

INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN

Carlos H. REYES DÍAZ*

I. INTRODUCCIÓN

Las controversias Inversionista-Estado o ISDS en inglés, son cada vez más comunes en el mundo. La UNCTAD reconoce hasta octubre de 2019, 983 casos presentados, de los cuales 647 están concluidos, 332 están pendientes de resolución y de 4 casos no se tiene conocimiento¹. La base de datos de la UNCTAD agrupa los casos de diversos tribunales internacionales, como el CIADI del Banco Mundial, la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), entre otras. De todos estos, el Centro del Banco Mundial es el que más demandas ha recibido (615), seguido por la Corte Permanente de Arbitraje (154), la Corte de la Cámara de Comercio de Estocolmo (49) y la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, de París (17).²

Todas estas instituciones no son esencialmente tribunales sino centros administradores de arbitrajes, instituciones que cuentan con procedimientos por los cuales se constituyen tribunales arbitrales, que serán los que resuelvan las controversias en última instancia. Estos centros están respaldados por instituciones de prestigio internacional y le dan certidumbre y credibilidad a los arbitrajes que administran. Esto no significa en ninguna forma que sean infalibles, por el contrario, en este momento la UNCTAD, la UNCTAD y el CIADI están en un proceso de reforma de estos mecanismos desde el ámbito multilateral, así como la Unión Europea lo hace desde la perspectiva regional; estas reformas propuestas derivan de

* Profesor de la Facultad de Derecho y miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la UNAM.

¹ Ver: UNCTAD, en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (consultado el 15 de octubre de 2019).

² Ídem.

las debilidades que tanto inversionistas como Estados han hecho evidentes en las más de tres décadas de controversias frecuentes de este tipo, desde 1987 con la controversia entre AAPL vs. Sri Lanka, que se decidió el 27 de junio de 1990.³

En 2018, México se convirtió en Estado Contratante del CIADI, con lo que sus controversias en esta materia serán resueltas por la vía del mecanismo original y no por el complementario, como había sido desde la suscripción del TLCAN y aplicación del Capítulo XI del mismo.⁴

Una de las debilidades de estos arbitrajes consiste precisamente en el carácter ad hoc de los tribunales. Esto será tratado en este texto, así como las razones por las cuales esta falta de institucionalidad ha puesto en riesgo la eficiencia de los arbitrajes inversionista-Estado. Al mismo tiempo, se presentarán las alternativas de reforma del mecanismo, que actualmente se están negociando en el contexto multilateral y regional.

Una razón muy importante para fortalecer estos mecanismos, de acuerdo con la opinión de la Unión Europea y sus Estados miembros, es que “la inversión extranjera directa constituye un elemento importante a la hora de impulsar el desarrollo y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y que, en consecuencia, es importante sentar las bases más sólidas para la solución de controversias en materia de inversiones a medio-largo plazo (...).”⁵

Las discusiones en el marco de las Naciones Unidas, en la UNCTAD (en el WIR15 capítulo 4, pág. 120) acordaron que la pregunta no era si se debería o no reformar el mecanismo actual de protección de inversiones, sino en qué medida hacerlo.⁶ Es ahora cuando se presenta la oportunidad

³ La decisión, en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf> (consultada el 15 de octubre de 2019).

⁴ México lo suscribió el 27 de julio de 2018 y entró en vigor a partir del 26 de agosto del mismo año, de conformidad con el artículo 68(2) del Convenio CIADI. Con ello, México se convirtió en el Estado 154 en ratificarlo desde 1966.

⁵ Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, el 18 de enero de 2019. Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157682.pdf (consultado el 19 de noviembre de 2019).

⁶ Mohamadieh, Kinda, *The Future of Investor-State Dispute Settlement Deliberated*

y la coyuntura internacional para plantear la reforma y todo parece indicar que se llegará a este acuerdo pronto.

II. TRIBUNALES AD HOC

El mundo y su contexto reciente, particularmente desde hace tres décadas aproximadamente, ha evidenciado la multiplicación de tribunales internacionales, o lo que Petrova⁷ refiere como la “jurisdiccionalización” o “judicialización” internacional. Este fenómeno, de acuerdo con la autora,⁸ es el resultado de algunos factores, como:

- (1) la “globalización” y la “regionalización” de la economía mundial,
- (2) la “expansión” del derecho internacional en nuevos ámbitos de regulación normativa,
- (3) la importancia creciente de los actores no estatales en la esfera de las relaciones internacionales, y
- (4) la relativización del carácter consensual de la justicia internacional.

Agregaría a estos factores la gran cantidad de tratados comerciales y de inversión, cada uno de ellos con mecanismos especiales de solución de controversias, precisamente tribunales ad hoc ante la falta de institucionalización multilateral de estos mecanismos.

Los arbitrajes generalmente se conocen como tribunales ad hoc, esto significa que están creados con un fin específico y desaparecen al cumplir con este fin, y también porque no tienen el carácter de tribunales o cortes nacionales, no son jueces quienes resuelven, ni se aplican necesariamente reglas procesales nacionales. El arbitraje surge precisamente con este carácter para agilizar los procedimientos, al someterse una controversia a una instancia que tendrá la tarea de crearse para resolverla y desaparecer inmediatamente después.

at UNCITRAL: Unveiling a Dichotomy between Reforming and Consolidating the Current Regime. South Centre Investment Policy Brief No. 16, March 2019. En: www.southcentre.int

⁷ Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, UNAM-IIJ, México, 2018, p. 25.

⁸ *Ibid*, p. 36.

Si bien los árbitros no son jueces, sí los eligen las partes o los designan los centros administradores de arbitrajes por su conocimiento y/o experiencia sobre el tema de la litis. En principio podría decirse que no se requiere de la experiencia jurisdiccional ya que los centros administradores se encargan de proveer todo el aparato cuasi jurisdiccional para que los árbitros se centren en el fondo del conflicto y en aportar una solución conforme a la materia técnica de la controversia, o conforme a derecho o a la equidad, según sea su mandato.⁹

Uno de los problemas conceptuales del arbitraje consiste en la insistente comparación que se hace del mismo con los tribunales y cortes nacionales, tanto por lo que respecta al funcionamiento como para su efectividad y generalmente con el objetivo de deslegitimar al arbitraje. La recurrente crítica es que los árbitros no tienen vocación jurisdiccional, sino que realizan su labor como algo excepcional en su vida y que precisamente ello demerita la administración de justicia que se busca en cualquier litigio.

Sin embargo, considero que se intenta desesperadamente privilegiar la actividad cuasi jurisdiccional y se pierde de vista la voluntad de las partes para depositar su conflicto en manos de terceros imparciales. Sin mencionar si la controversia se ha de resolver *ex aequo et bono*, en cuyo caso hace menos falta un juez. Las comparaciones son poco acertadas para definir la eficiencia del arbitraje y ello no quiere decir que no sea relevante el análisis pulcro y satisfactorio de los casos, sino que el análisis de esta figura tiene que centrarse en las acciones que sólo le corresponden al arbitraje como figura independiente.

El arbitraje, entonces, siempre ha estado rodeado de una atmósfera de dudas debido a esta comparación, como si siempre estuviera en deuda respecto de la labor jurisdiccional o si fuera la aspiración última del arbitraje convertirse en lo que los jueces son ahora, como si estos jueces fueran infalibles a causa de su preparación. Los jueces también enfrentan retos, como la carga excesiva de casos que tienen que resolver, lo que demerita su

⁹ El Convenio CIADI establece esta posibilidad en el artículo 42 (3), que dispone: “(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.”

capacidad crítica y análisis exhaustivo de todos los casos a su cargo, además de que, en jurisdicciones deficientes, quienes resuelven son los secretarios del juzgado y no los jueces mismos.

La disputa conceptual por la que se insiste en no llamarles tribunales a los arbitrajes y, por el contrario, inventarles nombres como el de “paneles” por ejemplo, se utilizan para delimitar las fronteras y no confundir las figuras. Con el tiempo y el arraigo del arbitraje en el mundo cada vez se confunden menos ambas instituciones, pero al mismo tiempo se arraiga más el interés por desvirtuar la labor arbitral, quizá con la intención nacionalista de fortalecer nuevamente a los tribunales locales ahora que los arbitrajes inversionista-Estado han garantizado cuantiosos montos económicos a los inversionistas en perjuicio de los Estados y se ha puesto en entredicho la facultad regulatoria estatal ante las amenazas arbitrales (*regulatory chill*, como se verá más adelante).

Con esto, los tribunales ad-hoc resuelven las disputas entre inversionistas y Estados y es por ello que se les considera que desaparecen al resolver la controversia, lo que no debe de entenderse que es el CIADI, la Corte Permanente, o la LCIA los que desaparecen, pues como ya se dijo antes estos son sólo los centros que administran los arbitrajes y no los tribunales mismos. La institucionalidad de los centros tiene que analizarse desde una óptica distinta, ahora lo que busca resolverse es la posibilidad de institucionalizar también a los arbitrajes.

Como lo explica Petrova, “En los sistemas jurídicos nacionales existe una organización jerarquizada de normas e instituciones. No obstante, en el ámbito internacional no hay una clara jerarquía normativa y/o institucional. Las normas internacionales y las instituciones jurisdiccionales que las aplican e interpretan se sitúan todas en el mismo nivel.”¹⁰

¹⁰ Petrova, *op. cit.*, p. 67.

III. CRÍTICA A LOS ARBITRAJES AD HOC

Quizá la principal crítica a estos arbitrajes consiste en la falta de predictibilidad de sus decisiones. Es plenamente sabido que los precedentes arbitrales de este tipo carecen de fuerza vinculante respecto de controversias subsecuentes. Las decisiones, criterios, opiniones, interpretaciones que hacen los tribunales no pueden ser citados en otros casos como argumentos concluyentes, a riesgo de incurrir en extralimitación de sus atribuciones. La razón de esto consiste en que cada caso se construye con hechos distintos, ninguno es idéntico a otro, ni siquiera cuando hay controversias similares en tiempo y lugar. Aplicar criterios iguales a casos no idénticos puede provocar fallas de fondo.

En lo que concierne al precedente, en palabras de *Jerome Frank*, “un caso significa sólo lo que un juez en un caso posterior dice que significa (*Frank*, 1949, pág. 274)”.¹¹ Lo que falta a este concepto es que no puede aplicarse de igual forma a los precedentes de los tribunales ad hoc, ya que esta opinión fue diseñada para jueces nacionales. La falta de legitimación de los arbitrajes para generar precedentes es una de sus debilidades más conocidas y en donde radica precisamente su crítica.

A esto se agrega que la falta de jurisprudencia internacional puede provocar que dos casos con hechos casi idénticos se resuelvan de manera distinta entre sí. Baste recordar los casos de *CME v. República Checa*¹² y el de *Lauder v. República Checa*,¹³ los que, basándose en hechos prácticamente idénticos, ambos tribunales resolvieron la protección y seguridad plenas de la inversión bajo criterios completamente distintos. Mientras el tribunal de *CME* resolvió que el Estado receptor está obligado a asegurar que ni por

¹¹ MacCormick, D. Neil y Summers, Robert. S., *La Interpretación del Precedente. Un Estudio Comparativo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016, p. 470.

¹² *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL*, Final Award March 14, 2003. En: <https://www.italaw.com/cases/281> (consultado el 3 de noviembre de 2019).

¹³ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final Award*, September 3, 2001. (consultado el 3 de noviembre de 2019).

alguna reforma de sus leyes, ni por acciones administrativas, puede acordarse la devaluación o retiro de la protección y seguridad de la inversión, el tribunal de Lauder decidió que el único deber del Estado era garantizar al inversionista el acceso a su sistema judicial, y con ello se garantiza la protección y seguridad de la inversión.

Ante situaciones como estas podría decirse que en un sistema institucional (como el de la OMC), la jurisprudencia podría perfectamente determinar el precedente y replicarlo en casos similares, no como en estas decisiones anteriores que sólo ponen en duda la legitimidad del análisis y la integridad de estos procedimientos.

Algo que se critica con regularidad respecto de estos tribunales es la falta de mecanismos adecuados para impugnar las decisiones arbitrales. Las impugnaciones que buscan anular los laudos se centran en aspectos procesales y no en el fondo de la controversia, además de que las causas de impugnación son diseños herméticos muy difíciles de vulnerar, ya que requieren de circunstancias tan graves de violación que difícilmente se cumplen.

No obstante lo anterior, varias decisiones arbitrales del CIADI han sido anuladas por vía de procedimientos nacionales de nulidad debido a errores procesales, como *Metalclad v. México* (2001) BCSC 664 que fue anulada por Canadá, *Rusia v. Veteran Petroleum Limited et al*, Hague District Court C/09/477160, C/09/477162, C/09/481619, del 20 de abril de 2016, anulada por Países Bajos, *Swissborough Diamond Mines (Pty) Limited v. Reino de Lesotho* (2018) SGCA 81 anulada por Singapur, *RosInvestCo v. Rusia*, anulado por la Corte de Apelaciones de Suecia (2013) Caso No. T10060-10, y *Griffin v. Polonia* (2018) EWCH 409 anulado por el Reino Unido.¹⁴

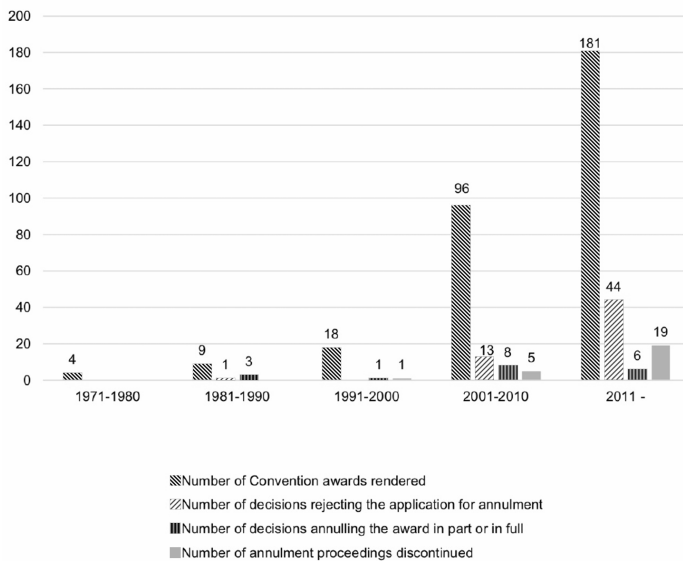
Con todo ello, en la actualidad muy pocas controversias se anulan de manera parcial o total, como puede verse en el siguiente diagrama del CIADI, a junio de 2019.

¹⁴ ISDS Academic Forum on ISDS Working Group Four Incorrectness of ISDS Decisions. En: https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/4_Incorrectness_of_ISDS_Decisions_-_WG4.pdf.

1966 — 2019 Statistics

Annulment Proceedings under the ICSID Convention – Outcomes

Chart 12: Awards Rendered and Outcomes in Annulment Proceedings under the ICSID Convention, by Decade



La lectura de esta gráfica no puede entenderse en el sentido del buen funcionamiento de los arbitrajes, debido a que pocos se impugnan. La queja recurrente es que las causas de impugnación y la forma en la que los comités de impugnación las analizan, están diseñadas para avalar lo resuelto por los arbitrajes. Es precisamente por ello que varias de las propuestas de reforma de estos mecanismos, en los tres foros actuales CIADI, UNCTAD y UNCITRAL, están encaminadas a la reforma en este tema, aunque todavía hay diferencias en cuanto al alcance y la forma de hacerlo.

En el año 2004, el CIADI propuso la creación de un mecanismo de apelación internacional para los arbitrajes ISDS pero no consiguió el apoyo necesario por parte de la comunidad internacional. La idea consistía

en ampliar el ámbito de revisión que actualmente tienen los procedimientos de anulación, que consisten esencialmente en la revisión de errores de hecho o de derecho, así como fallas procesales que dejen en estado de indefensión a las partes, que son por las cuales se puede interponer este procedimiento de conformidad con el artículo 52 del Convenio CIADI.

Por otra parte, la idea de un centro de apelación respondía a la necesidad de nombrar árbitros permanentes, no ocasionales como ahora sucede, de tal manera que los tribunales estuvieran constituidos por nacionales de los Estados Contratantes del Convenio CIADI, además de otros representantes estatales.¹⁵

Los costos de estos procedimientos se han elevado de manera sensible desde los primeros en la década de los noventa hasta los actuales. De acuerdo con datos de la UNCTAD el promedio de montos reclamados por los inversionistas es de USD 1.3 billones de dólares, y la media es de USD 118 mdd, en tanto que las indemnizaciones que han tenido que pagarse en casos en los que el inversionista ha ganado promedian USD 504 mdd con una media de USD 20 mdd.¹⁶

IV. ARBITRAJES INVERSIONISTA-ESTADO

Cuando se trata de arbitraje es indispensable distinguir que hay procedimientos diferentes para controversias Estado-Estado, como también particular-particular, que son las más tradicionales incluso desde el siglo XIX. A estos tipos de controversias se agregan las controversias inversionista-Estado, en gran medida popularizadas desde la década de los noventa del siglo pasado, aunque puede encontrarse antecedente de ellas también en el siglo XIX con la controversia sobre el Canal de Suez, por ejemplo.¹⁷

¹⁵ Crf. Developments and reform of investor-state dispute settlement. June 2017. En: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/a93bd1d4/developments-and-reform-of-investor-state-dispute-settlement#section8> (consultado el 3 de noviembre de 2019. La traducción es propia).

¹⁶ Mohamadieh, Kinda, *op. cit.* p. 2.

¹⁷ Jason Webb Yackee, “Suez Canal Company vs. Egypt (1864)”, *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 17, Issue 3, June 2, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1163/22119000-01703003>

Con independencia de las diferencias entre estos tres procedimientos arbitrales, en la esencia de los mismos existen principios comunes como el de autonomía de la voluntad de las partes, la facultad de presentar y desahogar pruebas, de fundamentación y motivación de las decisiones, entre muchos más que buscan garantizar el debido proceso.

En este trabajo, el análisis se centra en los arbitrajes inversionista-Estado que desde hace por lo menos tres décadas han puesto nuevamente en entredicho las deficiencias operativas por una razón concreta. En los arbitrajes entre Estados no fue nunca natural que una jurisdicción estatal resolviera las disputas porque los Estados no suelen someterse a jurisdicciones de sus pares. En arbitrajes entre particulares la situación es menos compleja porque se trata de intereses privados y no están involucrados principios de orden público, lo que hace que las jurisdicciones nacionales sólo revisen en sus procedimientos de homologación el apego a derechos procesales y a que no se hayan vulnerado garantías jurídicas indispensables en procesos jurisdiccionales.

En los arbitrajes inversionista-Estado la situación es diferente por cuanto no está claro si se trata de arbitrajes en el marco del derecho público o del privado, ya que cuentan con características de ambos.¹⁸ Pero lo que importa respecto de estas características es que sin importar el tipo de arbitraje de que se trate, así como de la jurisdicción o centro que revise la pertinencia jurídica de los laudos, siempre hay instancias encargadas de garantizar que estos procesos cumplan con las formalidades esenciales. En los arbitrajes estatales, como el del Fondo Piadoso de las Californias (1902), fue la Corte Permanente de Arbitraje la que resolvió, en tanto que, para el arbitraje de la Isla Clipperton, fue el Rey Víctor Manuel de Italia quien resolvió el laudo en 1903, con el apoyo institucional que un jefe de estado tiene a su disposición, por mencionar sólo un par de ejemplos.

En las controversias entre particulares, tribunales como los de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) de París, proporcionan

¹⁸ Más sobre este tema, en: Douglas, Zachary, Pauwelyn, Joost and Viñuales, E. Jorge. *The Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford University Press, UK, 2014.

todos los elementos procesales e institucionales pertinentes, además de los procedimientos nacionales para el reconocimiento, homologación y ejecución de laudos en los tribunales estatales.

En los arbitrajes inversionista-Estado hay diferencias. La mayoría de estas controversias las resuelven tribunales en el marco del CIADI, como ya se mencionó con anterioridad, y las demás instituciones como la Corte de la ICC o la Corte Permanente de Arbitraje cuentan con las condiciones necesarias para garantizar el debido proceso en cada caso. Sin embargo, a diferencia de los arbitrajes privados, los arbitrajes ISDS no requieren de homologación por los tribunales nacionales, al menos no como regla general, esto derivado del carácter de entera fe y crédito que se le debe a ellos. Así lo dispone el Artículo 54 del Convenio CIADI:¹⁹

“Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo *como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado*. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales *reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.*”

Esta disposición es indispensable para que el Estado se abstenga de aplicar trabas u obstáculos legales que demeriten la fuerza obligatoria de los tribunales internacionales, como lo podría hacer el juicio de amparo en México. Las únicas medidas que pueden interponerse para anular los laudos de este tipo son los que establece el mismo Convenio CIADI, en su artículo 52 y que consisten en:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;

¹⁹ Convenio de Washington de 1965. En: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf> (citado el 2 de noviembre de 2019).

- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Fuera de estas circunstancias concretas, los laudos CIADI son inmunes a los procedimientos nacionales, lo que les da fuerza y certeza, incluso en casos en los que los Estados decidan no cumplir con los laudos del CIADI existe lo que se ha denominado “temor reverencial al Banco Mundial”, ya que siempre será una atribución del Banco cerrar la llave de préstamos internacionales a quienes no cumplen con los laudos de su Centro, algo que los Estados consideran antes de incumplirlos. Con todo esto, la crítica principal a estos mecanismos de nulidad es que ninguna de las causas de anulación atiende a deficiencias en el análisis de fondo y resolución del conflicto, sino sólo a cuestiones procesales.

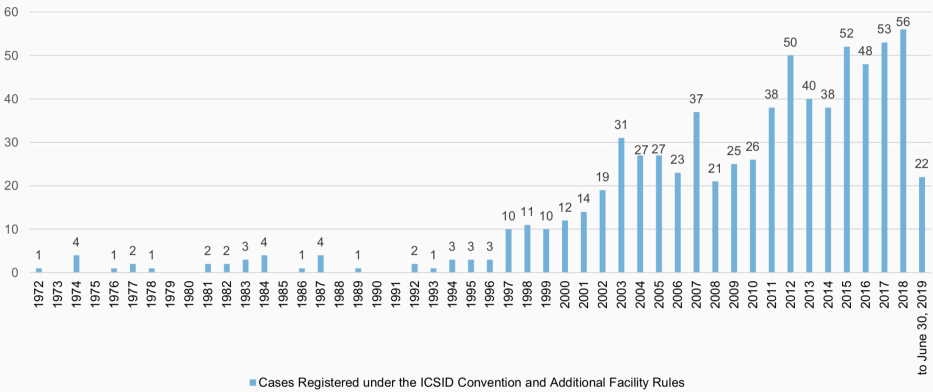
Los arbitrajes ISDS están diseñados para equilibrar los derechos de inversionistas privados en países ajenos a los suyos, al otorgarles posibilidades de defensa adecuada derivada de factores políticos, sociales, de corrupción, autoritarismo y demás conocidos como “riesgos políticos”. En tales circunstancias, sería poco deseable para un inversionista someterse a las instancias nacionales del país que ha decidido amenazar su estabilidad física o jurídica. Para estos casos, los arbitrajes son una opción objetiva, imparcial e internacional para defenderse.

El CIADI es el tribunal que más controversias registra y resuelve en el mundo, y así lo muestra el diagrama siguiente, de acuerdo con la propia página del CIADI con cifras a junio de 2019.

1966 – 2019 Statistics

Cases Registered by ICSID under the ICSID Convention and Additional Facility Rules

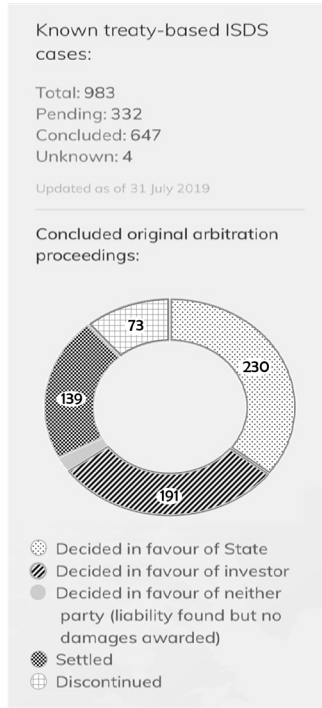
Chart 1: Total Number of ICSID Cases Registered, by Calendar Year



As of June 30, 2019, ICSID had registered 728 cases under the ICSID Convention and Additional Facility Rules.

Por su parte, la UNCTAD cuenta con una de las bases de datos más confiables en materia de solución de controversias de inversión en la actualidad, que agrupa no sólo las controversias del CIADI sino las de los tribunales más importantes. Conformando a datos de esta Conferencia de las Naciones Unidas, las controversias resueltas hasta julio de 2019²⁰ se cuentan como se muestra en el siguiente diagrama:

²⁰ Ver: Página de la UNCTAD. En: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (consultada el 2 de noviembre de 2019).



Por mucho, este mecanismo es el que tiene más controversias resueltas en la actualidad, comparado con las 590 disputas iniciadas en el tribunal comercial de la OMC con 350 que se han resuelto,²¹ lo que resulta de mayor impacto si se toma en cuenta el poco tiempo que el CIADI tiene de resolver conflictos, prácticamente desde finales de la década de los ochenta del siglo pasado, aunque el mecanismo se estableció desde la década de los sesenta.

La experiencia de los arbitrajes ISDS se ha transformado de ser un mecanismo para proteger a los inversionistas ante violaciones por riesgo político, a ser ahora un sistema que pone en riesgo la labor jurídica y regulatoria estatal, pues los Estados se sienten amenazados por los inversionistas, quienes pueden demandar por montos multimillonarios ante la adecuación de leyes o la implementación de políticas públicas. Se ha dicho

²¹ Ver: Página de la OMC, en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm (consultado el 2 de noviembre de 2019).

pues, que aquel riesgo político del siglo XX se ha transformado hoy en lo que algunos llaman “política de riesgo” o “*regulatory chill*”²² para el Estado.

Esto se refleja de manera más concreta porque en particular, el arbitraje entre inversionistas y Estados está siendo cuestionado, entre otras razones, por:²³

- a) Desplazar las decisiones adjudicatarias a nivel interno y el derecho y las instituciones nacionales;
- b) Operar en contra de los intereses de los Estados en vías de desarrollo;
- c) Crear las condiciones para un enfriamiento regulatorio (*regulatory chill*);
- d) Establecer una asimetría esencial en la protección jurídica;
- e) Crear una categoría exclusiva de solución de controversias internacionales para los inversores extranjeros;
- f) Permitir laudos monetarios muy onerosos para los inversores que se ven negativamente afectados por la conducta soberana;
- g) Omitir las salvaguardias institucionales frente a conflictos de intereses; y
- h) Crear otras formas de injusticia en el proceso de arbitraje.

La controversia de Philip Morris vs. Uruguay²⁴ fue en particular la que prendió las alarmas de que los Estados estaban en serio riesgo de perder su capacidad regulatoria en temas que pueden considerarse como objetivos legítimos de interés social como salud, seguridad, medio ambiente y otros. En este caso, el derecho a la salud de las personas por el consumo del tabaco fue la causa de una demanda por parte de la industria tabacalera más importante del mundo, la que demandó a Uruguay por la cantidad de veinticinco millones de dólares estadounidenses por diversas violaciones a derechos de inversión.

²² Más sobre este tema, en: Tienhaara, K., *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration*, in Brown, C. and Miles, K. (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge: CUP, 2011.

²³ Investment Treaty News. En: <https://www.iisd.org/itn/es/2019/04/23/phase-2-of-the-uncitral-isds-review-why-other-matters-really-matter-jane-kelsey-david-schneiderman-gus-van-harten-2/> (consultado el 2 de noviembre de 2019).

²⁴ Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Las demandantes) y República Oriental del Uruguay (la demandada). Caso CIA-DI N.º ARB/10/7. En: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7595.pdf> (consultado el 2 de noviembre de 2019).

El argumento que despertó la inquietud internacional fue que una empresa amenazara a un país como consecuencia de haber adoptado medidas jurídicas para dar cumplimiento a un tratado multilateral de la Organización Mundial de la Salud y con ello disminuir los efectos nocivos de la salud en los fumadores. Haciendo a un lado los argumentos de derecho que al final le dieron la razón a Uruguay, no sin una batalla legal muy polémica y de la opinión disidente del árbitro *Gary Born*,²⁵ lo que dejó muchas dudas fue el hecho de que un Estado pudiera ver comprometida su atribución natural de adecuar su orden jurídico por una aparente violación de derechos de inversión. Este hecho marcó un antes y un después en el principio de autodeterminación, ya que ante una posible deficiencia en la defensa, o bien ante una subjetiva interpretación de un tribunal arbitral respecto de los hechos de una controversia, los Estados estarían a partir de ahora amenazados de que sus medidas legales o regulatorias pudieran motivar demandas internacionales. A esto es lo que se le conoce como “*regulatory chill*”.

El tribunal del caso *Philip Morris v. Uruguay*²⁶ resolvió de la siguiente manera:

(pár. 419) “...La manera en la que un gobierno exige que los reconocidos riesgos para la salud de los productos, tales como el tabaco, sean comunicados a las personas en riesgo, es una cuestión de política pública que debe librarse a la apreciación del regulador.”

Es verdad que otros tribunales han cerrado filas entorno a proteger esta facultad originaria del Estado, como lo sostuvo también el caso de *Eli Lilly v. Canadá* de 2017,²⁷ pero la percepción internacional, especialmente desde la perspectiva estatal sigue siendo de cautela ante la adecuación jurídica

²⁵ La que puede encontrarse en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7596.pdf> (consultada el 2 de noviembre de 2019).

²⁶ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Las demandantes) Y República Oriental del Uruguay (La demandada)* (Caso CIADI N.º ARB/10/7), del 8 de julio de 2016.

²⁷ La decisión *Eli Lilly v. Canadá*, otorga al Estado amplias facultades para regular este tipo de objetivos legítimos. Caso: UNCT/14/2, Cfr. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf> (consultada el 2 de noviembre de 2019).

que deriva de la actualización natural que debe de tener el derecho en circunstancias ordinarias, como consecuencia del cambio social.

En concreto, la decisión de *Eli Lilly v. Canadá* resolvió que no le corresponde a los tribunales arbitrales del Capítulo XI del TLCAN cuestionar las opciones de política pública de las Partes de este Tratado, o si alguna de ellas es la mejor para el caso concreto. Así lo dijo el tribunal:

“423...the Tribunal finds that Respondent has asserted a legitimate public policy justification for the promise doctrine. In particular, Respondent has explained that enforcing promises contained in the disclosure helps ensure that “the public receives its end of the patent bargain” (particularly but not solely in connection with “new use” and “selection” patents) and that it “encourages accuracy while discouraging overstatement in patent disclosures”.⁵⁸⁴ *The Tribunal need not opine on whether the promise doctrine is the only, or the best, means of achieving these objectives.* The relevant point is that, in the Tribunal’s view, the promise doctrine is rationally connected to these legitimate policy goals.

424... The Tribunal finds that Claimant provided no persuasive evidence showing that this rule is unpredictable or incoherent. To the contrary, it is a bright line rule that sets a clear date by which patentees must prove utility.

426... *it is not the role of a NAFTA Chapter Eleven tribunal to question the policy choices of a NAFTA Party.*

El respaldo que se les ha otorgado a los Estados respecto de sus facultades para diseñar, implementar y ejecutar políticas públicas ha tenido buena recepción por la comunidad internacional gracias al argumento de que los Estados las adoptan porque persiguen objetivos legítimos de interés general. Sin embargo, es igualmente importante tomar en consideración que los países tienen grandes diferencias jurídicas e institucionales que hacen imposible pensar que todas las políticas públicas se adoptan con criterios uniformes. De este modo, la política de seguridad en Sierra Leona no puede ser la misma que en Suecia, o en México. El traje a la medida que constituye la política pública obedece a necesidades completamente distintas, aunque en todos los casos se trate del mismo objetivo legítimo como el de seguridad pública.

V. PROPUESTAS DE REFORMAS EN UNCITRAL Y UNCTAD

En ambos foros se están llevando en este momento reuniones frecuentes en las que se han presentado propuestas de diversos países en torno a la institucionalización de los arbitrajes, y aunque todavía no hay acuerdos definitivos, la negociación cada vez se encamina más a resolver los problemas actuales y dotar de certeza a estos mecanismos arbitrales.

En la reforma que coordina la UNCITRAL^{28, 29} se han recogido algunas propuestas sobre este tema. Países como Sudáfrica prefieren la utilización de los tribunales y cortes nacionales, en tanto que otros buscan el agotamiento necesario de las instancias nacionales.

Brasil, al igual que Sudáfrica proponen la solución de controversias Estado-Estado (SSDS). En tanto que por momentos también la Unión Europea lo hace, aunque de manera conjunta con los arbitrajes inversionista-Estado (ISDS).

Las propuestas de China y de Marruecos consisten en crear un mecanismo de apelación independiente pero no abandonar el sistema inversionista-Estado, una propuesta que aparenta ser compatible con el tribunal de primera instancia que propone la Unión Europea.

Sin embargo, en la propuesta de julio de 2019³⁰ países como Marruecos, Tailandia, Costa Rica, Turquía, Corea, Sudáfrica, Bahrein, Chile, y los miembros de la Unión Europea, proponen varias alternativas multilaterales: la creación de un centro de asesoramiento, la creación de un mecanismo independiente de revisión o apelación, la creación de un tribunal permanente de primera instancia y de apelación en materia de inversión, con jueces de tiempo completo, procedimientos más eficientes para su nombramiento y requisitos de ética.

²⁸ En: <https://isds.bilaterals.org/?uncitral-and-isds-reform&lang=es> (consultado el 3 de noviembre de 2019).

²⁹ Naciones Unidas. Asamblea General. Documento A/CN.9/WG.III/WP.166, del 30 de julio de 2019.

³⁰ Ídem.

Marruecos además pone énfasis en la creación de un mecanismo de control de calidad para los laudos antes de que sean definitivos, un procedimiento de examen previo de los laudos (por las partes o por un órgano independiente), como el que se aplica en los arbitrajes de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional.

La UNCTAD³¹ por su parte, comenzó el proceso de reformas en 2013 cuando publicó el Informe Mundial de Inversiones (World Investment Report, WIR13), en el cual algunos de los retos sensibles que estaban en el debate sobre el funcionamiento de los arbitrajes ISDS, se hicieron evidentes para iniciar las discusiones hacia la reforma. Los retos fueron siete, eran legitimidad, transparencia, planificación de nacionalidad, consistencia de decisiones arbitrales, decisiones erróneas, independencia de los árbitros e imparcialidad, y riesgos financieros.³² Fue a partir de estos retos que se presentaron las opciones de reforma en este foro.

VI. SISTEMA MULTILATERAL PARA LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Los primeros esfuerzos para la creación de un tribunal permanente se dieron a finales del siglo pasado, en el marco de la OCDE, con la creación de un Acuerdo Multilateral de Inversiones.

El Acuerdo Multilateral de Inversiones fue la apuesta de la OCDE para unificar todos los acuerdos dispersos y darle solidez a una materia que para finales de la década de los noventa, era ya la de mayor auge dentro de las relaciones económicas internacionales. El camino finalmente se frustró, pero creo que es importante destacar algunos aspectos.

El proyecto de la OCDE, como ya se dijo, consistía en evitar que tanta dispersión de acuerdos pudiera convertirse en una amenaza para inversionistas de todo el orbe. Por desgracia no hay uniformidad en todos los países

³¹ Página web de la UNCTAD. En: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf

³² *Ibidem*. The seven ISDS challenges set out in UNCTAD's 2013 World Investment Report (WIR13) include: legitimacy, transparency, nationality planning, consistency of arbitral decisions, erroneous decisions, arbitrators' independence and impartiality, and financial stakes.

respecto de aquellas amenazas que vulneran los derechos de inversión y, aunque los inversionistas saben de estos países con situación de riesgo mayor, deciden correr el riesgo gracias a la existencia de estos acuerdos bilaterales pues les garantizan la posibilidad de litigar sus controversias en tribunales arbitrales internacionales y no solamente en las instancias nacionales.

Así se explicaba en el inicio de las negociaciones:³³

“This agreement is needed to respond to the dramatic growth and transformation of foreign direct investment (FDI) which has been spurred by widespread liberalisation and increasing competition for investment capital. Foreign investors still encounter investment barriers, discriminatory treatment and uncertainties. OECD governments and the European Communities, the business community and labour are urging new multilateral rules which set high standards and a balanced and equitable framework for dealing with investment issues.”

El objetivo de las negociaciones que comenzaron en mayo de 1995 en la OCDE, era construir un acuerdo con mayores estándares de liberalización de inversiones, de protección de las mismas y el fortalecimiento de un foro de solución de controversias efectivo. Se buscaba complementar al sistema multilateral de comercio, no convertirse en un foro alterno. El objetivo era terminar las negociaciones para la reunión Ministerial de 1997, lo que no pudo lograrse.

La primera limitación que presentó este acuerdo multilateral fue que estaba diseñado para los miembros de la OCDE y para los miembros de la entonces Comunidad Europea especialmente, aunque dejaba la puerta abierta a no miembros, sujeto a un proceso de negociación. (SG/PRESS/(95)65, 27 de septiembre de 1995).

Las negociaciones de este Acuerdo se suspendieron en el año 1998 debido a protestas. El Acuerdo debía de suscribirse tanto por la OCDE como por la OMC. Algunas de las principales críticas que recibió esta propuesta fueron las siguientes.³⁴

³³ Ver: <http://www1.oecd.org/daf/mai/htm/cmitcime95.htm> (consultado el 2 de noviembre de 2019).

³⁴ Zdenek Drabek, World Trade Organization, En: Staff Working Paper ERAD-

1. Existe poca claridad respecto de lo que se considera “interés nacional”, que varía de país en país, respecto de las inversiones que llegan a su territorio; algo que se defiende desde el derecho nacional;
2. El temor a la pérdida de soberanía, a la pérdida de control de las autoridades gubernamentales sobre las inversiones extranjeras, debido también a la globalización que en ese entonces se percibía como en auge;
3. La diversidad de objetivos políticos de los gobiernos, que incluyen prioridades nacionales diversas que se determinan por aspectos demográficos, poder económico, protección de valores culturales, entre otros;
4. La percepción de los gobiernos era que los acuerdos bilaterales eran más fáciles de negociar que los acuerdos multilaterales. Una negociación larga puede generar incertidumbre y pérdidas para los inversionistas;
5. Los países entonces denominados “menos desarrollados” consideraban como riesgo que las negociaciones estuvieran dominadas por temas predominantes de la agenda de los países desarrollados y quedaran fuera otros como transferencia de tecnología;
6. Las negociaciones sobre inversión son distintas de las de comercio, pues en este tema todos los países son importadores y exportadores, en tanto que en el tema de inversiones, los inversionistas son casi siempre de países desarrollados;

Entre las variadas teorías sobre los argumentos, calificados en ocasiones como desinformados o ingenuos, se llegó a decir que algunos países menos desarrollados estaban en contra del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones más como una postura táctica, que por otra razón de fondo.

Esta teoría se sostenía en algo que también se consideró un error de esta negociación, el momento histórico, ya que la OMC estaba recién creada y había resultado de la Ronda más larga del GATT que duró ocho años, la de Uruguay. Se decía que los países menos desarrollados jugaron la carta en contra del AMI para ver si con ello obtenían mejores condiciones en las negociaciones del Acuerdo de Agricultura y el de Textiles, ambos en el marco de la OMC.

98-05June, 1998PRIVATE disponible en: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/pera9805.doc (consultado el 2 de noviembre de 2019).

En resumidas cuentas, Canadá, Estados Unidos, Australia y Francia fueron los opositores más fervientes contra el Acuerdo, y aunque hubo algunos esfuerzos posteriores para revivirlo, como en el marco de la Ronda del Milenio de la OMC, la que dicho de paso tuvo dos episodios dramáticos, las protestas de Seattle en 1999 y las de Cancún en 2003, el momento globalifóbico terminó por sepultar en definitiva las negociaciones del AMI.

Hoy que se vive el momento más polémico de los acuerdos bilaterales y regionales de inversión, es cuando vuelve a surgir la alternativa multilateral, aunque con muchas alternativas concretas.

Esta propuesta multilateral tendría como consecuencia la creación de un tribunal internacional común, de la misma forma en la que se planteó e institucionalizó el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, pero ahora desde la perspectiva de las inversiones.

VII. TRIBUNAL PERMANENTE EUROPEO

El Tratado de Lisboa de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, dispuso en su artículo 207 que la inversión extranjera directa es competencia de la UE y no sería más responsabilidad de los Estados miembros, y que eventualmente los tratados celebrados por los Estados serían reemplazados, lo que finalmente sucedió el 24 de octubre de 2019.³⁵

Los primeros esfuerzos europeos para consolidar un sistema multilateral de inversiones comenzaron en 2014, con una consulta pública sobre protección de inversiones, a iniciativa de la Comisión Europea y en la que participó el Parlamento Europeo, gobiernos de algunos Miembros, y la sociedad civil, en el marco de las negociaciones para el tratado comercial con Estados Unidos (TTIP).

El proyecto para la creación de la Corte Multilateral de Inversiones de presentó en diciembre de 2016 y con ello se abrió un nuevo capítulo de protección regional de inversiones que al día de hoy se percibe como el más ambicioso y posible.

³⁵ Ver: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/191024-bilateral-investment-treaties_en.pdf

En la actualidad, como ya se dijo, tanto el CIADI (desde 2016, en el marco de su 50 aniversario³⁶), como la UNCITRAL (a partir de 2017) y la UNCTAD (2013³⁷) están debatiendo, entre otras propuestas, el tema de la creación de un tribunal de apelaciones para los arbitrajes ISDS aunque sin resultados claros hasta ahora. Además de estos foros, y con propuestas regionales, aunque con expectativas multilaterales, la Unión Europea ha tomado algunas medidas relativas a estos temas entre las que destaca la creación de un tribunal permanente de inversiones para resolver las controversias derivadas de los tratados comerciales con Canadá (CETA),³⁸ con Singapur, con Vietnam y con México (en la renegociación del TLCUEM).

Para la Unión Europea es importante la creación de un tribunal permanente en esta materia porque sus Estados Miembros han negociado aproximadamente 1,400 tratados de inversión de los más de 3,200 en la actualidad; es decir, casi la mitad de los tratados de inversión vigentes.

La Unión Europea comenzó con los trabajos para la creación de una Corte Multilateral de Inversiones desde 2015, sobre la base de ciertos principios básicos, mismos que se aplicarán a sus tratados comerciales, y que son:³⁹

1. Tener un tribunal de primera instancia;
2. Tener una corte de apelaciones;
3. Tener jueces permanentes, altamente calificados, apegados a estándares éticos estrictos, y con un secretariado exclusivo;

³⁶ Aunque no fue sino hasta agosto de 2018 cuando se hizo público el primer documento de trabajo.

³⁷ UNCTAD IIA Issues Note, No. 2, June 2013. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (consultado el 19 de noviembre de 2019).

³⁸ Comprehensive Economic and Trade Agreement, firmado el 30 de octubre de 2016. En 2017 Bélgica solicitó la opinión del TJUE sobre la compatibilidad del mecanismo con el derecho de la UE, y el TJUE resolvió el 30 de abril de 2019 que el Tribunal del CETA está en consonancia con el derecho de la UE. por lo que su puesta en marcha se encuentra suspendida y sus efectos aún no muestran su eficiencia.

³⁹ Ver: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608> (consultado el 5 de noviembre de 2019. Disponible sólo en inglés).

4. Ser un órgano permanente;
5. Que trabaje de manera transparente;
6. Que resuelva controversias que surjan de tratados de inversión actuales y futuros;
7. Actuar exclusivamente cuando el tratado permita de manera explícita al inversionista demandar al Estado;
8. Que no cree nuevas posibilidades para que el inversionista demande al Estado;
9. Evitar que las partes en controversia elijan a los jueces que resuelvan en cada caso;
10. Establecer un mecanismo efectivo de cumplimiento de decisiones, y
11. Estar disponible para todos los países que quieran adherirse.

El 22 de marzo del año 2018, la Comisionada Comercial de la Unión Europea justificó en su discurso la reforma al sistema actual de tribunales ad hoc y de la creación de esta Corte Multilateral, en un foro ante la Secretaria General del CIADI, *Meg Kinnear* y de la Secretaria de la UNCTRAL, *Anna Joubin Bret*, además de 400 delegados de más de 90 países, en los siguientes términos:

“Los Estados en el mundo han identificado problemas en el sistema actual. La Unión Europea cree que la manera en la que podemos afrontar estas preocupaciones es a través de una reforma sistémica, con la creación de un órgano permanente de solución de controversias –una corte multilateral de inversiones–.”⁴⁰

Agregó, además, respecto de los acuerdos que se han negociado o se encuentran en negociación con Canadá, Singapur, Vietnam y México, que se trata de Acuerdos cruciales para la reforma del sistema multilateral de inversiones, ya que esta corte permanente, que contenga un mecanismo de apelación y jueces permanentes, eliminará las preocupaciones éticas del

⁴⁰ “States all over the world have identified problems with the current system. The EU believes that systemic reform is how we can address these concerns, with the creation of a permanent body to resolve disputes – a multilateral investment court”. En: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1943> (consultado el 4 de noviembre de 2019).

sistema actual y resolverá el problema de los costos y la duración excesivos de los procesos.⁴¹

Además de los principios establecidos en 2015, se agregaron algunos adicionales en el documento presentado en enero de 2019⁴², en donde también se complementan algunos mencionados en 2015. Así, por ejemplo, el tribunal de primera instancia tendría su propio reglamento y analizaría hechos y argumentos de derecho, incluso de los casos devueltos por la instancia de apelación.

La apelación analizaría sólo los errores de derecho y errores manifiestos de apreciación de los hechos, y estaría impedida de revisar los hechos “de novo”. Los árbitros podrían desempeñar tareas académicas adicionales a su cargo pero ninguna otra, en el entendido de que serían nombrados de tiempo completo.

La propuesta europea incluye mecanismos Estado-Estado (SSDS), como alternativa a los mecanismos ISDS, no sustitutivos de ellos. En un tribunal permanente de esta naturaleza, podrían estar sujetas de revisión controversias de diversos tratados bilaterales de inversión, no sólo para el ámbito de la Unión Europea, sino que pudiera servir como un mecanismo multilateral que sirviera a muchos tratados vigentes en el mundo, y los mecanismos de impugnación nacionales seguirían excluidos, aunque se le daría a los Estados parte de dichos tratados la facultad interpretativa.

Ante esta propuesta y en la medida en que muchos tratados de inversión remitieran a su jurisdicción, se podría generar una competencia directa con mecanismos como los del actual CIADI, aunque existe también la posibilidad de que funcionaran ambos como mecanismos complementarios, si es que se acepta la jurisdicción del tribunal permanente como segunda instancia de los arbitrajes ad hoc del CIADI y de los demás que continuarían funcionando bajo este mismo esquema.

Para la Unión Europea, el mecanismo permanente es la base de una estructura que pondría fin a la gran cantidad de problemas actuales de los tribunales ad hoc. Sin embargo, para un tribunal permanente de este tipo

⁴¹ Ídem.

⁴² Ver: Nota 5 Supra.

deberían incorporarse normas flexibles que permitieran también resolver controversias SSDS además de las ISDS; o bien, que fuera útil sólo como segunda instancia, entre otras.

Un tribunal permanente podría resolver algunos de los problemas actuales de los tribunales ad hoc, de la siguiente forma, a juicio de la propuesta europea de 2019:⁴³

1. Previsibilidad y coherencia. Lo que los europeos denominan “colegialidad continua”, como la que tienen actualmente la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal de Justicia europeo (TJUE), con precedentes no sólo referenciales, sino una jurisprudencia congruente. Con esto se eliminarían las llamadas reclamaciones “aventureras” que presentan las partes con la esperanza de que un criterio de un tribunal no se repita en otro, tal como sucede en la actualidad.
2. Corrección. Una instancia de apelación que no sólo revise nulidades excepcionales como las actuales, sino que pueda revisar errores procesales y de hecho, disminuiría las críticas a la actuación arbitral y acercaría el análisis a uno similar al que realizan actualmente los tribunales y cortes nacionales.
3. Relación con otros tribunales. Un mecanismo permanente podría generar vasos comunicantes con tribunales nacionales, así como reconocer precedentes de otros tribunales como el de la OMC. El diálogo interjurisprudencial es cada día una exigencia más recurrente, aunque se trate de ámbitos de competencia distinta.
4. Evitar el doble mandato de los árbitros. La propuesta europea explica que los actuales árbitros ad hoc realizan su tarea como una labor excepcional a sus actividades cotidianas. Un tribunal permanente los emplearía de tiempo completo y con ello se evitaría que fueran abogados de parte y árbitros de manera intermitente, algo que si bien puede no generar necesariamente conflictos de interés, sí podría provocar suspicacias que ponen en riesgo la legitimidad de los arbitrajes actuales.
5. Conocimiento especializado. Un tribunal permanente, dice la propuesta, fortalecería el conocimiento de los árbitros respecto del derecho internacional público del que se nutren estos procedimientos. En la actualidad,

⁴³ Ídem.

los árbitros tienen limitaciones sobre esta materia, precisamente porque su labor es eventual, no permanente. El conocimiento de esta materia fortalecería la labor jurisdiccional y repercutiría en mejores decisiones.

6. Duración y costes. Se reducen al no tener que invertir tiempo en la selección de árbitros y en sus eventuales recusaciones. Si se desvincula el pago por el tiempo desempeñado en la labor arbitral, se podrá evitar que los árbitros demoren sus decisiones con el fin de recibir pagos adicionales. Con la reducción de costos se abriría la puerta a reclamaciones de pequeñas y medianas empresas que en la actualidad no tienen acceso a los procedimientos ad hoc.

Es verdad que otros subsistemas internacionales gozan de permanencia desde hace tiempo como los Europeo y Americano de derechos humanos y el de la OMC, de modo que la tendencia va en concordancia con ellos. Sin embargo, no pueden dejar de considerarse los problemas a los que estos tribunales están expuestos con frecuencia. En la actualidad, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, en especial el Órgano de Apelación, enfrenta serias amenazas que ponen en riesgo su continuidad.

El Órgano de Apelación lo constituyen siete miembros electos por periodos de cuatro años prorrogables por un solo periodo adicional. Sin embargo, derivado de los bloqueos que Estados Unidos ha hecho a los nombramientos recientes, en la actualidad sólo quedan tres miembros. Si se toma en cuenta que cada apelación tiene que ser resuelta por tres miembros, el funcionamiento del mecanismo está en el límite. Adicionalmente, dos de ellos terminan en diciembre de 2019 y el otro en noviembre de 2020.⁴⁴ Si no hay nombramientos no podrá haber apelaciones y con ello se le estaría dando un golpe mortal al mecanismo que ha funcionado con alto nivel de eficiencia desde 1995.

Por desgracia, todos los procedimientos de solución de controversias internacionales están expuestos a riesgos políticos de esta o de otra naturaleza y un tribunal permanente de inversiones no está exento, por ello no se puede apostar todo a una propuesta como la europea o cualquier otra

⁴⁴ Ver: Página de la OMC. En: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descr_s.htm (consultada el 19 de noviembre de 2019).

única alternativa, por atractiva que sea. Es indispensable apostar, eso sí, al fortalecimiento de las instituciones y a la colaboración y al diálogo permanente entre Estados, que es el único garante de éxito en las relaciones internacionales.

VIII. CONCLUSIÓN

Los tratados de inversión surgieron como una señal recíproca de confianza y de buena fe de los Estados respecto del trato a sus inversionistas y a las inversiones de estos, pero sobre una base conceptual de la cual no existe referente uniforme en las legislaciones locales. Principios como el de trato justo y equitativo, protección y seguridad, y medidas equivalentes a expropiación eran desconocidos en la comunidad internacional al momento de redactar esos tratados, lo que se convirtió en un problema cuando surgieron las primeras controversias.

Los tribunales arbitrales han tenido que hacer frente a este desconocimiento jurídico y sus interpretaciones se han convertido en amenazas reales para la gobernabilidad estatal. Quizá sea extremo, como lo expresó en 2014 *Yannick Jadot*, portavoz del Partido Verde en el Parlamento Europeo, que los arbitrajes ISDS eran un “caballo de Troya masivo utilizado por las corporaciones multinacionales con el fin de cercenar los estándares y regulaciones europeas de políticas desde ambientales, seguridad alimentaria y protección social.”⁴⁵

Lo que ha complicado esta y otras percepciones extremas respecto de estos procedimientos ha sido su falta de institucionalidad. También es cierto que un tribunal o corte permanente en esta materia no podría resolver todos los problemas, y en ello también habría que ser cautos para no depositar toda la esperanza en un mecanismo inexistente del que no se ha probado su eficiencia hasta esta fecha. Sin embargo, varias de las propuestas presentadas buscan resolver de inmediato algunas de las dudas que los arbitrajes ad hoc han despertado en sus años de funcionamiento.

⁴⁵ Permanent Court. Richmond University. Evaluating a Permanent Court Solution for International Investment Disputes, 2019. En: <https://lawreview.richmond.edu/files/2019/02/Palombo-532-1.pdf>.

Algunas de las alternativas de reforma de estos mecanismos toman como referencia la labor jurisdiccional nacional, así como a los tribunales internacionales que gozan de esta institucionalización, como la Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

El camino al que se llegue al terminar estos procedimientos de reforma planteados en este momento seguramente tendrá como efecto su mejora, ya que se trata de mecanismos conocidos plenamente por la comunidad internacional y sus debilidades han quedado en evidencia plena después de tantas controversias planteadas en los relativamente pocos años de operatividad.

Dentro de las reformas que se plantean resulta muy claro que muchas de ellas derivan de la falta de institucionalidad de los arbitrajes y es por ello que las propuestas tienen que estar vinculadas especialmente en fortalecer la permanencia del tribunal y en la coherencia de las decisiones, la que va directamente vinculada con el fortalecimiento institucional de estos mecanismos.

Cualquiera que sea el resultado, la protección internacional de las inversiones sigue siendo la mejor opción antes que los tribunales nacionales para garantizar el debido respeto a los derechos de inversión. Mientras la labor jurisdiccional nacional sea tan diversa y la eficiencia de los tribunales y cortes nacionales de muchos países no cumpla con los mínimos estándares de calidad, con altos niveles de corrupción, elevado riesgo político, entre otras, las instancias internacionales, aunque sean arbitrajes ad hoc, seguirán siendo preferibles a aquellos.

BIBLIOGRAFIA

BREYER, Stephen, *The Court and The World. American Law and The New Global Realities*, Ed. Alfred A. Knopf, USA, 2015.

ICSID IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: AN INTERVIEW WITH MEG KINNEAR. 2010. En: https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&=&context=facpubs&=&sei-redir=1&referer=https%253A%252F%252Fscholar.google.com%252Fscholar%253Fhl%253Des%2526as_sdt%253D0%25252C5%2526q%253DMeg%252BKinnear%2526btnG%253D#search=%22Meg%20Kinnear%22

- MACCORMICK, D. Neil y Summers, Robert S, *La Interpretación del Precedente. Un Estudio Comparativo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1997, Trad. Ashgate Publishing Limited. México, 2016.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2018.
- POSNER, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, Trad. Victoria Roca Pérez, INACIPE-UBIJUS, Marcial Pons, Madrid, España, 2008.
- United Nations. UNCTAD. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Consistency and related matters. Note by the Secretariat. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-sixth session. Vienna, 29 October–2 November 2018. A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 de agosto de 2018. En: http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/WGIII-36th-session/WP_150.pdf

HEMEROGRAFIA

- ISDS Academic Forum on ISDS Working Group Four Incorrectness of ISDS Decisions. En: https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/4_Incorrectness_of_ISDS_Decisions_-_WG4.pdf
- MOHAMADIEH, Kinda. The Future of Investor-State Dispute Settlement Deliberated at UNCITRAL: *Unveiling a Dichotomy between Reforming and Consolidating the Current Regime*. South Centre. *Investment Policy Brief*. Marzo, 2019. En: https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/03/IPB16_The-Future-of-ISDS-Deliberated-at-UNCITRAL_EN.pdf
- NAPPERT, Sophie. London European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA). *The 2015 Efila Inaugural Lecture. Escaping From Freedom? The Dilemma of an Improved Isds Mechanism*. Delivered on 26 November 2015. En: <http://www.kkg.pl/wp-content/uploads/2015/12/EFILA-Annual-lecture-Sophie-Nappert.pdf>
- ROBERTS, Anthea, UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Consistency, Predictability and Correctness. Junio de 2018. En: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>

- UNCTAD. IIA ISSUES NOTES. International Investment Agreements. *Taking Stock Of IIA Reform: Recent Developments, Issue 3*, Junio de 2019. En: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d5_en.pdf
- Permanent Court. Richmond University. *Evaluating A Permanent Court Solution For International Investment Disputes*. 2019. En: <https://lawreview.richmond.edu/files/2019/02/Palombo-532-1.pdf>