

CUARTA PARTE

LA RELACIÓN ENTRE ICCAL Y DERECHO INTERNACIONAL
DE INVERSIONES EN PARTICULAR

EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES. DESAFÍOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE PRINCIPIOS COMUNES

José Gustavo PRIETO MUÑOZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Características del Derecho Internacional de Inversiones*. III. *Escenarios conceptuales frente al DII*.

I. INTRODUCCIÓN

La idea del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina (ICCAL) supone un cambio fundamental en la forma de pensar el derecho público, al replantear el rol mismo del Estado frente a la globalización. Por lo tanto, debe analizarse desde un contexto global frente a otros procesos y desarrollos normativos de gobernanza económica.

En particular, el espacio jurídico global ha visto el surgimiento de un régimen internacional estudiado bajo el nombre de “derecho internacional de las inversiones” (DII). Este régimen es parte de un universo normativo compuesto por una red de más de 3,200 tratados bilaterales o regionales¹ que regulan la inversión extranjera directa. Este universo es a su vez la base sobre la cual se ha fundamentado un considerable número de arbitrajes internacionales público-privados. Actualmente, de acuerdo a los reportes de

* Investigador posdoctoral en la Universidad de Turín, Italia. Doctor (PhD) en Derecho Corporativo y Economía por la Universidad de Verona, Italia, y abogado y Doctor en Jurisprudencia en Quito, Ecuador. El presente artículo contiene algunas de las reflexiones presentadas en la ponencia “Buscando legitimidad en el pluralismo global: el ICCAL y la construcción de principios regionales de inversión” dentro del evento „Del paradigma de la fragmentación al paradigma del diálogo: el *Ius Constitutionale Commune* en Derechos Humanos en América Latina (ICCAL) y el derecho económico internacional (DEI)”, del 5 de diciembre de 2015.

¹ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), *IIA Issues Note: Recent Developments in the International Investment Regime*, 2018, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinj2018d1_en.pdf.

la UNCTAD, se conoce de la existencia de 855 casos de arbitraje internacional de inversiones,² de los cuales al menos 65 fueron iniciados en el 2017,³ lo cual demuestra una tendencia creciente en el uso de este mecanismo. Dentro de estos casos, los países latinoamericanos han sido demandados en al menos 233 ocasiones,⁴ lo que demuestra la importancia global del arbitraje de inversiones en América Latina. Otra característica que hace a la región latinoamericana relevante es el hecho de que los asuntos relacionados con este régimen de inversiones han trascendido de ser temas técnicos para entrar en el debate público e incluso en la esfera constitucional, como en el caso de Ecuador y Bolivia.

El impacto del régimen internacional de inversiones en la región genera una serie de interrogantes para el ICCAL. Es en este contexto que el presente artículo expone las bases conceptuales sobre las cuales puede ser re-pensada la relación entre el ICCAL y el DII. A continuación (sección II), se analiza brevemente la naturaleza y características del DII dentro del espacio jurídico global, explicando primero la dimensión transnacional donde opera el DII, compuesta por la interacción de comunidades legales y epistémicas, que han dado forma a una base jurisprudencial que es el centro del derecho internacional de inversiones. Posteriormente en esta sección se establecerá que el arbitraje de inversiones puede ser mejor entendido no solo como mecanismo de solución de controversias, sino como un ejercicio de autoridad pública fuera del Estado. Finalmente (Sección III), se expondrán tres escenarios de reacción al ejercicio de autoridad pública internacional dentro del DII en América Latina, siendo el tercero de estos el que más favorece una posible relación entre el DII y el ICCAL. En este contexto, se argumentará sobre la necesidad de unificación regional de un discurso jurídico que sirva como puente para que objetivos fundamentales del ICCAL —como la inclusión— sean internalizados en el DII. De esta forma se puede evitar que la autoridad ejercida por árbitros de inversiones termine menoscabando los objetivos fundamentales del ICCAL.

² UNCTAD, *IIA Issues Note: Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*, 2018, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf.

³ *Idem*.

⁴ El número de casos por país: Argentina 60, Venezuela 44, México 27, Ecuador 23, Bolivia 14, Perú 13, Costa Rica 9, República Dominicana 5, Panamá 8, Paraguay 3, El Salvador 3, Chile 5, Guatemala 3, Uruguay 3, de acuerdo a la información publicada por UNCTAD en <http://investmentpolicyhub.unctad.org>, junio de 2018.

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Una primera aproximación al DII es tratarlo dentro de la metodología clásica del derecho económico internacional (DEI), es decir, como un conjunto de “normas de derecho internacional público que afectan directamente a los intercambios económicos entre los sujetos del derecho internacional”.⁵ Bajo este punto de vista, el DII consiste por un lado de las normas procesales contenidas en tratados como el CIADI o en las reglas de arbitraje de la UNCITRAL; y por otro lado de normas sustantivas de tratados bilaterales o regionales referidos como Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII).⁶

El conjunto de estos tratados constituye la dimensión normativa del régimen internacional de inversiones. Los AII fueron impulsados por Estados europeos desde los años sesenta, principalmente con Estados en vías de desarrollo, pero luego su uso se transformó en una práctica general en la comunidad internacional.

El primer Estado en desarrollar un programa de negociación y posteriormente celebrar un tratado bilateral de inversiones (TBI) fue Alemania en 1959, primero con Pakistán⁷ y posteriormente con la República Dominicana el mismo año.⁸ Después de Alemania, una serie de Estados europeos empezaron a impulsar el mismo tipo de TBI: Francia celebró su primer TBI con Chad (1960), Suiza con Túnez (1961), Países Bajos también con Túnez (1963) e Italia con Guinea (1964), para luego extenderse como una práctica de la mayor parte de Estados del continente.⁹

El uso de este tipo de tratados se debió principalmente a dos razones. En primer lugar, los TBI fueron un mecanismo eficaz ante los continuos fracasos de iniciativas para alcanzar un acuerdo multilateral sobre la materia. En segundo lugar, este tipo de tratados fueron en su momento un medio más eficaz que la otra alternativa bilateral de esa época, los denominados Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación.¹⁰

⁵ Traducción del autor de Seidl-Hohenveldern, Ignaz, *International Economic Law*, La Haya, Nijhoff, 1989, p. 1.

⁶ El uso de “Acuerdos Internacionales de Inversiones” se refiere a normas de derecho internacional que comparten una estructura común, como por ejemplo Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y también capítulos de inversión dentro de Tratados de Libre Comercio (TLC).

⁷ Vandevelde, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 1.

⁸ *Ibidem*, p. 54.

⁹ *Ibidem*, p. 55.

¹⁰ Los Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación venían celebrándose desde el siglo XIX y cubrían varias actividades económicas a parte de inversión. Ya en la segunda mitad

1. *Dimensión transnacional del régimen de inversiones*

En los años noventa la negociación de nuevos TBI incrementó significativamente. Una razón para ello fue que los flujos de inversión extranjera se cuadruplicaron durante esa década,¹¹ creando la necesidad para los países exportadores de capital de contar con una herramienta de protección. Esta necesidad se tradujo en un interés de países exportadores de que la inversión extranjera fuera cubierta por los TBI, y es en este momento cuando América Latina se inserta en la dinámica del uso de tratados bilaterales. Actualmente, la mayor cantidad de conflictos de inversión en la región surgen de TBI celebrados o negociados en la década de los noventa, no solo con Estados económicamente dominantes, sino en gran cantidad entre los propios Estados latinoamericanos.¹²

En la primera década del siglo XXI el régimen originalmente compuesto de tratados bilaterales se tornó más complejo al crecer exponencialmente el número de procesos arbitrales entre Estado e inversionistas. Así, en toda la década de los noventa existieron 42 procesos arbitrales, mientras que solo en los seis primeros años del nuevo siglo se conocieron de 174 casos.¹³ Estas y las siguientes decisiones arbitrales de este siglo se conectan frecuentemente unas con otras con cierta coherencia sistémica, desarrollando una serie de conceptos y principios a través del diálogo —a veces caótico— entre los diferentes tribunales arbitrales.

Este desarrollo sistémico, que incluye el diálogo entre árbitros sobre principios y conceptos dentro del universo de decisiones arbitrales de los últimos años, no puede ser explicado únicamente desde la metodología clásica del DEI, que se centra en la dimensión normativa del régimen. Por lo

del siglo XX solo la Unión Soviética y los Estados Unidos continuaban impulsándolos. Sin embargo, los tratados bilaterales europeos fueron ganando terreno ya que se centraban exclusivamente en inversión, lo que hacía más rápida su negociación. *Ibidem*, p. 49.

¹¹ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 1.

¹² Existen al menos 18 casos ante tribunales arbitrales de inversores latinoamericanos contra países latinoamericanos: inversores de Argentina: *Conviaf Callao v. Perú*, *Talsud v. México*; inversor de Bolivia: *Globalnet v. Ecuador*; inversores de Chile: *Flughafen Zürich v. Venezuela*, *Quiborax v. Bolivia*, *CGE v. Argentina*, *Enerdis v. Argentina*, *Industria Nacional de Alimentos v. Perú*, *Metalpar v. Argentina*, *Empresa Nacional de Electricidad v. Argentina*; inversores de Perú: *Oilanking v. Bolivia*, *Olguin v. Paraguay*; inversor de Costa Rica: *Álvarez y Marín Corporación and others v. Panamá*; inversores de Panamá: *Silverton v. Dominican Republic*, *Shanara and Marfield v. Mexico*, *Highbury v. Venezuela*, *Highbury International v. Venezuela*; inversor de México: *América Móvil v. Colombia*.

¹³ Para información estadística detallada, véase <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.

expuesto, es necesario ir más allá del análisis de la dimensión normativa del DII, para entenderlo y explorar una dimensión transnacional epistémica, que es donde se ha generado un tipo especial de autoridad pública en el espacio jurídico global.

Por lo tanto, una segunda aproximación al DII permite establecer la existencia de una dimensión transnacional epistémica que es consecuencia de un quiebre de la lógica inter-estatal¹⁴ del derecho internacional en los últimos años. Entender esta segunda dimensión es parte del desafío para repensar la relación con el ICCAL.

El punto de partida de esta dimensión transnacional fue el caso *de Asian Agricultural Products (AAPL) contra Sri Lanka*, el primer arbitraje contemporáneo derivado de un tratado bilateral de inversiones,¹⁵ y adicionalmente un caso emblemático sobre la responsabilidad internacional de un Estado durante un conflicto armado, la guerra civil de Sri Lanka.¹⁶ Adicionalmente, este caso representa un cambio cualitativo sobre el fondo de las disputas de inversión. Antes del caso AAPL las disputas sobre inversiones se habían centrado en discusiones sobre la legalidad de expropiaciones y la obligación de reclamar indemnización por parte de extranjeros.

Todo esto cambió luego de AAPL, donde no se discutía una medida expropiatoria clara, ni siquiera un abuso de poder del Estado. Por el contrario, el mismo tribunal del caso reconoció la gravedad de la situación durante el conflicto armado, pero evaluó de todas formas al detalle las acciones y omisiones para determinar la existencia de responsabilidad internacional.

A partir del caso de AAPL, los Estados que mediante la firma de AII entraron en la dimensión normativa del régimen internacional de inversiones

¹⁴ Una primera observación sobre el quiebre de la lógica inter-estatal fue el aporte del diplomático y jurista neoyorquino Philip Jessup, quien en 1956 propuso por primera vez la idea de lo “transnacional” para describir desarrollos normativos que no se encasillaban dentro del derecho nacional o internacional. Véase Jessup, Philip C., *Transnational Law*, Yale, Yale University Press, 1956, pp. 2 y 3.

¹⁵ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI n° ARB/87/3, laudo de 27 junio de 1990, párr. 18.

¹⁶ El proceso arbitral surgió como consecuencia de la destrucción de una camaronera, propiedad de la sociedad *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL)*, en enero de 1987, durante una operación armada del gobierno de Sri Lanka en contra de los grupos Tamiles que operaban en el norte del país. Seis meses después el inversor inició un proceso arbitral reclamando una indemnización por la destrucción de la propiedad. En su laudo el tribunal, en un extenso razonamiento, determinó la existencia de responsabilidad internacional por parte del Estado de Sri Lanka, por falta de la “diligencia debida”, al no notificar al inversor de que el día de la destrucción de la camaronera existiría un operativo del ejército. Véase *ibidem*, párrs. 3, 64 y 85.

comenzaron a perder una parte del control del régimen, que no puede ser visto solamente como un mecanismo para resolver disputas, sino como un ejercicio de autoridad pública que evalúa íntegramente las actuaciones de un Estado.

En los años siguientes al caso AAPL existieron pocos arbitrajes de inversiones, pero el número de procesos empezó a incrementarse, en gran parte debido a la entrada en vigor en 1994 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que contiene un capítulo de inversión.¹⁷ Otro factor que influyó en el aumento del arbitraje fue la crisis económica de Argentina a finales de los noventa, que desató múltiples procesos, fundamentados especialmente en el TBI entre Estados Unidos y Argentina.

Como resultado, en los primeros cinco años del siglo XXI ya se habían iniciado más de doscientos casos de arbitrajes de inversión¹⁸ y se empezó a decidir una gran cantidad de ellos, consolidando en 2005 un universo considerable de decisiones arbitrales.¹⁹ Se pueden considerar estos primeros años del siglo como el nacimiento del DII también como disciplina académica.²⁰

En los siguientes años el uso de arbitraje de inversiones continuó; en el periodo del 2006 al 2017 se han registrado 638 casos. Sin embargo, el número de árbitros y operadores del sistema ha sido de cierta forma reducido, ya que

¹⁷ Desde 1987, año en que inició el proceso AAPL, hasta el año 1994, cuando entró en vigencia el TLCAN, se conocen solamente 3 casos de arbitraje de inversiones: *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire* (Caso CIADI n° ARB/93/1); *Philippe Gruslin v. Malaysia* (Caso CIADI n° ARB/94/1); *Saar Papier Vertriebs GmbH v. Republic of Poland* (Final Award, 1995) UNCITRAL.

¹⁸ Hasta 2005 el número de casos iniciados fue de 217; base de datos de la UNCTAD, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.

¹⁹ En el periodo 2000 – 2005 se conocen 88 decisiones arbitrales; base de datos de la UNCTAD, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.

²⁰ Un grupo de autores fueron particularmente influyentes. En primer lugar, Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, con la publicación de *Bilateral Investment Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1995; Muthucumaraswamy Sornarajah con *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, La Haya, Kluwer Law International, 2000, y Christoph Schreuer con *The ICSID Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001. La literatura de América Latina durante esa época se desarrolló más sobre temas específicos como los procesos argentinos luego de la crisis. Por ejemplo: All, Paula M., “Casos de arbitrajes CIADI en materia de inversiones extranjeras en los cuales el Estado argentino es parte”, *Solución de controversias*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, pp. 385-392; Rábago Dorbecker, Miguel, “Jurisprudencia del CIADI en materia de inversiones extranjeras”, *DeCita: Derecho del Comercio Internacional*, núm. 1, 2004, pp. 379-384; Rodríguez Jiménez, Sonia, “Jurisprudencia del CIADI en materia de inversiones extranjeras”, *DeCita: Derecho del Comercio Internacional*, núm. 3, 2005, pp. 285-308; Rodríguez Jiménez, Sonia, “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCita: Derecho del Comercio Internacional*, núm. 3, 2005, pp. 119-149.

se ha consolidado una comunidad transnacional especializada en la materia. Esto se explica en parte porque a pesar de que exista un gran número de casos, estos han sido discutidos por un número reducido de árbitros, quienes han sido designados repetidamente para la solución de estos conflictos. Esta característica se produce porque varios árbitros, por su perfil, son preferidos ya sea por los Estados o por los inversionistas.²¹

2. *El arbitraje de inversiones como ejercicio de autoridad pública fuera del Estado*

El actual régimen de inversión extranjera, como resultado de la interacción de su dimensión normativa y transnacional, ha generado un mecanismo de arbitraje que no solo tiene como fin la resolución de disputas, sino que adicionalmente ha desarrollado una forma de autoridad pública fuera del Estado. Esta es una diferencia fundamental con el arbitraje comercial, ya que como toda autoridad pública debe pasar un proceso de legitimación.

El término “autoridad”, usando la definición de Hall y Biersteker, puede ser entendido como “forma o expresiones de poder institucionalizado”.²² De esta forma existe una diferencia entre autoridad y poder. Este último puede definirse, usando las palabras de Kelsen, como “capacidad para obligar a otros a un determinado comportamiento”.²³ Según Kelsen, el “poder real de forzar a otros” no es suficiente para constituir por sí solo una autoridad.²⁴ Por consiguiente, el elemento que permite diferenciar los dos conceptos es el origen de esta capacidad, siendo autoridad cuando se encuentra dentro de un orden normativo, y es esta característica la que redefine de mejor manera la idea de institucionalización de la definición de Hall y Biersteker.

La realidad jurídica global ha generado una situación de pluralidad de órdenes normativos donde es posible que “dos o más leyes o sistemas

²¹ Por ejemplo, los tres árbitros más nombrados por los Estados son Brigitte Stern (82 veces), J. Christopher Thomas (37 veces) y Philippe Sands (22 veces), mientras que los tres más nombrados por los inversores son Charles N. Brower (41 veces), Stanimir A. Alexandrov (25 veces), Francisco Orrego Vicuña (25 veces) y L. Yves Fortier (23 veces). Véase base de datos UNCTAD disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>.

²² Hall, Rodney Bruce y Biersteker, Thomas, “The Emergence of Private Authority in the International System”, en Hall, Rodney Bruce y Biersteker, Thomas (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 4 (traducción del autor).

²³ Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston Inc, 1967, p. 582 (traducción del autor).

²⁴ *Idem* (traducción del autor).

jurídicos” coexistan o sean “obedecidos por un mismo sector social”.²⁵ De igual forma es posible la co-existencia de varias autoridades sobrepuestas en un determinado territorio o sector social.

En el contexto actual, von Bogdandy usa un entendimiento de autoridad compatible con el escenario jurídico internacional contemporáneo, al referirse a ella como: “capacidad legalmente establecida para restringir fáctica o legalmente la libertad de actores o de determinar cómo estos utilizan su libertad”.²⁶ Dicho entendimiento de autoridad permite justificar esta capacidad en un contexto de pluralidad global donde una autoridad en un determinado territorio no es necesariamente exclusiva ni suprema. Ello implica la posible superposición y relación de varias autoridades que es referida como autoridad relativa, que bien puede ser una pluralidad de autoridades del mismo dominio o de diferentes dominios que interactúan entre ellas.²⁷

Considerar al arbitraje de inversiones como ejercicio de autoridad pública permite expandir la discusión sobre su legitimidad trascendiendo el parámetro del consentimiento del Estado como único criterio. En este sentido, la justificación tradicional del arbitraje internacional comercial se basa en el consentimiento previo de las partes, lo que en inversiones se traduce en establecer si un Estado ha conferido este consentimiento, ya sea en un contrato, un tratado o una ley. Por otro lado, bajo una perspectiva de derecho público, el consentimiento es solo uno de los elementos de la justificación de autoridad.

El arbitraje de inversiones, por sus características descritas anteriormente, no solo resuelve disputas puntuales de inversión, sino que al hacerlo ejerce una capacidad —autoridad pública— que puede restringir o determinar cómo los Estados actúan o ejercen sus propias competencias. Esta capacidad se manifiesta de dos formas. La primera, en el caso concreto, en el ámbito de su competencia y a la luz de un tratado de inversión, consiste en controlar la legalidad de cualquier acción del poder público de un Estado. La segunda se ejerce al emitir un laudo, el cual se incorpora a un tipo de jurisprudencia

²⁵ Traducción del autor de Michaels, Ralf, “Global Legal Pluralism”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009, pp. 243-245.

²⁶ von Bogdandy, Armin, “Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2014, p. 987 (traducción del autor).

²⁷ Roughan, Nicole, “The Relative Authority of Law: A Contribution to «Pluralist Jurisprudence»”, en Del Mar, Maksymilian (ed.), *New Waves in Philosophy of Law*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2011, p. 258.

arbitral que tiene impacto sobre casos futuros, inclusive de terceros Estados que no tuvieron relación con el caso sobre el cual se emitió el laudo.²⁸

III. ESCENARIOS CONCEPTUALES FRENTE AL DII

La autoridad pública ejercida por los arbitrajes de inversiones no implica que de por sí existan conflictos con la soberanía de los Estados o de procesos de integración, como ha sido reconocido en procesos arbitrales recientes.²⁹ El problema radica en cierto número de procesos que, aunque cuantitativamente minoritario en el universo total de casos de arbitraje, ha afectado temas muy sensibles en la esfera pública, como los casos derivados de la crisis argentina.³⁰ Es decir, los pocos conflictos de inversiones que llegan a trascender en el debate público pueden tener un gran impacto en bienes colectivos y afectar derechos subjetivos.

En este contexto, se pueden diferenciar tres escenarios conceptuales de reacción frente al régimen del DII. Los dos primeros han sido los seguidos por distintos Estados latinoamericanos, pero existe una tercera vía (no explorada en la región) de reacción frente al DII, donde se puede encontrar convergencia con el proyecto ICCAL.

1. *Primer escenario: La restauración de la autoridad absoluta del Estado*

En este grupo se colocan visiones que buscan resistir a toda costa la autoridad ejercida por árbitros de inversiones, ya sea desvinculándose totalmente del régimen, denunciando tratados de inversión o usando el derecho público interno. En definitiva, en este grupo se incluyen todas las opciones que de una u otra forma buscan un estado donde se intenta restituir la “vieja”³¹ concepción de soberanía como poder absoluto.

²⁸ Para un mayor detalle sobre la perspectiva del ejercicio de autoridad pública internacional, véase von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 85-90.

²⁹ *I.P. Busta & J.P. Busta v. The Czech Republic*, Stockholm Cc No. V 2015/014 (2017), párr. 115.

³⁰ Véase los capítulos de Javier Echaide y Miguel Arenas Meza en este volumen.

³¹ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración Conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 6.

Para restaurar la soberanía absoluta del Estado existen dos estrategias puntales. La primera es la desconexión formal con el régimen de inversiones, lo que en términos concretos significa denunciar todos los tratados que unen a un Estado con el régimen de inversiones. Desde este punto de vista, se reducen las dinámicas globales de la misma manera que se opera un televisor: apagarlo parece tan simple como desconectar un enchufe. La segunda estrategia es el uso del derecho público interno, especialmente de la esfera constitucional, para protegerse de la injerencia del régimen de inversiones, o para evitar que futuros gobiernos del mismo Estado otorguen consentimiento al arbitraje de inversiones. En especial los Estados de Bolivia, Ecuador y Venezuela han adoptado de alguna manera estas estrategias, ya sea denunciando tratados como el Convenio del CIADI³² y muchos TBI, o incluyendo prohibiciones expresas en sus constituciones.³³

El resurgimiento de un concepto de soberanía absoluta, a través de cualquiera de sus dos estrategias, tiene un problema conceptual fundamental y tres consideraciones prácticas, como los países que lo han seguido han podido observar.

Conceptualmente, el problema es que adoptar una definición en donde la soberanía es vista como una autoridad absoluta puede resultar un verdadero búmeran para la sociedad latinoamericana, sobre todo para países donde el Estado de derecho es muy débil. Esto es porque restablecer una autoridad suprema y exclusiva del Estado puede afectar eventualmente al sistema interamericano de derechos humanos, que opera en el mismo entendimiento de una soberanía relativa.

Esta observación se agudiza en países donde el Estado de derecho es disfuncional, donde la institucionalidad está comprometida y el poder ejecutivo no posee contrapesos a nivel interno. Para estos Estados con un deficiente Estado de derecho puede ser muy difícil ser selectivamente abiertos en su concepción de la soberanía, es decir que sean absolutamente soberanos en materia de inversiones, pero relativamente soberanos en derechos humanos. Lo que sucede es precisamente lo contrario, una vez que un país con deficiencias estructurales internas en cuanto al Estado de derecho adopta un concepto absoluto de soberanía, usará la misma lógica en todas las esferas internacionales. Prueba de esto es que exactamente los mismos Estados, con estas condiciones, que inicialmente han tratado de abandonar

³² Sarmiento, María Gabriela, “The UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes and Venezuela: Will Both Ever See the Light at the End of the Tunnel?”, *The Journal of World Investment & Trade*, 2016, vol. 17, núm. 4, pp. 666-669.

³³ Véase Constitución de la República del Ecuador, artículo 422, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 366.

el régimen de inversiones, posteriormente han cuestionado al Sistema Interamericano con argumentos similares al principio de soberanía, como en el caso de Venezuela.³⁴

Adicionalmente, existen al menos dos razones que hacen muy difícil re-establecer la autoridad absoluta del Estado al tratar de “desconectarse” del régimen de inversiones. En primer lugar, todos los tratados bilaterales y regionales de inversión cuentan con un sistema complejo de cláusulas que rigen la terminación unilateral, precisamente para defender la estabilidad del régimen.

Para terminar un tratado se deben tomar en cuenta al menos dos tipos de cláusulas: la de periodos de validez y la de sobrevivencia de obligaciones. La cláusula de periodo de validez usualmente incluye un tiempo en el que el tratado no puede ser terminado unilateralmente, es decir que, si un Estado decide denunciar un tratado, debe primero haber transcurrido un número mínimo de años, estipulado en el mismo tratado. La segunda cláusula importante es la de sobrevivencia de obligaciones, que establece el tiempo que un tratado continúa teniendo efectos para las inversiones ya establecidas en un Estado.³⁵ Los periodos convenidos en las cláusulas de sobrevivencia varían en cada tratado, oscilando entre 5 y 25 años.³⁶

Esto significa que la denuncia de un Estado de los AII de los cuales es parte no podría darse unilateralmente de una forma simultánea, por el contrario sería un lento y progresivo proceso, ya que el tiempo de validez mínima y de sobrevivencia de obligaciones varía en cada tratado. Solo

³⁴ Nicolás Maduro, en 2012 en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, fundamentaba el retiro del Sistema Interamericano de la siguiente forma: “...tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han alejado de los sagrados principios que están llamados a proteger, convirtiéndose en un arma política arrojada destinada a minar la estabilidad de determinados gobiernos, y especialmente al de nuestro país, adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos de nuestro gobierno, vulnerando y desconociendo principios básicos y esenciales ampliamente consagrados en el derecho internacional, como lo son el principio del respeto a la soberanía de los Estados y el principio de autodeterminación de los pueblos...”. Carta de 6 de septiembre de 2012 del Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, dirigida al Secretario General de la OEA, publicada en: http://chile.embajada.gob.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=329%3Acausas-y-argumentaciones-por-las-cuales-venezuela-denuncia-la-convencion-interamericana-de-derechos-humanos&catid=3%3Anoticias-de-venezuela-en-el-mundo&Itemid=18&lang=es.

³⁵ Gordon, Kathryn y Pohl, Joachim, “Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World”, *OECD Working Papers on International Investment*, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2015, núm. 2015/3, p. 19, disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-working-papers-on-international-investment_18151957?sort=pubdateasc (traducción del autor).

³⁶ *Idem*.

podría saberse con exactitud el tiempo que debería transcurrir para que un determinado Estado se *desconecte* efectivamente del régimen luego de revisar en detalle todos los TBI firmados por el mismo.

Como referencia, en un ejercicio hecho por la OCDE en el 2015, si Suecia en ese año hubiera decidido hipotéticamente terminar todos sus tratados “tan pronto como fuera legalmente posible”,³⁷ tendría una conexión con el régimen de inversión hasta el año 2034. Este es un dato referencial y fue hecho bajo el supuesto de que un Estado internamente haya adoptado una decisión en ese sentido. En la práctica, la situación de la política interna puede hacer que se dilate la denuncia de un tratado, por lo que de cualquier forma pasarían muchos años hasta que un Estado se *desconecte* por completo del régimen.

En segundo lugar, para que una desconexión del régimen surta los efectos deseados, esta tiene que ser de una mayoría de países de la región. En caso contrario, si solo uno o pocos Estados terminan sus tratados, se colocan en una desventaja competitiva en relación con los Estados que permanecen en el régimen. Esto genera una situación que puede ser descrita como un “dilema del prisionero”, que explica por qué Estados en vías de desarrollo siguen mayoritariamente celebrando acuerdos bilaterales.³⁸ Un ejemplo claro fue Ecuador, que adoptó una actitud de resistencia al régimen de inversiones, mientras que Colombia y Perú, sus únicos vecinos y también competidores, permanecieron en el régimen y tuvieron una posición más agresiva en su política exterior, suscribiendo importantes acuerdos con bloques como la Unión Europea (sin capítulo de inversión) y otros regionales (estos con capítulos de inversión) como la Alianza del Pacífico o el *Trans-Pacific Partnership* (únicamente Perú). Esto debilitó la postura ecuatoriana, que ya en 2014 se vio obligado a negociar su adhesión al tratado comercial (sin capítulo de inversión) suscrito entre Perú y Colombia y la Unión Europea.³⁹

2. Segundo escenario: Re-orientación externa en la arena internacional

Un segundo escenario conceptual es la cooperación de Estados en la arena internacional para reformar el régimen de inversiones. Esto significa man-

³⁷ *Ibidem*, p. 22 (traducción del autor).

³⁸ Prieto Muñoz, José Gustavo, *El Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de Inversiones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2013, pp. 97-100.

³⁹ Véase <http://www.comercioexterior.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/TEXTOS-NEGOCIA-DOS-EN-EL-ACM.pdf>.

tener un concepto de Estado abierto, donde la soberanía no es un poder absoluto, pero donde también se analizan importantes falencias que se han observado en el sistema de arbitraje de inversiones.

En este escenario se considera que el DII ha entrado a una era de *re-orientación*⁴⁰ del mismo, donde no existen dudas sobre si reformar o no el régimen global de inversiones sino sobre el método, contenido y extensión de esta reforma para la satisfacción de la sociedad civil mundial.⁴¹ En el nivel multilateral, gran parte de esta reforma se ha dado en el marco de la UNCTAD. Especialmente se ha impulsado en los últimos años el uso de una nueva generación de tratados de inversión, en donde se recogen principios centrales⁴² para la implementación de políticas que contribuyan al desarrollo sostenible y la UNCTAD propone cinco caminos de reforma.⁴³ La interacción de estos principios busca crear también un balance normativo que permita a los Estados un espacio de ejecución de políticas públicas.

Por otro lado, a nivel inter-regional se han establecido cuerpos permanentes de resolución de disputas, como una alternativa al arbitraje de inversiones. Este es el caso del sistema de solución de controversias utilizado en los nuevos tratados de la Unión Europea, que desde el Tratado de Lisboa ejerce la competencia exclusiva sobre inversión extranjera directa como parte de su Política Comercial Común.⁴⁴

En la actualidad solo Canadá (en el marco del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* [CETA]) y Vietnam han aceptado la propuesta europea, y sin duda será una referencia a tomar en cuenta en los métodos de solución de controversias. Esto se debe a que la redacción de estos textos seguramente será tomada como “inspiración” por terceros Estados. En este sentido el CETA probablemente definirá la forma en la que se negocien futuros tratados de inversión. Sin embargo, esto produciría a nivel global una

⁴⁰ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf; UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 2015, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

⁴¹ UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, 2016, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d1_en.pdf.

⁴² UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development...*, cit.

⁴³ Estos son (1) promover la resolución alternativa de disputas; (2) adaptar el sistema existente a través de acuerdos internacionales puntuales; (3) limitar el acceso de inversionistas a mecanismos de arbitraje; (4) introducir una instancia de apelación y (5) crear una corte permanente de arbitraje.

⁴⁴ Tiú, Catharine, “The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead”, *Transnational Dispute Management*, núm. 1, 2017, disponible en: www.transnational-dispute-management.com.

fragmentación entre los dos mecanismos (tribunales de arbitraje y cortes permanentes), que deberán coexistir al menos por unos años.

El desarrollo de alternativas de adjudicación en Latinoamérica en materia de inversiones es marginal, ya que han existido importantes iniciativas pero pocas han sido traducidas a tratados. Un ejemplo exitoso de enfoque regional o inter-regional es el caso de los Acuerdos de Facilitación de Inversión de Brasil. La iniciativa más ambiciosa es sin duda alguna la creación de un centro de solución de disputas para América del Sur, bajo el auspicio de Unasur. Esta iniciativa no se ha concretado en los últimos años y tiene una serie de interrogantes por delante.⁴⁵

Cualquiera de las reformas externas planteadas, ya sea mediante la adopción de alguno de los “caminos” trazados por la UNCTAD o mediante la creación de múltiples cuerpos regionales de inversión, tiene dos obstáculos importantes. El primero es el tiempo, ya que, con los mismos criterios expuestos en la sección precedente, cualquier reforma al régimen muy difícilmente podría producirse inmediatamente, por medio de un solo acto; por el contrario, cualquier reforma tomará mucho tiempo. Por ejemplo, si un Estado decide aplicar los principios UNCTAD y reformar sus TBI, “tan pronto como fuera legalmente posible” tiene dos opciones: negociar un acuerdo con el/los otro(s) Estado(s) parte en el tratado o esperar que el tiempo de terminación o renovación del tratado transcurra para realizar ajustes. El segundo obstáculo, que es conexo, es la falta de consenso a nivel político entre Estados para llegar a acuerdos que permitan instrumentalizar nuevos métodos de solución de conflictos regionales. Cualquier reforma al régimen implica una renegociación masiva de tratados, que tanto interna como externamente es un desafío para cualquier país latinoamericano.

3. *Tercer escenario: Reformas internas para legitimar la autoridad del régimen*

Los escenarios descritos indican que, al menos en los próximos años, los Estados latinoamericanos seguirán inmersos en procesos arbitrales basados en la mayoría de tratados suscritos en los años noventa. Es difícil prever si en algún momento se logrará poner en funcionamiento un sistema propio de resolución de conflictos en la región, o uno conjunto con la Unión Europea. En todo caso, seguirán iniciándose demandas arbitrales contra Estados de la región y con estas la autoridad pública que se ejerza en este nivel seguirá coexistiendo con la de los Estados.

⁴⁵ Véase al respecto el capítulo de María José Luque Macías en este volumen.

El tercer escenario, por lo tanto, puede agrupar aquellas posiciones que se centran en la legitimación de la autoridad pública del régimen, lo que implica una reforma desde el interior. Cualquier modificación que se pretenda del régimen desde esta perspectiva implica necesariamente tomar en cuenta no solo su dimensión normativa, sino entrar a operar dentro de la dimensión transnacional, es decir a nivel de la comunidad epistémica de arbitraje de inversión.

Discutir sobre la legitimidad del régimen de inversiones implica precisamente discutir la justificación moral y sociológica de un ejercicio de autoridad pública⁴⁶ por parte de árbitros, así como la capacidad de las normas sustantivas del régimen de generar en las sociedades latinoamericanas una noción voluntaria sobre su cumplimiento.⁴⁷ Esta es precisamente una de las ventajas que otorga dicha conceptualización, ya que no es necesario esperar a que la dimensión normativa del régimen sea modificada. El centro de estudio es el ejercicio de autoridad, y mientras un árbitro la ejerza debe justificar la misma.

En este sentido, una de las tendencias más importantes es la conceptualización del régimen internacional de inversiones dentro del derecho administrativo global, donde el arbitraje es concebido como un ejercicio de administración global,⁴⁸ y donde tribunales específicos “ejercen poder” en un “espacio administrativo global”.⁴⁹ Esta perspectiva no es una respuesta por sí sola a los problemas del régimen de inversiones, más bien es una forma de replantear las preguntas que se hacen sobre el régimen. Autores dentro de la línea del derecho administrativo global se concentran precisamente en los puntos donde el ejercicio de poder público fuera del Estado presenta problemas para justificarse, como en la rendición de cuentas (*accountability*) de quienes lo ejercen.⁵⁰

Existe por lo tanto un espacio para otros discursos, incluyendo los regionales, concretamente para América Latina y el ICCAL. Con este fin,

⁴⁶ Wolfrum, Rüdiger, “Legitimacy in International Law”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011, t. VI, p. 809.

⁴⁷ Véase el concepto de legitimidad en Franck, Thomas M., “The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium”, *The American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, p. 93.

⁴⁸ Traducción del autor de Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan, “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, *Institute of International Law and Justice Working Paper 2009/6 Global Administrative Law Series*, 2009.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Krisch, Nico, “The Pluralism of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 247 y 278.

dentro de este tercer escenario descrito el primer paso es transformar las preguntas que la región se hace sobre el régimen. Esto implica ir más lejos de discusiones con respuestas de blanco o negro, por ejemplo, si debe el Estado A o C denunciar el CIADI o suscribir o no el tratado X o Y. Nuevas preguntas deben generarse: ¿es posible legitimar el uso del poder —autoridad pública— de adjudicadores de inversión en América Latina mediante un discurso jurídico regional? ¿Cómo puede un discurso regional latinoamericano ser relevante en la re-adaptación de un régimen global establecido?

Para responder a estas preguntas el paso siguiente es la consolidación de un discurso jurídico que pueda distinguir persuasivamente dentro del régimen de inversión las diferencias de la legitimación de la autoridad pública ejercida desde el espacio internacional hacia las sociedades latinoamericanas. Un discurso en este sentido no solo es deseable sino necesario, en caso contrario las necesidades de la región corren el riesgo de quedar al margen de las transformaciones, tanto internas como externas, que está experimentando el régimen de inversiones.

La base de este discurso es la consolidación de principios regionales específicos para ser aplicados a los conflictos derivados de la inversión extranjera.⁵¹ En este contexto específico, se buscaría que la autoridad de los árbitros de inversión también pueda ser justificada al observar éstos los principios aceptados por las sociedades afectadas por sus decisiones.

El reto por lo tanto consiste en construir una herramienta conceptual que pueda ser utilizada por los propios árbitros en la adjudicación de disputas, proporcionando así un puente legal entre la racionalidad del arbitraje de inversiones y la justificación de su autoridad en América Latina. El rol de ICCAL en este escenario es fundamental, ya que sus principios pueden ser la base de un discurso de esta naturaleza, puesto que ha seguido de cerca los procesos de transformaciones constitucionales y políticas de las sociedades de la región.

La consolidación de un conjunto de principios de inversión también puede permitir acuerdos transversales interdisciplinarios mínimos. Muchos de los desacuerdos en la región no se producen a nivel nacional, sino entre las diferentes comunidades epistémicas⁵² de las diversas naciones del conti-

⁵¹ Prieto Muñoz, José Gustavo, “The Rise of Common Principles for Investment in Latin America: Proposing a Methodological Shift for Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, núm. 4, 2016, pp. 614-633.

⁵² Haas, Peter M., “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”, *International Organization, Knowledge, Power, and International Policy Coordination*, vol. 46, 1992, pp. 1-35.

nente, ya que cada una a su vez está conectada a sectores más amplios de las sociedades en sus respectivos países. Por ejemplo, es más factible que un grupo de abogados de diferentes países especializados en un área (derechos humanos, arbitraje comercial) arriben a puntos de consenso, que entre abogados de un mismo país con diferentes áreas de especialización. Un acuerdo sobre principios permite su implementación en base a estrategias de internamiento en el régimen de inversiones, no explícitamente contenidas en las cláusulas de los tratados.

El rol del ICCAL es fundamental en la identificación de estos principios regionales de inversión, que diferencian la legitimación de autoridad en América Latina de otras regiones. Por ejemplo, uno de los conceptos más importantes que pueden ser utilizados y que ha sido identificado en el ICCAL es el de inclusión, donde se da forma jurídica a la necesidad de integrar las grandes mayorías a los sistemas sociales.⁵³

Desarrollar un principio de inclusión dentro del DII es un desafío, ya que no hay —ni tampoco debería existir— una obligación legal para que un tribunal arbitral redistribuya la riqueza en un país, incluso dentro de la concepción del DII como ejercicio de autoridad pública. Sin embargo, la construcción de un principio de inclusión en el DII puede ser una herramienta para los árbitros al operar en dos estados diferentes de un proceso.

El primero, durante la evaluación de la responsabilidad internacional del Estado en el contexto de un tratado de inversiones. La aplicación del principio de inclusión en inversiones permitiría determinar si una medida de un Estado que sea objeto del análisis por parte de un tribunal arbitral es necesaria, pertinente y proporcional con la obligación fundamental y normativa de los Estados latinoamericanos de integrar a los fragmentos menos favorecidos de la sociedad en los sistemas de bienestar social.

El segundo momento donde puede operar un principio específico de inclusión es durante la fase de *Quantum*, donde se calcula los daños sufridos por el inversor y el monto de una indemnización, luego de que la responsabilidad internacional haya sido establecida. La determinación de daños en litigios de inversiones es un tema abierto, ya que no existen muchas normas específicas en los tratados de inversión que establezcan como calcular los

⁵³ Véase von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015; pp. 3-50, en especial pp. 9-10. Para un análisis elaborado, véase Clerico, Laura y Aldao, Martín, “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 219-262.

daños. Esto ha hecho que, en el universo de casos de inversiones, se desarrollen diferentes métodos de cálculo de indemnizaciones.

Sin embargo, un tribunal de arbitraje no debe imponer una compensación que perjudique la capacidad del Estado para cumplir sus objetivos fundamentales, porque en ese caso estaría sancionando a los fragmentos vulnerables de la sociedad. Esto significa una obligación en casos extraordinarios de considerar la capacidad económica del Estado demandado como un parámetro en la determinación del pago de una indemnización. Esta opción ya fue discutida por otros adjudicadores internacionales fuera de la región, siendo el laudo de daños de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía la referencia más concreta.⁵⁴

La inserción de principios regionales de inversión propios, sin duda alguna, no está libre de riesgos y dificultades. Después de todo, los conceptos básicos del ICCAL pueden ser modificados⁵⁵ o incluso deformados al ser aplicados eventualmente por un árbitro ajeno a la realidad de la región y al uso de herramientas de derecho público, como el mismo principio de proporcionalidad. En todo caso, el riesgo parece ser mayor con la inacción regional dentro del tercer escenario descrito.

Es difícil predecir cuál será el rumbo de evolución del derecho internacional de inversiones, pero es deseable el poder alcanzar consensos mínimos en Latinoamérica, ya no solo entre naciones sino también entre sectores que cruzan transversalmente a las primeras. Un consenso mínimo de principios sustantivos de inversión extranjera es una posibilidad que al menos debe ser estudiada cuidadosamente dentro del proyecto ICCAL.

⁵⁴ Eritrea Ethiopia Damages Claims Commission, *Final Award Ethiopia's Damages Claims*, 17 de agosto de 2009, párr. 313.

⁵⁵ Agradezco en especial la observación en este sentido de Rodrigo Gutiérrez durante el seminario ICCAL “Del paradigma de la fragmentación al paradigma del diálogo”, en diciembre de 2015.