición, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2006.

9. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, Editorial TAURUS, Madrid, 1980

10. D´ESTÉFANO PISSANI, Miguel A, *Esquemas del Derecho internacional* Público, Editorial Pueblo y Educación, Habana, 1977

11. DE LUCAS, Javier, *et al*, *Introducción a la Teoría del Derecho*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1992.

12. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Decimotercera Edición, España, 2002.

13. DIEZ-PICAZO, LUIS Y GUILLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Octava Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1994

14. FERRAJOLI, Luigi., *Los Fundamentos de os derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2005.

15. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Editor ZAVALIA, Buenos Aires, 2003.

16. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio., *Filosofía del Derecho*, Editorial "Félix Varela", La Habana, 1997.

17. _____, *Teoría del Estado y del Derecho*, Tomo II, Editorial "Félix Varela", La Habana, 2004.

18. GARCÍA, HUIDOBRO, Joaquín., *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*, 1ra Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, Disponible en http://www.bibliojuridica.org

19. GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel., *La protección de las inversiones exteriores*, 1ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

20. GARRETÓN, Roberto, "La protección internacional de los derechos humanos. El sistema universal", *XX Curso Interdisciplinario "Rodolfo E Piza Escalante*", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2002.

21. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas Selectos de Derecho Internacional*, Cuarta Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Disponible en http://www.bibliojuridica.org

22. GONZÁLEZ CAMPO, Julio D, *et al*, *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990.

23. GRANATO, Leonardo., *Protección al Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Tesis en Opción del Titulo de Master en Derecho de Integración Económica, Escuela de Postgrado Ciudad Argentina, Universidad del Salvador, 2005.Disponible en www.eumed.net/libros/2006b/lg/1c.htm - 74k.

24. _____., *Aportes para la protección y defensa del inversor extranjero en el MERCOSUR*, Texto Completo, Disponible en http://www.eumed.net/libros/2006b/lg/.

25. HALAJCZUK, Bohdan T. y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público,* Tercera Edición, Editora EDIAR S.A., Buenos Aires, 1999.

26. HERDEGEN, Matthias., *Derecho Internacional Público*, Traducido por Marcela Anzola Ll. M, 1ª Edición, Universidad Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México 2005.

27. KECHEKIAN, S.F, *et.al*, *Historia de las Ideas Políticas. Desde la antigüedad hasta nuestros días*, Segunda Edición, Traducción de M.B. DALMACIO, Editorial Cartago, S.R.L, Buenos Aires, 1959.

28. LOCKE, John., *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil*, Edición *Cambridge University Press*, Traducción de FORMIGARI, L., Londres, 1975. Disponible en http://www.banrep.gov.co .

29. MAGALLANES PÉREZ, Adrián., *La Legalidad en la Inversión como Presupuesto Procesal en el Arbitraje Inversionista-Estado*, Tesis en Opción del Titulo de Master en Derecho Internacional, Universidad de Buenos Aires, 2005, Disponible en http:// www.caei.com.ar

30. MIQUEL, Joan, *Derecho Privado Romano*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.

31. MIRANDA BRAVO, Olga; *Cuba – USA: Nacionalizaciones y Bloqueo*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1996.

32. MORA JIMÉNEZ, Henry., "Los Acuerdos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio: De vuelta al AMI". *Economía Mundial y América Latina. Tendencias, Problemas y Desafíos,* Universidad Nacional Heredia, Costa Rica, 2005, Disponible en http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/reyno/reyno.html

33. PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

34. PERUGINI, Alicia M*.,* "La definición de las personas físicas y la cláusula de la Nación más favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones*",* en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993, (Fotocopia del Original).

35. PERROUX, François., *Las Empresas Trasnacionales y el nuevo orden económico del mundo,* Traducido por RANGEL COUTO, Hugo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, Disponible en http://www.bibliojuridica.org .

36. RADBRUCH, Gustavo., *Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1944.

37. ROGINAS VILLEGAS, Rafael., *Introducción y Teoría general del Estado y del Derecho*, Editorial "El Nacional", México, 1943.

38. ROUSSEAU, Juan Jacobo., *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*, Ediciones elaleph.com, Buenos Aires, 1999. Disponible en http://www. elaleph.com

39. SANTIAGO NINO, Carlos., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª Edición ampliada y revisada, 12ª reimpresión, Editorial ASTREA, Ciudad de Buenos Aires, 2003.

40. TAWIL, Guido s.,"Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993, p. 21. (Fotocopia del Original).

41. TEMPONE, Rubén Eduardo., *Protección de Inversiones Extranjeras*, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2003 (Fotocopia del original)

42. TORRES UGENA, Nila., *Textos Normativos de Derecho Internacional Público*, Sexta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

43. TORO JIMÉNEZ, Fermín., *Derecho Internacional Público*, 1ª Edición, Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.

44. _____., *El Proceso de Expropiación e Indemnizaciones en Cuba*, Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano, Ediciones CORREGIDOR, Argentina, 1999.

45. VALLADO BERRÓN. Fausto. E., *Teoría General del Derecho*. 1ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972.

46. YMAZ VIDELA, Esteban M.; *Protección de Inversiones Extranjeras Tratados Bilaterales. Sus efectos en las Contrataciones Administrativas*, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2001. (Fotocopia del Original).

Publicaciones Periódicas

1. ALIANZA SOCIAL CONTINENTAL, "El Proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas, un TLCAN plus", Disponible en http://wwwwww.asc-hsa.org

2. ALTOZANO, Hermenegildo., "La Protección de las Inversiones Extranjeras: los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones vs. el Acuerdo Multilateral de Inversiones", COLECCION JURIDICA .Nº 31/2005 , Edición electrónica de la UNJC (Unión Nacional de Juristas de Cuba), Disponible en http:///www.vlex.com/vid/50035576

3. ÁLVAREZ ÁVILA, Grabiela.," Las características del Arbitraje del CIADI", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* Vol. II, 2002, pp. 205-229, Disponible en http://www.bibliojurídica.org

4. CORRAL TALCIANI, Hernán, «El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17 (2), 1990.

5. CREMADES, Bernardo M, y A. CAIRNS, David J., "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", en *La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina. El caso Argentino,* Documento de Trabajo Nº 2/2004, Real Instituto Elcano, Madrid, 2004**,** Disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/

6. _____, «El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida», en Revista *Ius et Praxis*, # 11, 2005.

7. CHAMORRO CORONADO, Luís María., "Protección de Inversiones Extranjeras: aproximación a los aspectos más relevantes del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca firmados entre España y México", *Revista Estudios Sociales,* Volumen 15, Nº 28, Julio-Diciembre/ 2006, Disponible en http://www.redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/41702804.pdf .

8. DABOVE, María Isolina, "Personas Jurídicas Públicas: ¿Titulares de Derecho Humanos? Algunas reflexiones desde el la Filosofía del Derecho en España". Disponible en http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/770/575

9. DÍEZ – HOCHLEITNER, Javier; "El arbitraje internacional como cauce de protección de los Inversores Extranjeros en los APPRI", en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez),* Nº 11, Mayo 2005, Disponible en http://vlex.com/vid/279387 .

10. _____ y Izquierdo, Cristina., "Las Inversiones a través de Sociedades Locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica", *Revista de Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 7, 2003, Disponible en http://www.reei.org/reei7/reei.7.htm

11. _____ y IZQUIERDO, Cristina., "Las Inversiones a través de Sociedades Locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica", *Revista de Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 7, 2003, Disponible en http://www.reei.org/reei7/reei.7.htm.

12. FALCK REYES, Melba E., "La Apertura de China y Japón en el Siglo XIX", en *México y la Cuenca del Pacífico*, Nº 21, Vol. 7, enero/abril del 2004, Disponible en http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/pperiod/pacifico/Revista21/03Melba.pdf.

13. FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique; "Atribución de competencia a través de la Cláusula de la Nación más Favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica Arbitral Internacional en materia de Inversiones Extranjeras", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* Nº 1/2007, Disponible en http://www.reei.org/reei1/reei1-07.pdf

14. FERNÁNDEZ TABÍO, Luis René., "La Economía en la Política de los Estados Unidos hacía América Latina y el Caribe, del Consenso de Washington a los Acuerdo de Libre Comercio", *Cuadernos Nuestra América,* Nº 39-40, Vol. XX Enero- Diciembre, 2007.

15. GUZMÁN BRITO, Alejandro, «Los orígenes de la noción de sujeto de derecho», en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Nº 24, Valparaíso-Chile, 2002, Disponible en http://www.scielo.com

16. HAYEK , Friedrich A., "Individualismo: El verdadero y el falso", en *Revista Estudios Públicos*, # 22, Centro de Estudios Públicos, Chile, 2003, Disponible en http://www.hacer.org/pdf/Hayek04.pdf

17. ILLESCAS, Javier., "Los Tratados de Protección de Inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica", en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez),* Sección: Práctica Latinoamericana, Nº 5, Junio del 2003, Disponible en http://www.vlex.com/vid/118234

18. Informe sobre el desarrollo Mundial, Panorama General, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Disponible en http:// www.worldbank.org

19. LLOBET IGLESIAS, Gabriela., "El tratamiento de la inversión en los Acuerdos para la Promoción y Protección Reciproca de Inversiones y en los Acuerdos Comerciales", *Diez Años Ciclo de Conferencias de Comercio Exterior*, COMEX, Volumen II, 1999, Disponible en http://www.comex.go.cr/acuerdos/cafta/Contenido/usa/proceso/ParteI/III%20Documentos%20tematicos/Inversion/El%20tratamiento%20de%20la%20inversion%20en%20los%20acuerdos.pdf

20. MEREMINSKAYA, Elina., "Nacionalidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. VIII, Nº 1, Julios del 2005, pp.145-170, Disponible en http://www.scielo.com

21. PARIASCA MARTÍNEZ, Jorge., "El Arbitraje en el CIADI y el fortalecimiento de las Instituciones Jurídicas de la Inversión Extranjera". *Boletín Jurídica/Marzo/2006*,Disponible en http:// www.asociacionjuridica.com.pe/boletín/boletin.htm - 18k

22. PASTOR PALOMAR, Antonio; "Inversiones España-China bajo el nuevo APPRI 2005", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* Nº 1/2006, Disponible en http://www.reei.org/reei1/reei1-06.pdf

23. PÉREZ SALAZAR, Mauricio., "La genealogía del liberalismo: una lectura económica del Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil de John Locke", en Revista Económica Institucional, Vol. 1, # 1, Julio/Diciembre, Bogota, 1999. Disponible en http://www.economiainstitucional.com

24. PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo, "El individuo como sujeto de Derecho Internacional. Análisis de la dimensión activa de la Subjetividad Jurídica Internacional del Individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, México, 2008, Disponible en http://www.bibliojuridica.org

25. Proyecto de Tratado sobre Protección Diplomática, A/CN.4/L.31/ 3 de junio del 2003, Disponible en http://www.untreaty.un.org/ilc/reports/2003/spanish/chp5.pdf

26. REGUEIRO BELLO, Lourdes Maria, "Inversiones, núcleo duro del ALCA", en *Cuadernos de Nuestra América*, Nº 33, Vol. XVII, enero-junio/2004.

27. RUIZ DÍAZ, Hugo, "Los Tratados sobre Promoción y Protección de las Inversiones y la República Bolivariana de Venezuela: los riesgos de hipotecar el desarrollo económico, la Revolución Bolivariana y la Democracia Participativa" (2da Parte)Disponible en http://www.cadtm.org

28. SBERT, Héctor., "Las Inversiones Extranjeras en América Latina y la Integración Regional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 1/2001, Disponible en http://www.reei.org/reei2/reei2.html

29. TAMBURINI, Francesco;"Historia y destino de la "Doctrina Calvo: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Nº 24, Valparaíso-Chile, 2002, Disponible en http://www.scielo.com

30. TEITELBAUM, Alejandro; "El ALCA está entre nosotros: Los tratados Bilaterales de Libre Comercio", Disponible en http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=553 - 130k.

31. UNCTAD, " La dimensión de desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversión", *Reunión Multianual de expertos sobre Inversión para el desarrollo,* Junta de Comercio y Desarrollo, Nueva York, *2009*, Disponible en http://www.unctad.org/iia

32. _____, " Regulación Internacional de la Inversión: Balance, retos y caminos a seguir", *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo,* Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008, Disponible en http://www.unctad.org/iia

33. _____“ Fijación de Normas sobre las Inversiones Internacionales: Tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias”, *Nota de la Secretaría de la UNCTAD,* Junta de Comercio y Desarrollo, Nueva York, 2007, Disponible en http://www.unctad.org/iia

34. _____, “Admisión y establecimiento”, *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo*, Nº 10, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, Disponible en http://www.unctad.org/iia

Obras Generales

1. CASARES, Julio, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Primera Edición, Editorial Gustavo Pili, S.A., Barcelona, 1952.

II. Fuentes Legales

1. Carta de las Naciones Unidas, San Francisco el 26 de junio de 1945.
2. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Asamblea Nacional Constituyente Francesa,26 de agosto de 1789
3. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 12 de Agosto de 1946.
4. Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington, 18 de marzo de 1965.
5. Convención sobre Derechos de Tratados, Viena del 23 de Marzo, 1969.
6. Convención contra toda forma de recriminación racial, del 21 de diciembre de 1966.
7. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del 18 de diciembre de 1979.
8. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, del 10 de diciembre de 1984.
9. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios, del 18 de diciembre de 1990.
10. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, del 23 de septiembre del 2005.

11. Estatuto del Tribunal Militar de *Nuremberg*, Londres 8 de Agosto de 1945.

12. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Anexa a la Carta de Naciones Unidas.

13. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998.

14. Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 11 de diciembre de 1946.

15. Resolución 2200 A (XXI) de fecha 16 de diciembre de 1966.

16. Resolución 3281(XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 1974.

17. Resolución 1235(XLII) del ECOSOC del 6 de junio de 1967.

18. Resolución 1503(XLVIII) del ECOSOC del 27 de mayo de 1970

19. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República Italiana, 7 de mayo de 1993.

20. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y el Reino de España, 27 de mayo de 1994.

21. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República Popular China, 24 de abril de 1995.

22. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República de Bolivia, 6 de mayo 1995.

23. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República Socialista de Viet Nam, 12 de octubre 1995.

24. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba-República de Chile, 10 de enero de 1996.

25. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República Federal de Alemania, 30 de abril de 1996.

26. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República Federativa de Brasil, 26 de junio de1997.

27. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y Unión Económica Belga-Luxemburguesa, 19 de mayo de1998.

28. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República Portuguesa, 8 de julio de 1998.

29. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República del Perú, 10 de octubre del 2000.

30. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y Los Estados Unidos Mexicanos, 30 de mayo del 2001.