

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Derecho Empresarial



**EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE
INVERSIONES Y LA «DEFENSA» DE LOS
ESTADOS EN NUESTROS TIEMPOS,
¿NECESIDAD DE REFORMA DEL
SISTEMA?**

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Empresarial

Mayra Alejandra Delgado Mondragon

20091501

Asesor

Roberto Ricardo de Urioste Samanamud

Lima – Perú
Julio de 2022



**INTERNATIONAL INVESTMENT
ARBITRATION AND THE "DEFENSE" OF
STATES IN THESE TIMES: IS THERE A
NEED TO REFORM THE SYSTEM?**

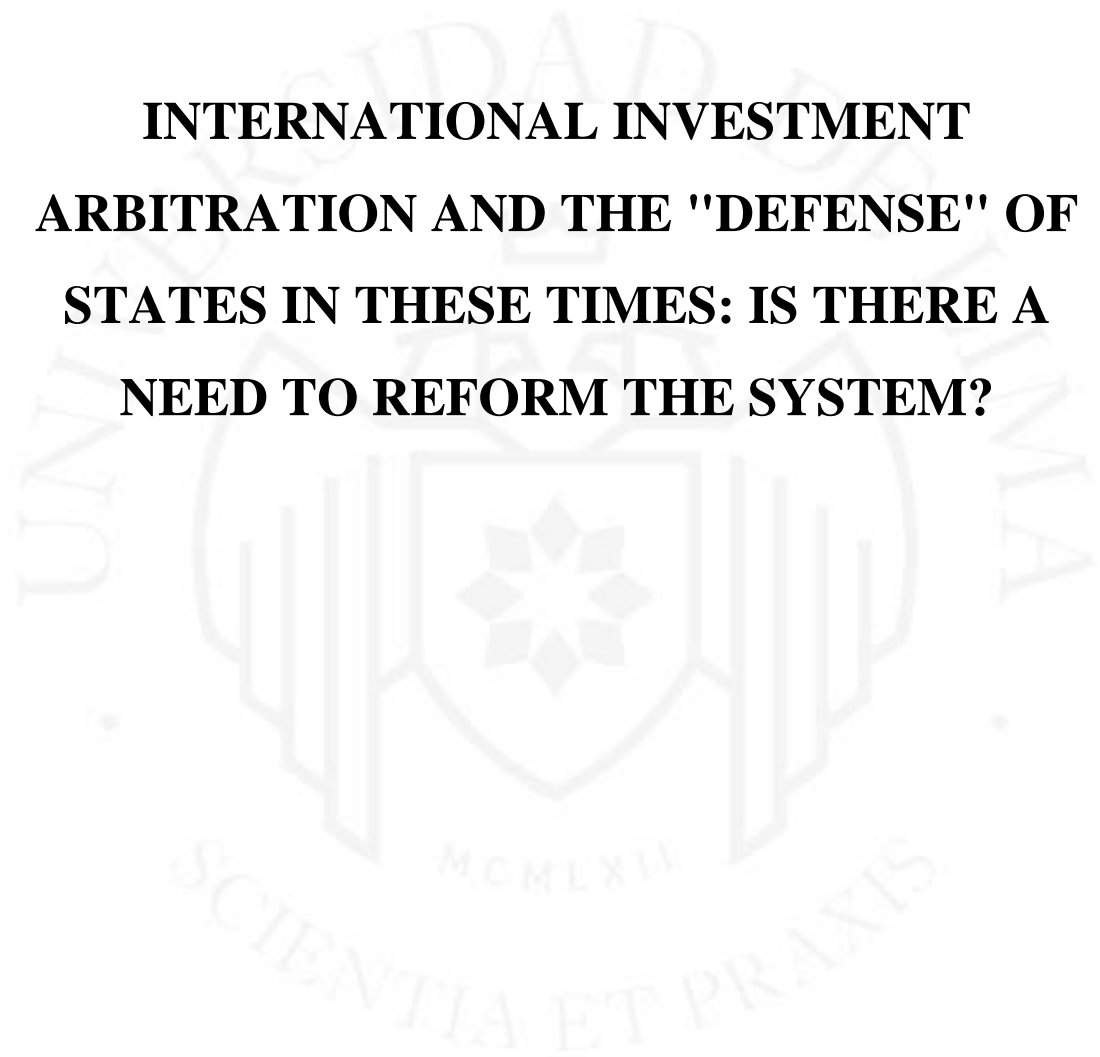
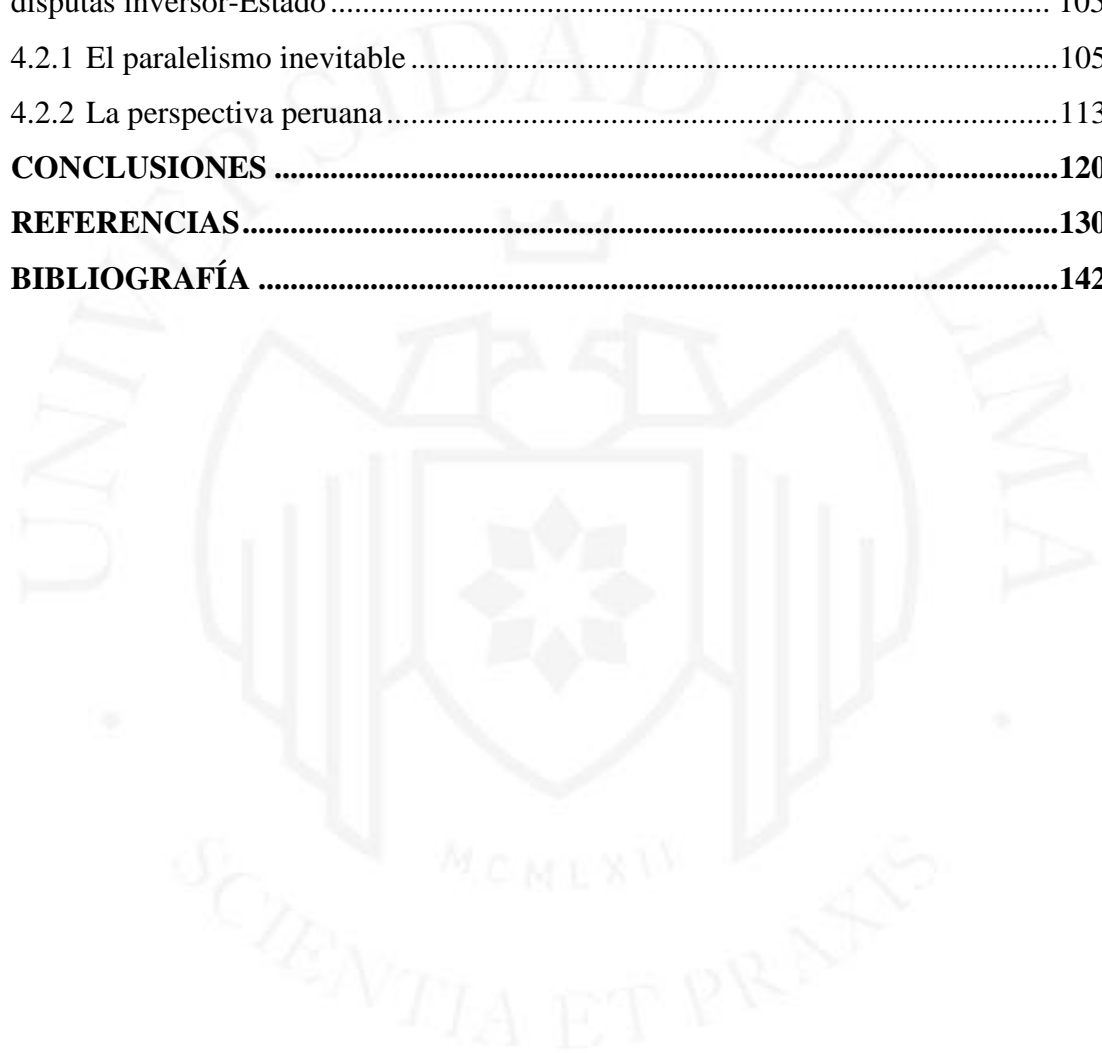


TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ELEMENTOS QUE OPERAN DE SUSTRATO EN LA DISCUSIÓN SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO DE APELACIÓN O CORTE MULTILATERAL DE INVERSIONES	6
1.1 Características del sistema de arbitraje inversor-Estado	6
1.2 Críticas al sistema de arbitraje de inversión	11
1.3 Hacia un cambio de paradigma en materia de solución de controversias relativas a inversiones. La propuesta europea	20
1.4 Una «cuestión» de legitimidad del sistema	27
CAPÍTULO II: TRES VARIABLES A CONSIDERAR SOBRE LA PERTINENCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO DE APELACIONES O DE UNA CORTE MULTILATERAL DE INVERSIONES	30
2.1 Sobre la desnaturalización del sistema de solución de controversias de inversión.....	31
2.2 Sobre la consistencia, coherencia, posibilidad de exactitud y corrección del conjunto de decisiones del sistema de solución de controversias de inversión	38
CAPÍTULO III: BALANCE DE ASPECTOS OPERATIVOS EN CASO DEL ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO DE APELACIONES O CORTE PERMANENTE	47
3.1 Aspectos operativos a considerar en un potencial órgano de apelaciones o de una corte multilateral de inversiones	47
3.1.1 Consideraciones sobre las cuestiones de hecho y de derecho	54
3.1.2 Sobre el alcance del examen de motivos de una posible apelación por parte de los órganos de apelación	58
3.1.3 Decisiones susceptibles de apelación	60
3.2 Aspectos operativos acerca del proceder de los decisores	64
3.2.1 Aspectos relativos a la selección y nombramiento de los decisores	64

CAPÍTULO IV: ARBITRAJE DE INVERSIÓN ¿QUO VADIS?.....	76
4.1 Tendencias en los acuerdos internacionales de inversión	76
4.1.1 Consideraciones sobre los derechos humanos y la actividad empresarial	77
4.1.2 Sobre el grado de deferencia a la actuación estatal y la doctrina del poder de policía.....	81
4.1.3 ¿Conflicto entre la doctrina del poder de policía y la de los <i>sole effects</i> ?.....	90
4.2 Implicancias prácticas del debate sobre la reforma del sistema de solución de disputas inversor-Estado	105
4.2.1 El paralelismo inevitable	105
4.2.2 La perspectiva peruana	113
CONCLUSIONES	120
REFERENCIAS.....	130
BIBLIOGRAFÍA	142



RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar las principales críticas al arbitraje de inversión, considerado como el principal mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, en el marco del debate de reforma del sistema de arbitraje de inversión. Existe una postura más extrema, que pretende optar por la desaparición del arbitraje *ad hoc* y optar por un nuevo sistema con una corte de apelación o una corte multilateral de inversiones. Esta propuesta de cambio es el reflejo de la postura de la Unión Europea, en cuanto a mecanismos de solución de controversias de inversión, que se ha visto plasmada en los últimos tratados de inversión celebrados por este bloque de integración. Asimismo, se analiza tres variables a considerar acerca de la pertinencia del establecimiento de un mecanismo de apelación o corte multilateral de inversiones y se expone una serie de aspectos operativos referentes al potencial establecimiento de un mecanismo de apelación o corte permanente, así como de consideraciones respecto de los decisores, en caso esta propuesta llegara a concretarse. Finalmente, se señalará las implicancias prácticas del debate sobre la reforma del sistema de solución de controversias relativas a inversiones y la importancia que tiene para nuestro país.

Palabras clave: Sistema de solución de controversias inversionista-Estado, críticas al arbitraje de inversión, reforma del SCIE, corte de apelación, corte multilateral de inversiones.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the main criticisms of the Investor-State Dispute Settlement System, in a context of debate on the reform of the investment arbitration system. There is a more extreme position, which seeks the disappearance of *ad hoc* arbitration in favor of a new system with a court of appeals or a multilateral investment court. This proposed change reflects the European Union's position on investment dispute settlement mechanisms. Likewise, the research identifies three variables to consider regarding the relevance of establishing a multilateral investment appeal or court mechanism and analyzes a series of operational aspects in relation to the potential establishment of a permanent appeal or court mechanism, as well as considerations related to the decision-makers, should this proposal becomes a reality. Finally, we will point out the practical implications of the debate on the reform of the investment dispute settlement system and its importance for our country.

Keywords: Investor-State Dispute Settlement System, criticisms of the ISDS, reform of the ISDS, court of appeals, multilateral investment court.

INTRODUCCIÓN

“*El hombre está condenado a ser libre*”.

Jean-Paul Sartre

Tanto la teoría económica como la evidencia de los hechos exhiben que los países con mayor desarrollo económico ostentan tal condición, al haberse beneficiado del flujo de capital extranjero, permitiendo una mayor canalización de este hacia donde resulte más eficiente. Considerando tal situación, la inversión extranjera directa tiene un efecto más que beneficioso para los países en desarrollo.

En las últimas décadas, en un mundo globalizado, con libertades para el intercambio de bienes, servicios, capitales y personas, prevaleció el paradigma de la integración y coordinación entre políticas de atracción de inversión extranjera directa y políticas nacionales de apertura de los mercados, entendiéndose que a mayor captación de inversión –generalmente de países desarrollados y por ende exportadores de capital– mayor crecimiento económico y desarrollo a experimentar por los países receptores de inversión. También es válido indicar que el flujo de inversiones extranjeras se ve afectado por el contexto de las relaciones internacionales e incluso por eventos imprevisibles. Prueba de ello es lo que estamos experimentando actualmente. Resulta evidente pues, la necesidad de «replantear» el orden de las cosas y generar una capacidad de adaptación a los cambios que estamos –sobre la marcha– experimentando y que son inminentes.

Parece resultar que el rol de los Estados, que ha venido siendo menos preponderante en la estructura política contemporánea, sobre todo luego de las varias crisis económicas de fines del siglo XX y en lo que va del siglo XXI –por mencionar las más relevantes: la «crisis del petróleo» de 1973, la «crisis de los tigres asiáticos» de 1990 o la crisis por la especulación inmobiliaria de 2008– estaría recobrando cierto protagonismo en el establecimiento de políticas económicas y sociales a nivel global.

El presente sistema de protección de las inversiones, que tiene como pilar al arbitraje *ad hoc* como principal mecanismo de solución de controversias internacionales de inversión, «lleva a cuestras» ya varias crisis políticas, económicas, comerciales y hoy sanitarias. La naturaleza *especialísima* de los arbitrajes internacionales de inversión, donde una de las partes es un inversionista privado y otra un Estado, se ven sometidas a

un tribunal arbitral compuesto por privados que emiten laudos arbitrales que interpretan los tratados de inversión a la luz de los hechos materia de controversia, es decir, evalúan si es que determinada acción estatal fue dada conforme a lo estipulado en un tratado internacional.

Hoy, se discute la falta de legitimidad del sistema; en cuyos laudos se interpretaría los estándares de protección de las inversiones en franco favor de los inversionistas y en desmedro de las políticas públicas determinadas por los Estados, favoreciendo preponderantemente el flujo de capitales y atendiendo criterios *netamente* económicos. Para remediar, se propone un viraje en la interpretación de los estándares de protección de las inversiones, donde se busque lograr un equilibrio entre las ganancias empresariales y los intereses colectivos tutelados por los Estados. La coyuntura actual misma se refleja en la negociación de los más recientes tratados de inversión. Este estado de situación ha provocado que se vuelva a plantear qué sistema sería el más adecuado para resolver las controversias de inversión.

La ocurrencia de la pandemia actual y los futuros procesos arbitrales que de esta resulten, solo agudizarían la necesidad de debatir sobre la reforma al sistema de solución de controversias vigente. El debate sobre la reforma del sistema no es novedoso del todo. Desde inicios de la década del 2000, el mismo Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) propuso en el documento *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* de octubre de 2004, un mecanismo de apelación dentro del arbitraje CIADI y en cuyo anexo se expone las posibles características de este. Ello nos da cuenta que incluso dentro del mismo CIADI –a saber, una de las principales instituciones que administran arbitrajes de inversión– se viene considerando una reforma.

Con la negociación de nuevos acuerdos internacionales de inversión y con la práctica arbitral de las últimas décadas, se ha analizado la eficacia del funcionamiento del sistema de arbitrajes *ad hoc*. Las críticas que se han ido formulando con el correr del tiempo son varias: van desde la consideración del margen del poder regulatorio que desempeñan los Estados y la importancia del interés público, la conducta y conflictos de interés de los árbitros o la coherencia o predictibilidad del conjunto de las decisiones arbitrales.

Así es como desde el año 2017, se viene dando una serie de negociaciones en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI). En el Grupo de Trabajo III¹, se debate sobre la reforma del sistema de solución de controversias inversionista-Estado. En estas rondas de debates hay una participación activa de los Estados. Nuestro país, desde julio de 2019, es miembro de la Comisión, luego de un largo tiempo de ausencia.

Este debate es por demás interesante y significativo, puesto que supone un importante cambio en la manera de resolver las controversias de inversión: el crear una instancia de apelaciones o corte multilateral de inversiones. Como se aprecia, es de máxima importancia analizar la posibilidad y conveniencia de las propuestas acerca de un nuevo sistema. Se evaluará si es que en las negociaciones para modificar el sistema, se deberá optar por un cambio del sistema ya existente, resolviendo en tanto sea posible las críticas observadas en sus décadas de funcionamiento o más bien se opta por un cambio estructural, dejando de lado la figura del arbitraje, y estableciendo una corte permanente judicializada. Esta última propuesta tiene como principal impulsora a la Unión Europea.

Para efectos del presente trabajo de investigación, expondremos las características del arbitraje internacional de inversiones más representativas, lo cual conduce como correlato a la serie de críticas a este régimen de solución de controversias inversionista-Estado, y que fundamentan las posturas de cambio de sistema.

Asimismo, se abordará la pertinencia o no del establecimiento de un sistema de apelaciones o de una corte multilateral de inversión. Evidentemente, el análisis global de un sistema de solución de controversias es una labor harto considerable y ambiciosa, debiendo para ello examinar numerosas variables, que sin duda alguna son y serán objeto de continua evaluación en el ámbito académico. No obstante, para efectos del presente trabajo de investigación, nos delimitaremos a analizar tres variables o argumentos sobre la pertinencia del establecimiento de una instancia de apelación o una corte multilateral de inversiones. Las variables consideradas son: la desnaturalización del sistema de solución de controversias de inversión, la consistencia, coherencia, posibilidad de exactitud y la corrección del conjunto de decisiones del sistema de solución de

¹ Cabe puntualizar que la discusión que se lleva a cabo en este foro, está limitada implícitamente a las reformas de procedimiento, por lo que la reforma de normas sustantivas de los tratados queda excluida de la discusión. Esta situación no ha estado exenta de críticas.

controversias de inversión y, por último, el abordaje del interés público en las controversias de inversión.

Además, se repasarán aspectos operativos relativos al funcionamiento de un mecanismo de apelaciones o una corte permanente y de la actuación de los decisores ante el potencial establecimiento de un «sistema permanente».

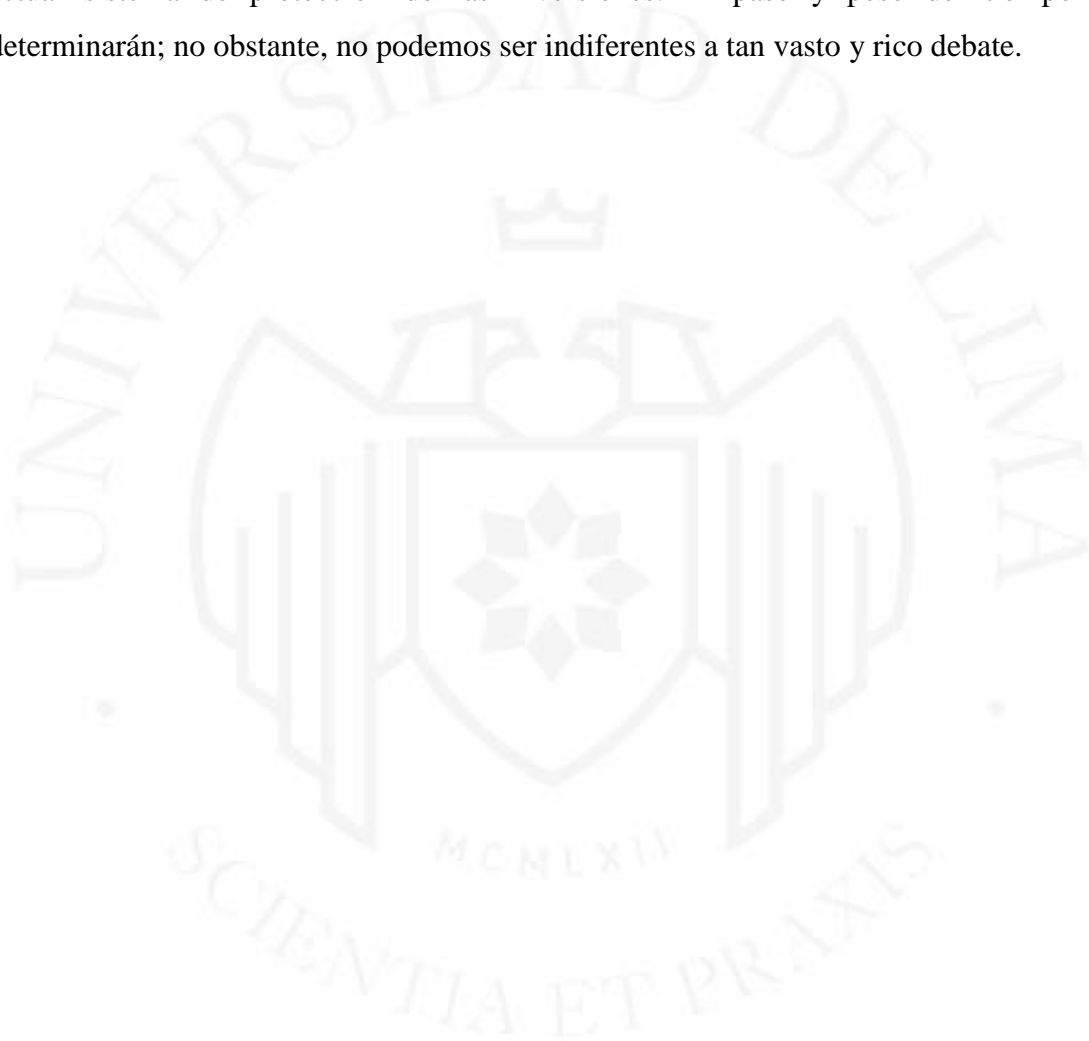
La cuestión del debate sobre la reforma del régimen de solución de controversias inversionista-Estado, trasciende el ámbito meramente teórico, siendo un *affaire* de medular importancia, puesto que con las negociaciones de nuevos tratados de inversión los Estados deberán adoptar una posición respecto a este asunto, lo cual conducirá invariablemente, en la práctica, a la continuidad de un sistema basado en arbitrajes de inversión *ad hoc* con «correcciones» o bien a la adopción de una corte de apelación o una corte multilateral de inversiones, siendo que esta última supone un rotundo viraje del modo en cómo se venían resolviendo las controversias de inversión en las últimas décadas.

El clima de emergencia actual puede suponer una suerte de «catalizador» de la ya planteada reforma del sistema. Es más que probable que en un futuro no tan lejano se llegue a cuestionar las medidas adoptadas por los Estados para mitigar los efectos de la pandemia, siendo que estas podrían haber afectado los derechos de los inversionistas extranjeros, quienes están habilitados para plantear futuras demandas a los Estados, amparados en el ámbito de protección de las inversiones contenido en la serie de acuerdos internacionales de inversión suscritos entre Estados.

El presente contexto nos muestra la evidente correlación entre el orden mundial, el rol del Estado y la discusión actual sobre la «aparente» relación discordante entre el interés público y privado. Indudablemente la ocurrencia de la pandemia servirá como un certero «ariete» que conduzca hacia una reforma del régimen de solución de disputas entre inversores y Estados.

El ineludible cambio que se avecina no le es ajeno a nuestro país, puesto que independientemente de la posición adoptada por el Estado peruano en foros como la CNUDMI, las posiciones que adopten los principales socios comerciales del Perú terminarán por ejercer una notable influencia en el modo en que veníamos negociando nuestros tratados de inversión.

El cambio de paradigma resulta ya patente e impostergable. En la actualidad existen tratados de inversión de última generación, que otorgan expresamente mayores grados de deferencia a los Estados. Además, resulta sintomática la interpretación de los estándares de protección de las inversiones en los casos más recientes, dándole una particular relevancia a derechos colectivos tutelados por los Estados. Nos planteamos la interrogante de si el «estado de las cosas» justifica la extinción de la figura del arbitraje de inversiones, considerando que la presente no es la única crisis que ha atravesado el actual sistema de protección de las inversiones. El paso y peso del tiempo lo determinarán; no obstante, no podemos ser indiferentes a tan vasto y rico debate.



CAPÍTULO I: ELEMENTOS QUE OPERAN DE SUSTRATO EN LA DISCUSIÓN SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO DE APELACIÓN O CORTE MULTILATERAL DE INVERSIONES

1.1 Características del sistema de arbitraje inversor-Estado

En un contexto de liberalización e integración de la economía global, el régimen de protección internacional de las inversiones estableció como uno de los principales instrumentos al arbitraje internacional de inversiones, conocido como arbitraje de inversión *ad hoc*, en el sentido que los tribunales no son permanentes y se constituyen para cada caso en concreto.

Estos tribunales están compuestos por ternas o por un árbitro único, seleccionados de listas registradas en instituciones internacionales que administran los procedimientos arbitrales. Las instituciones internacionales administradoras de arbitrajes de inversión más difundidas son: la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA), la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Cámara de Comercio de Estocolmo y como más conocido exponente, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Este régimen internacional se funda en tratados suscritos entre Estados, otorgando a los inversionistas extranjeros la facultad o derecho de iniciar procesos de solución de controversias en contra del Estado receptor de la inversión, ante un tribunal arbitral internacional compuesto por jueces privados, los cuales emiten un laudo arbitral. De demostrarse que las medidas adoptadas por los Estados receptores infringieron los estándares de protección de las inversiones, estos deberán indemnizar a los inversores extranjeros.

Cabe resaltar que el Estado no está en la obligación de modificar su normativa interna como resultado de la decisión arbitral, pero sí lo está al pago de la indemnización determinada por estos tribunales.

El arbitraje inversionista-Estado es visto como un mecanismo de protección y a su vez de promoción de las inversiones extranjeras, en la medida que se considera un foro «neutral» de solución de controversias y una manera eficiente de ejecución de la decisión final –en la forma de laudo arbitral– lo cual otorga estabilidad a las inversiones.

Cantero Martínez (2016), atendiendo al origen de los mecanismos de solución de controversias de inversión, indica:

Estos mecanismos de resolución de controversias entre inversor-Estado surgieron precisamente como una fórmula para proteger a los inversores extranjeros frente a la aparición de lo que la doctrina ha denominado «riesgo político» o «riesgo regulatorio». Tal riesgo se produciría cuando se modifica de forma sorpresiva el marco jurídico y ello produce la pérdida del derecho de propiedad de la inversión o su nacionalización (expropiación indirecta, en términos de los tratados) o incluso una merma sus expectativas de ganancia (que a veces se han reconducido hacia la figura de la expropiación indirecta) (p. 21).

General e históricamente, los demandantes en casos de arbitrajes de inversión provenían de países desarrollados, los cuales, habiéndose visto vulnerados en sus derechos, interponían procedimientos arbitrales en contra de Estados receptores, que en su mayoría son países en vías de desarrollo. En esta circunstancia, los arbitrajes resultaron largamente provechosos para los inversionistas extranjeros y suponían un mecanismo eficiente para resolver disputas en jurisdicciones donde los inversionistas no contaban con todas las garantías económicas ni jurídicas. Además, debemos considerar que el hecho que el inversor extranjero traslade capital a otro territorio, supone *riesgos adicionales* a los que se presentarían en sus países de origen. Así es como el inversor extranjero lleva a cabo un análisis de riesgo del país: el denominado *country-risk analysis*. Este análisis refiere a la situación política y financiera total de un país y la solvencia de este para pagar sus deudas, debiéndose considerar tanto riesgos políticos como económicos (González de Cossío, 2009, p. 6)

Adicionalmente, los propulsores del arbitraje de inversiones esgrimían que este no implicaba limitación alguna para los Estados, puesto que estos podrían ejercer su inherente función regulatoria cuando lo consideraran.

El arbitraje de inversión representa un rol particularmente relevante en los países en vías de desarrollo, los cuales tradicionalmente han sido foco de atracción de

inversiones y que sus convulsas historias implicaron que se incorporaran tardíamente a los principales acuerdos de solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales. La «carencia de garantías» de los sistemas judiciales de los países menos desarrollados –para muestra, Latinoamérica– provocó que el arbitraje internacional de inversiones sea percibido como una plataforma de solución de controversias de cierta manera «despolitizada» y «técnica», que garantizaba al inversionista un proceso flexible, técnico, célere y un laudo con carácter vinculante.

Son los inversores extranjeros los habilitados para demandar a los Estados y no estos últimos a la inversa. No obstante, los Estados cuentan con sus propias prerrogativas de autotutela declarativa y ejecutiva para intervenir contra el inversor extranjero ante un incumplimiento normativo.

El sistema de solución de controversias inversionista-Estado cuenta con una serie de características distintivas que, si nos detenemos a analizar, son el sustento de las críticas al sistema hoy existente y que fundamentan el «viraje» que se desea conseguir en cuanto a mecanismos de solución de controversias relativas a inversiones.

Las características distintivas a las que hacemos referencia han sido expuestas por Bas Vilizzio (2018), de la siguiente manera:

- (i) El inversor extranjero tiene *locus standi* y *ius standi*: Torreja Mateu, Burgos-De la Ossa y Lozada-Pimiento, explican que ello ocurre en el sentido que los inversores extranjeros pueden demandar a los Estados en diversos foros jurisdiccionales (*locus standi in iudicio*). Además, el régimen supone la titularidad de la acción y por tal, el acceso directo a los tribunales internacionales (*ius standi*). Estas dos potestades con las que cuenta hoy el inversionista, son incompatibles con el instituto de la protección diplomática, que implicaba que el Estado de la nacionalidad del inversor afectado hiciera suyo el reclamo frente al Estado incumplidor, sin intervención del privado (como se citó en Bas Vilizzio, 2018, p. 166)
- (ii) Periodo de enfriamiento: en casi la totalidad de acuerdos internacionales de inversión se establece un periodo en que las partes de la controversia intentan resolverla de modo amigable. Generalmente, este periodo es de tres a seis meses desde que el inversor extranjero notifica al Estado receptor de la inversión acerca del conflicto.

- (iii) No obligatoriedad de agotamiento de una vía previa en la jurisdicción doméstica: como se indica, el agotamiento de recursos en la jurisdicción del Estado receptor de la inversión es optativa, no obligatoria. No obstante, haya acuerdos internacionales de inversión que establecen la obligatoriedad del agotamiento de recursos en la jurisdicción doméstica, el inversor puede recurrir al arbitraje internacional, por ejemplo, por el vencimiento del plazo de un tiempo establecido, situación que Mairal (2007) denomina como «versión *light*» de la cláusula Calvo (p. 20). También puede darse el caso que, pese a la obligatoriedad del agotamiento de recursos en la jurisdicción del Estado receptor, el inversor eluda esta obligación, apelando a la cláusula de la nación más favorecida, en lo que se conoce como *cherry picking* o *treaty shopping*. Como antecedente histórico sobre la materia, hacia finales del siglo XIX en América Latina, surgió una «posición antagónica»: la doctrina Calvo, desarrollada por el jurista uruguayo Carlos Calvo, en su libro Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América de 1868, donde se postula que los extranjeros residentes, que hubieran sufrido algún perjuicio en el país de acogida, deberían recurrir a los tribunales de dicho país, evitando invocar la intervención, por la vía diplomática o la fuerza, de sus Estados de origen (Devés & Álvarez, 2020, p. 207).
- (iv) Tribunales arbitrales *ad hoc*: significa que los tribunales no son permanentes. Es lo antagónico a todo aquello que tiene connotación de permanencia. Estos tribunales se conforman caso por caso y generalmente están administrados por instituciones internacionales.
- (v) Inapelabilidad de los laudos: el hecho que el actual sistema tenga una naturaleza arbitral implica que los laudos no son, en primer término, apelables. Ante un laudo arbitral solo se prevé los recursos de anulación y el de revisión, ante supuestos determinados, y que bajo ninguna circunstancia implica una segunda instancia. En el caso del CIADI, el Convenio de Washington establece dos recursos. El recurso de anulación del artículo 52, el cual opera a solicitud de unas de las partes, en casos en los cuales un tribunal se haya constituido incorrectamente, extralimitado manifiestamente en sus facultades, cuando existan circunstancias de corrupción en algún miembro, se haya quebrantado de manera notoria una norma de

procedimiento o si el laudo no contiene expresamente los motivos que sustentan la decisión. Por otro lado, el recurso de revisión del artículo 51, el cual se puede plantear dentro de los 90 días de emitido el laudo arbitral, ante hechos que hubieran podido influir de manera decisiva en la decisión final y que no se conocían al momento de la emisión del laudo. Como se aprecia, estos recursos están habilitados para ser planteados ante supuestos *específicos*, que no implican el análisis de temas de fondo.

- (vi) Cláusula de ultractividad: los acuerdos internacionales de inversión contienen dentro de sus disposiciones ciertas cláusulas que establecen que las todas las disposiciones del tratado mantienen su vigencia durante un periodo de tiempo determinado, subsiguiente a su terminación. Estos plazos suelen ser de 5, 10, 15 o 20 años. Esto podría implicar que pueda recurrirse al arbitraje, a pesar de que el tratado que lo motive ya no esté vigente.
- (vii) Cláusula de la nación más favorecida: esta cláusula habilita el acceso al «mejor trato» que un Estado puede ofrecer a los inversores en cualquier acuerdo. Ello no hace distinción de ninguna disposición en el tratado, pudiendo extenderse al de la «no obligatoriedad de agotamiento de recursos previos en la jurisdicción doméstica». Esta discusión se ventiló en el tan referido caso Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España (caso CIADI N.º ARB/97/7).

Un aspecto que podría resultar controversial consiste en llegar a afirmar que el capital extranjero de los inversionistas tiene el mismo *status* que las medidas adoptadas por un Estado soberano, ya que en los procedimientos arbitrales se cuestionan políticas públicas del Estado, lo cual de por sí constituye un escenario *sui generis*.

«Tradicionalmente» son las grandes empresas multinacionales –generalmente presentes en países desarrollados– las demandantes, y los Estados –generalmente en vías de desarrollo– los demandados. No obstante, actualmente se ha incrementado el número de demandas hacia países que se consideran desarrollados. Ello es, quizás en parte, el origen de la discusión del replanteamiento del sistema.

El incremento de demandas a los Estados, con los subsecuentes pagos de cuantiosas indemnizaciones, han puesto bajo análisis la legitimidad del sistema de

solución de controversias relativas a inversiones y ha evidenciado la necesidad de armonizar los intereses privados –protección a los inversionistas extranjeros– con los públicos –derecho a regular de los Estados.

1.2 Críticas al sistema de arbitraje de inversión

En los últimos años, el régimen de solución de controversias de inversiones extranjeras ha sido blanco de un volumen creciente de cuestionamientos por parte de los Estados y de la opinión pública. Son justamente las características del actual sistema de arbitrajes de inversión *ad hoc* la génesis de la serie de críticas expuestas públicamente y que se atribuyen a la aparente falta de legitimidad del actual sistema.

La noción de un «mundo globalizado» está siendo por lo menos, cuestionada. Con el surgimiento de colectivos civiles, el resurgimiento de ideologías reticentes a la «depredación» de una política económica neoliberal –que como se supondrá es contraria a los tratados de inversión– y el cambio de la realidad política, son hechos harto sintomáticos de la inevitabilidad de un nuevo consenso social y de una subsecuente nueva realidad político-social.

Producto de este estado de realidad insoslayable, resulta totalmente pertinente que se aborde el tema de la reforma a uno de los mecanismos que, en las últimas décadas, ha acompañado a los acuerdos internacionales de inversión (en adelante AII): el arbitraje internacional de inversiones.

Las críticas e inquietudes que suscita el actual modelo de solución de controversias de inversión han propiciado –con el advenimiento del nuevo siglo– un interesante debate a nivel doctrinal acerca de la legitimidad del sistema arbitral clásico y su necesidad de reforma, cuestionando si realmente es el instrumento más adecuado para la solución de conflictos de inversión. Este «desencanto» proviene de diversos sectores, de lo más diferentes en su origen e intereses. Tal y como bien exponen Marceddu y Ortolani (2020):

El sistema ha sido criticado por grupos y partes interesadas con agendas muy diferentes: desde académicos a activistas antiglobalización, desde grupos de extrema derecha a responsables políticos. Aunque comparten una aversión común a este mecanismo de resolución de conflictos, estos grupos no suelen tener los mismos puntos de vista, y el mismo tipo de

crítica puede originarse en diferentes fundamentos políticos y teóricos. Los actuales esfuerzos por reformar la solución de diferencias inversor-Estado, emprendidos tanto por la Unión Europea como por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, constituyen en gran medida un intento de responder a las críticas públicas mencionadas. (p. 405)

Para fines prácticos, en el presente trabajo de investigación denominaremos como «los reformistas» «los reformadores» o «los críticos del sistema» a todos los diversos grupos que cuestionan el actual sistema de solución de disputas de inversión.

En los últimos años, varios procesos arbitrales de inversión han propiciado un debate desde el punto de vista del derecho público y han evidenciado los problemas del sistema arbitral de inversiones, de cara a la intensa actividad de empresas multinacionales que impulsan estos procesos frente al «derecho a regular», elemento inherente a todo Estado. En líneas generales, se reclama del sistema un enfoque mucho más transparente, democrático y justo.

El interés por iniciar una reforma del sistema no es del todo novedoso. A modo de antecedente, las críticas que se venían dando al sistema motivaron al mismo CIADI en 2004 a proponer un debate plasmado en el documento *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, considerando la posibilidad de la implementación de un mecanismo de apelación. En el punto 20 de este documento también se evidencia que, desde 2005, hasta veinte países –que también eran miembros del CIADI– ya venían firmando tratados con disposiciones sobre la interposición de recursos a los laudos en arbitrajes inversionista-Estado.

No obstante, se advierte que, si bien lo que se desea con el establecimiento de un mecanismo de apelación es fomentar la coherencia y la consistencia de la «jurisprudencia» que surge de los tratados de inversión, también habría una serie de inconvenientes fácticos a los que habría de enfrentarse en caso se opte por un cambio de sistema: la fragmentación de los regímenes arbitrales del CIADI, el hecho que habría laudos que estén sometidos a este mecanismo y otros que no, y además el restar la finalidad y la ejecución del laudo en sí. Más bien, lo que se proponía hace más de quince años es que el CIADI cree un único mecanismo de apelación, en vez de que se creen mecanismos de apelación en cada tratado de inversión. A pesar de los comentarios sobre

el planteamiento de una instancia de apelación, la mayoría de los miembros del CIADI se opuso rotundamente a esta idea, siendo descartada posteriormente por la Secretaría de dicha institución; posición que se vio reflejada en el documento *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations* de mayo de 2005, donde se reconoció que era muy «premature» establecer un mecanismo CIADI de apelación, mayormente dadas las cuestiones políticas y técnicas planteadas en 2004.

Otro antecedente es el establecimiento del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, que desde 2017 tiene como labor la discusión sobre una reforma de las reglas del sistema de solución de controversias inversionista-Estado (por sus siglas SCIE). Las reuniones en curso, donde participan diferentes gobiernos y especialistas, derivan en propuestas que son el objeto de las discusiones y que implican: la creación de un centro de asesoramiento multilateral para apoyar a los países menos desarrollados, el establecimiento de un mecanismo de revisión o apelación de las decisiones, la instalación de una corte multilateral de inversiones con decisores dedicados a tiempo completo o el mejoramiento de la interpretación de las disposiciones en los tratados de inversión, y el establecimiento de un código de conducta para los decisores, entre otros aspectos.

También, en abril de 2021, el CIADI y la CNUDMI han publicado de manera conjunta la segunda versión del Proyecto de Código de Conducta para decisores en controversias internacionales relativas a inversiones.

Como se aprecia, estas iniciativas son la muestra que efectivamente hay un entorno que reconoce la necesidad de un cambio. Ante todo, debemos determinar cuáles son las críticas al actual sistema, de modo que tengamos una base sobre la que, con el análisis de diversas variables, determinemos la pertinencia y alcance de un cambio de sistema.

Cantero Martínez (2016) señala algunas de las más importantes críticas que se hacen al actual sistema de solución de controversias de inversión, que se pueden englobar del modo siguiente:

- (i) El arbitraje internacional de inversiones responde a un sistema diseñado para atender intereses de naturaleza privada, donde no hay inconveniente en que un privado –un árbitro– resuelva la disputa. El problema se plantea cuando este esquema –de naturaleza eminentemente privada– se traslada a las controversias donde una de las partes no tiene esta naturaleza, por ser un

Estado soberano, y cuando se discuten medidas estatales de interés público. Es así que, sujetos privados –árbitros– acaban «controlando» decisiones soberanas adoptadas por los Estados, limitando su capacidad regulatoria. Al respecto, Fernández Masiá (2013) hace referencia al particular –aunque finalmente no comparte esta postura– de la siguiente forma:

Que los tribunales de esta institución arbitral han ido demasiado lejos al interpretar las disposiciones sustantivas contempladas en los AII – suponiendo una carga excesiva de obligaciones para el Estado que ve reducido al mínimo su poder regulatorio– y que de esta manera han favorecido de manera casi unánime a los inversores frente al Estado demandado. (p. 8)

También se cuestiona que haya una «cierta indiferencia» hacia intereses públicos o generales por parte de los tribunales arbitrales. Siendo así, la valoración de los tribunales atiende al cumplimiento de las estipulaciones del tratado y los estándares de protección del inversor se convierten prácticamente en los únicos y preponderantes parámetros.

- (ii) Las decisiones adoptadas por los Estados, son evaluadas de acuerdo a lo estipulado en los tratados internacionales. El arbitraje internacional de inversiones compromete la soberanía nacional, considerando que se realiza conforme a criterios de interpretación propios del derecho privado. En este sentido, el Estado –el poder público– es sometido a un sistema de justicia «privatizado». En muchos de los casos, los tribunales arbitrales desconocen el derecho interno del Estado receptor de la inversión, actuando al margen de los principios y valores constitucionales, paralelamente al sistema jurisdiccional doméstico, limitándose a la aplicación de reglas propias del derecho mercantil y del derecho internacional, en tanto se aplican principios o estándares de protección de las inversiones: buena fe, protección de las inversiones, seguridad jurídica, trato justo y equitativo o la protección en caso de expropiaciones. Esto originaría que haya un «doble estándar», donde hechos iguales generen resultados contradictorios e imprevisibles y hasta insólitos, ya que al ser analizados bajo el «estándar doméstico» y por el «estándar internacional» se generarían consecuencias diferentes. Tal como

advierde Dolzer (2005), los Estados se ven compelidos al cumplimiento de las normas del derecho internacional, en el sentido que aceptaron a las reglas del régimen de protección de las inversiones, aunque estas bien pueden menguar su capacidad regulatoria. El autor lo expresa en estos términos:

Las diversas normas sustantivas contenidas en los tratados de inversión que afectan a los sistemas jurídicos nacionales de los países receptores proceden de diferentes fuentes del derecho internacional. En parte, se basan en el derecho convencional autónomo negociado específicamente entre las partes de los tratados. Otros aspectos de los tratados se limitan a reafirmar el derecho internacional consuetudinario que sería aplicable, incluso en ausencia de un tratado. En todos estos tratados, ambos tipos de normas sustantivas se someten a la interpretación y aplicación de los tribunales internacionales, y de un sistema de cumplimiento institucionalizado más orientado a las normas que existen en el derecho internacional clásico. Como resultado, el poder de identificar, aplicar y hacer cumplir las normas, se ha alejado del libre albedrío de los Estados, debido a la aceptación voluntaria de estas normas (p. 957)

El mismo autor continúa con lo que considera son las cláusulas contenidas en los AII que socavan la capacidad regulatoria estatal; al respecto, el autor indica:

En la práctica, hay tres tipos de cláusulas que suelen figurar en los tratados de inversión y que son las que más afectan a los sistemas jurídicos nacionales. Se trata de: (a) las cláusulas que establecen normas sobre expropiación indirecta; (b) las cláusulas sobre el trato justo y equitativo de los inversores extranjeros; y, (c) las cláusulas sobre la protección de los acuerdos de inversión celebrados entre un inversor extranjero y el país receptor ("cláusulas paraguas") ... *la interpretación y aplicación de las cláusulas pertinentes y sus variaciones merecen un examen especial al intentar comprender el efecto de los tratados de inversión en la capacidad del país anfitrión para determinar su propio sistema de regulación administrativa* [cursivas añadidas]. (Dolzer, 2005, pp. 957-958)

- (iii) Los árbitros resolverán la controversia aplicando diferentes procedimientos y normas derivadas directamente del derecho internacional y de la aplicación

de los principios o estándares de protección de las inversiones. Ello provoca que haya una suerte de «infinitas jurisdicciones» en el sentido que habrá tantas jurisdicciones como tribunales arbitrales existan. Estos tribunales actúan en paralelo, analizando los mismos hechos y con resultados que podrían ser completamente contradictorios, sin que exista ningún mecanismo de apelación general que permita unificar la «jurisprudencia arbitral» ni dar coherencia a posibles laudos contradictorios. Como apuntala Franck (2005), la estructura «descentralizada» del arbitraje de inversión ha dado lugar a un número importante de decisiones incoherentes e inconsistentes en cuanto a la interpretación no sólo de disposiciones similares en diferentes tratados de inversión, sino también de disposiciones del mismo acuerdo en relación con hechos prácticamente idénticos. Estas incoherencias han alimentado la preocupación por la falta de previsibilidad del derecho internacional de las inversiones, lo que se suma a la sensación de crisis de legitimidad (p.1557).

Incluso, podría darse inconsistencias graves entre jurisprudencia ya consolidada en el ámbito doméstico, acerca de cambios normativos válidos para la protección de derechos colectivos, perfectamente concordantes con las estipulaciones constitucionales del Estado, que les habilitan a modificar sus marcos jurídicos en virtud de la protección de intereses generales. Como ejemplo, tenemos el «fenómeno» de los «casos españoles», que superan la veintena. Los diversos cambios en política energética llevados a cabo por el Estado español, le han valido una serie de demandas ante el CIADI y otras instituciones arbitrales internacionales, por no poder dar abasto las primas previstas de energías renovables y atentar contra las legítimas expectativas del inversor, constituyendo una expropiación indirecta proscrita por la Carta de la Energía.

- (iv) El derecho internacional de las inversiones se basa en la protección de estas mediante estándares (discriminación, proporcionalidad, transparencia), propios del *Common Law*, mientras que las normativas internas de los países atienden a reglas del derecho civil o *Civil Law*, lo cual genera incertidumbre. Es decir, se juzga una medida adoptada por un Estado bajo un estándar distinto al que opera. Esta es una de las defensas expresadas por el Estado, en el caso Metalclad contra México.

- (v) Los inversores nacionales no cuentan con un recurso especial de protección de sus inversiones, como el arbitraje internacional de inversiones. También, las pequeñas y medianas empresas y los pequeños inversores extranjeros no estarían en condiciones de asumir los elevados costos de un arbitraje de esta naturaleza. Se expone que los inversores nacionales se encuentran solo protegidos por el ordenamiento doméstico, mientras que los inversores extranjeros, por el ordenamiento del país de acogida y además aquel que le brinda el derecho internacional. Ello conduce a una evidente desigualdad entre inversores y del estándar de protección de sus inversiones, siendo que los inversores foráneos cuentan evidentemente con más mecanismos para defender sus derechos en caso los consideren vulnerados. Al respecto, se indica lo siguiente:

This is crucial, as core concerns with ISDS arise from the “special” recourse it grants to foreign but not national investors. ISDS is criticized as giving foreign investors the possibility i) to get a second bite at the apple, after having lost in domestic courts; ii) to pursue parallel claims at the domestic and international levels to exert pressure on governments for a favorable settlement; or iii) to circumvent domestic courts completely as the exhaustion of local remedies is often not a condition of accessing ISDS. In all of these cases, ISDS is difficult to reconcile with the idea of democratic equality. [Esto es crucial, ya que las principales preocupaciones sobre el SCIE surgen del recurso «especial» que se concede a los inversores extranjeros pero no a los nacionales. El SCIE es criticado por dar a los inversores extranjeros la posibilidad de i) obtener un «segundo bocado de la manzana», después de haber perdido en los tribunales nacionales; ii) presentar demandas paralelas a nivel nacional e internacional para ejercer presión sobre los gobiernos para obtener un acuerdo favorable; o iii) eludir completamente los tribunales nacionales, ya que el agotamiento de los recursos locales no suele ser una condición para acceder al SCIE. En todos estos casos, el SCIE es difícil de conciliar con la idea de igualdad democrática] (Schill, 2016, párr. 9).

- (vi) La alta complejidad de los procedimientos arbitrales y en ocasiones la falta de transparencia, que en buena medida depende de lo que decidan las partes. Además, la «confidencialidad» debería relativizarse en controversias de

naturaleza regulatoria. En numerosos tratados de libre comercio (en adelante TLC) de última generación se incorporan: audiencias públicas, *amicus curiae*, publicación de laudos, entre otras medidas.

Con la finalidad de buscar una solución a la «opacidad» en los procedimientos arbitrales y en los temas que se discuten, claramente de interés público, se adoptó la Convención de Mauricio sobre Transparencia, en inglés *United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, adoptada en diciembre de 2014 en Nueva York y que entró en vigor en octubre de 2017. La Convención sobre la transparencia y el Reglamento sobre la transparencia, consideran que el interés público que se aborda en las controversias de inversión debería coadyuvar a la justicia y eficiencia, constituyendo un complemento a las obligaciones sobre la transparencia estipuladas en los AII existentes, garantizando el acceso público a la información sobre los arbitrajes inversionista-Estado, en el marco de un tratado de inversiones. Actualmente, la Convención sobre transparencia ha entrado en vigor solo en nueve países: Mauricio, Suiza, Canadá, Camerún, Gambia, Bolivia, Australia, Benin e Iraq.

Respecto de las problemáticas que podemos apreciar en los AII, Van Harten (2010), expone que hay tres puntos de los tratados de inversión que provocan una serie de «dificultades» o «problemáticas», que ponen bajo cuestionamiento el hecho que los tratados de inversión realmente fomenten la inversión extranjera.

- Primero: un enfoque «liberal» y expansivo en la búsqueda de foros, lo que conlleva que los propietarios de activos elijan entre las nacionalidades que más les convenga para presentar reclamaciones fundadas en tratados de inversión, lo que supone que el inversor extranjero tenga una serie de privilegios legales.
- Segundo: que son pocos los tratados de inversión que *imponen* a los Estados exportadores de capitales –generalmente de origen de los inversionistas– la obligación de fomentar o facilitar la inversión en el exterior, a través de la liberalización de sus propios regímenes reguladores o mejorando sus programas de seguro de las inversiones, por ejemplo; a través del uso de un seguro de riesgo regulatorio. Se aprecia pues, que no hay un equilibrio en la asunción de riesgos

políticos o sociales entre los Estados receptores de inversión y los Estados exportadores o de origen de los inversores.

- Tercero: que los tratados de inversión se extienden a las inversiones ya existentes en los Estados receptores. En esta instancia, se puede cuestionar el por qué extender la aplicación de un tratado a una inversión ya presente en un Estado, si supuestamente lo que se desea es atraer *nuevas* inversiones o bien regular las reinversiones. De los puntos anteriores se puede desprender que los Estados de acogida de las inversiones asumen una serie de concesiones legales, por lo que resultaría irracional que estos pongan en riesgo su tesoro público en el caso de las inversiones ya ganadas. El «aceptar» esta situación se debería a una serie de factores, como: que los exportadores de capital hayan ejercido presiones, el sustrato ideológico de la época –década de los noventa– que apostaba por un clima de apertura y atracción del capital extranjero, o bien que los Estados de acogida no estaban bien informados. La presencia o confluencia dependerá de la experiencia particular de cada país o tratado de inversión (pp. 28-30).

Se puede afirmar que el modelo de sistema de solución de conflictos de inversión que actualmente está siendo negociado, depende del enfoque y circunstancias históricas actuales que experimentan las principales potencias comerciales y económicas: la Unión Europea, Estados Unidos y China. Es de relevancia entender el escenario proteccionista que se ha venido experimentando en los últimos años, con sucesos como el *brexit* y más aún con la pandemia. Así, se podría insinuar que el estado de situación económico y político globales, perfectamente pueden ser el germen para «cuestionar» la idoneidad del arbitraje de inversión tal y como lo concebimos actualmente.

Dada la apariencia de «ausencia de legitimidad» fundada en las diversas críticas al sistema de arbitraje de inversión *ad hoc*, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI representa el escenario más idóneo para una discusión multilateral acerca de una reforma al actual sistema o la variación total de este. La Unión Europea, principal promotora del establecimiento de un mecanismo de apelación y de una corte multilateral, plantea a través de la CNUDMI su visión de cambio estructural; la de un régimen de solución de controversias relativas a inversiones más estatizado. Al respecto:

There were particular reasons why UNCITRAL emerged as a space for discussions on comprehensive reform. UNCITRAL WG III was available for a

new mandate; the secretariat had completed a series of scoping studies; and the open membership of UNCITRAL offered the European Union (EU) a multilateral arena in which to pursue its structural reforms. And, with the adoption of a transparency convention, the organisation could boast of its role in creating a model for multilateral ISDS reform [Hubo razones concretas por las que la CNUDMI surgió como un espacio para debatir acerca de una reforma integral. El Grupo de Trabajo III estaba preparado para una nueva misión; la Secretaría había realizado una serie de estudios para determinar el alcance del debate, y la apertura de la CNUDMI, ofrecía a la Unión Europea (UE) un escenario multilateral para impulsar sus reformas estructurales. Con la adopción de una convención sobre transparencia, la CNUDMI podía sustentar su rol en la creación de un modelo para la reforma multilateral del SCIE] (Langford et al., 2020, p. 172)

Por tanto, sería pertinente que se conozca la propuesta de cambio europea, en el sentido que la posición de este bloque de países condensa muchas de las críticas al sistema actual y constituye –al modo de razonar de la Unión Europea– la solución para este «quiebre» en la legitimidad del sistema.

1.3 Hacia un cambio de paradigma en materia de solución de controversias relativas a inversiones. La propuesta europea

El debate acerca de la reforma del sistema se centra en si los Estados deberían optar o no por un mecanismo de apelación o corte multilateral o bien si es que se sigue optando por la figura del arbitraje de inversiones *ad hoc* como mecanismo eficiente para resolver controversias relativas a inversión.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a fines de 2009, los Estados miembros introdujeron en el artículo 207 numeral 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (por sus siglas TFUE), el término «inversión extranjera directa».

Además, implicó una «revolución» de la política en materia de inversiones de la Unión Europea (en adelante UE) el hecho que se le brindó la competencia para negociar y celebrar acuerdos de protección de las inversiones extranjeras directas en todos los sectores, como un bloque. Lo que resultó en una verdadera novedad fue la perspectiva global y unitaria del régimen de inversiones extranjeras directas. También, otro aspecto

relevante es la garantía del control público de cualquier acuerdo comercial futuro a negociarse por la UE, mediante la adopción del derecho de veto del Parlamento Europeo.

Ya con las nuevas competencias atribuidas mediante el Tratado de Lisboa, la Unión Europea ha venido negociando una serie de TLC, los cuales incluyen un capítulo sobre inversiones y que plantean cambios con respecto del sistema de arbitraje *ad hoc* actual. De este espiral de negociación de nuevos acuerdos de inversión, es que la UE considera que el actual sistema arbitral es «inapropiado».

Esta situación fáctica es relevante, en la medida que los inversores extranjeros se enfrentarían en una potencial demanda a la UE entendida como bloque y ya no solo a un Estado en particular, dado que la UE goza de la personalidad jurídica para firmar tratados internacionales a nivel comunitario. De hecho, en el Reglamento UE N° 912/2014 se ha establecido un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de controversias entre inversionistas y Estados, en los acuerdos internacionales en los que la UE sea parte.

La Unión Europea tiene una formulación bastante interesante acerca del nuevo sistema arbitral de inversiones, que se ve reflejada en los nuevos tratados que ha venido negociando en los últimos años. Esta postura implica un cambio radical con respecto al sistema clásico, optándose en cambio por uno más público, donde se da relevancia a los derechos colectivos y las políticas públicas adoptadas por los Estados.

Desde el año 2015, la Unión Europea impulsa una reforma del régimen de solución de controversias inversor-Estado. Como primera fase, se incluye en las negociaciones de tratados de libre comercio e inversión con terceros Estados, un sistema bilateral de tribunales de inversión. Como segunda fase, se propuso crear un tribunal multilateral de inversiones cuya negociación estuviera abierta a todos los interesados.

Como ejemplos de la implementación de la primera fase, tenemos al Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA por su siglas en inglés), firmado el 30 de octubre de 2016 y que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017, y en la negociación del Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión entre la UE y Estados Unidos (en adelante ATCI) o Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP por su siglas en inglés), negociación estancada desde el inicio de la administración del expresidente estadounidense Donald Trump.

En el capítulo 8, sobre inversiones, el CETA establece la creación de un tribunal de apelación y un tribunal de inversiones permanente. Conforme al artículo 8.27, el tribunal permanente está compuesto por quince jueces elegidos por un período de cinco años, renovable por una única vez. Este tribunal contará con cinco jueces nacionales de la Unión Europea, cinco de Canadá, y cinco de terceros Estados. Cada caso concreto será resuelto por tres de los quince jueces, manteniéndose las proporciones de nacionalidades previstas para el tribunal en pleno y será presidido por un juez nacional de terceros Estados.

Actualmente se están negociando una serie de tratados de inversión que buscan dar una nueva faz al arbitraje internacional de inversiones. Un ejemplo de ello se evidenció en la negociación del ATCI o TTIP, el gran acuerdo bilateral entre la Unión Europea y los Estados Unidos, que inició negociaciones en 2013 y que terminaron en 2016, infructuosamente. Si bien este acuerdo no llegó a concretarse, las negociaciones del mismo nos pueden dar ciertas luces acerca de las propuestas de cambio al sistema y da cuenta de la postura europea de sustitución del modelo arbitral por uno judicial – sistema judicial de inversiones– que se incluirá en los futuros acuerdos internacionales que negocie la Unión Europea con otros Estados o bloques de integración.

Este nuevo modelo también ha sido incluido en el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur de 2019, en el Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y Japón de 2019, así como también en el proceso de modernización del Tratado de Libre Comercio entre la UE y México, que entró en vigor en el año 2000.

Uno de los principales argumentos que motivan la reforma del sistema, es el aumento de las demandas donde grandes compañías transnacionales cuestionan políticas públicas adoptadas por los países receptores de inversión extranjera directa, llegando incluso a intentar disuadir antes que estas sean adoptadas, en diversas y medulares materias como: la protección medioambiental, regulación de la salud pública, energías renovables, entre otras.

La inquietud de la Unión Europea no solo radica en aspectos económicos –que presupone el pago de cuantiosas indemnizaciones– sino también en supuestas afectaciones en aspectos medulares que atañen a la razón de ser del Estado, esto es, a su soberanía y del límite de su «derecho a regular». La postura europea sostiene que los

tratados de inversión han limitado –aunque valdría agregar que con la misma voluntad soberana de los Estados receptores– el ámbito de actuación de los Estados.

También se alega una «evidente» discrecionalidad con la que los tribunales arbitrales interpretan las cláusulas de protección de inversiones de los AII. Es así que hubo pedidos a la Comisión de la Unión Europea para que se incluya cláusulas específicas en los tratados de inversión que incorporen expresamente «el derecho de regular de los Estados».

Como expone Cantero Martínez (2016) la nueva postura comunitaria parte de un enfoque diferente y reformado respecto de la protección de la inversión y la resolución de conflictos entre inversores extranjeros y Estados, pretendiendo la sustitución del sistema clásico de arbitraje de inversiones extranjeras por un sistema judicial (*investment court system*), estructurado en dos niveles; por una Sala de primera instancia y otra de apelación. Dicho nuevo sistema se conformaría por jueces cualificados y de reconocido prestigio, basado en reglas claramente definidas y transparentes. La propuesta también implica un esfuerzo por delimitar con mayor claridad los estándares de protección del inversor extranjero y la facilitación de acceso de pequeñas y medianas empresas al sistema. Asimismo, se incluyó la mediación y conciliación internacionales (p. 14).

Este cambio de paradigma, fruto de procesos de consultas al Consejo y Parlamento Europeos fue planteado en las negociaciones del ATCI con los Estados Unidos y procuraba asumir las varias críticas al sistema. No obstante, de los pretendidos avances, continúa presentándose la problemática situación de la soberanía estatal y la diversidad de funcionamiento del pluralismo político. Ello se evidencia en el silencio estadounidense a la propuesta, que como se mencionó líneas arriba no tuvo mayor eco, debido al «viraje» de la política exterior de los Estados Unidos en 2017. En virtud de ello, deducimos que el contexto interno y externo de los países juega un rol medular en los cambios de paradigma del sistema.

El nuevo enfoque de solución de controversias inversor-Estado planteado por la Unión Europea, tiene como principales características distintivas:

- La eliminación del arbitraje realizado por juristas privados nombrados *ad hoc* para cada caso en concreto;
- La creación de un tribunal internacional de inversiones;

- El establecimiento de procesos transparentes que sean susceptibles de ser recurridos;
- La accesibilidad para las PYMES; y
- El reconocimiento expreso del derecho a regular por parte de los Estados.

En el nuevo sistema propuesto, el proceso es concebido como un remedio subsidiario, dando relevancia a un sistema de «resolución amistosa» entre las partes, fomentando la mediación como medio alternativo, pudiendo esta ser planteada al inicio, con el objetivo de evitar la presentación de una demanda arbitral, o en un momento posterior de la tramitación del proceso.

El nuevo sistema judicial de inversiones está conformado por un tribunal de primera instancia y un tribunal permanente de apelación. En cuanto a la primera instancia, estaría conformada por quince jueces, con la posibilidad de ser aumentados o disminuidos siempre en múltiplos de tres. Las partes pueden acordar igualmente que el tribunal sea unipersonal, donde el juez sea siempre de un tercer país. Se hace un énfasis en las cualidades de los jueces, quienes deberán ser nombrados previa y conjuntamente por ambas partes del tratado, por un mandato de seis años, pudiendo ser renovables una vez. También deben ser designados públicamente por un comité, debiendo tener una formación semejante a la exigida para formar parte de los tribunales nacionales, contar con una pericia reconocida; debiendo ser expertos en derecho internacional público, con conocimiento en legislación sobre inversiones internacionales, tratados internacionales y resolución de controversias originadas de acuerdos internacionales de inversión y de acuerdos internacionales de comercio.

Adicionalmente, en cuanto a la imparcialidad e independencia, deberán cumplir normas éticas, códigos de conducta y adecuarse a mecanismos para evitar conflictos de interés, no pudiendo realizar actividad que interfiera en sus funciones o trabajar como abogados o asesores en otros conflictos.

Como ya habíamos adelantado, supone una «novedad» respecto al clásico sistema arbitral de solución de controversias, la existencia de un tribunal permanente de apelación, tomando como referencia al órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC), el cual por cierto, no se encuentra operando hasta la fecha, por el bloqueo de Estados Unidos. Este tribunal recibirá las impugnaciones de las

resoluciones dictadas en primera instancia. El tribunal estará conformado por seis jueces, que para efectos de la neutralidad estarían compuestos por: dos europeos, dos norteamericanos y dos de terceros países. Su mandato sería de seis años prorrogables por una sola vez. En cuanto a su formación profesional, debe ser similar a la exigida en la primera instancia, debiendo esta vez cumplir con los requisitos que se exigen para las jerarquías más elevadas del organigrama judicial o ser notoriamente prestigiosos.

Respecto al «derecho de regular» por parte de los Estados, la actual posición negociadora de la Unión Europea busca reflejar todas aquellas preocupaciones que tienen los países del bloque acerca de la necesidad de un cambio de paradigma en el sistema de solución de controversias. La circunstancia que se presenta como más apremiante es la «alegada» salvaguardia de los derechos colectivos frente a las abusivas demandas planteadas por los inversionistas extranjeros.

A modo de ejemplo, tenemos lo que fueron las negociaciones del TTIP entre la Unión Europea y Estados Unidos o del CETA entre la Unión Europea y Canadá, donde se estipula el «derecho a regular» de los Estados, considerando tres puntos fundamentales:

- Primero: estipular *expresamente* este derecho en el texto del tratado. El nuevo modelo negociador planteado por la Unión Europea busca conseguir una mayor protección para las inversiones que en el sistema clásico, en tanto se reconoce de manera *expresa*, las expectativas que los propios Estados receptores de inversión generaron al inversor extranjero, de manera que estén protegidos ante una potencial variación de la regulación doméstica. De esta manera, la indemnización dependerá del grado de expectativas que la regulación doméstica previamente le generó al inversor.
- Segundo: definir y brindar un detalle pormenorizado de los principios en que se funda el nuevo sistema de protección, es decir, de los estándares de protección del inversor extranjero. Siguiendo la línea de los últimos tratados negociados por la UE, se observa la tendencia a eliminar los clásicos estándares de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad para el inversor, libre transferencia de rentas y prohibición de la expropiación (directa como indirecta) y optar en cambio por el establecimiento de listas taxativas con garantías expresamente delimitadas.

Prueba de ello, es que en el artículo 8.12 que hace referencia al Anexo 8-A (*expropriation*), del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA), ambas partes han estipulado su derecho a regular para alcanzar legítimos objetivos como: la salud pública, la seguridad, la protección de los consumidores, del medio ambiente, sin que la potestad regulatoria de los Estados receptores represente una expropiación. Así, en el numeral 3 del Anexo 8-A, se indica:

3. For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, *non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations* [cursivas añadidas] [Para mayor certeza, salvo en la rara circunstancia de que el impacto de una medida o serie de medidas sea tan grave a la luz de su finalidad que parezca manifiestamente excesivo, *las medidas no discriminatorias de una Parte que se diseñen y apliquen para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta*] [cursivas añadidas] (Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá, 2017)

- Tercero: establecer la relación de los tratados a negociarse a futuro con los ordenamientos jurídicos internos del Estado receptor de la inversión. Ello, con la finalidad de que no haya injerencia en la soberanía de los Estados y con las medidas empleadas por estos.

Todo lo esgrimido líneas arriba son, a grandes rasgos, las características de un sistema de apelaciones o corte multilateral que impulsa la posición europea en el enriquecedor debate que actualmente se suscita en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y que fueron presentadas por la Unión Europea y sus Estados miembros en enero de 2019. En simples palabras, lo que se busca es reformar el sistema tradicional basado en el arbitraje *ad hoc* y sustituirlo por un sistema judicializado permanente.

Las condiciones políticas actuales pueden suponer la plataforma perfecta para que la propuesta europea de una nueva política de inversiones tenga los visos de ser

considerada la «panacea», dado el estado actual del sistema de arbitrajes *ad hoc*. Esta propuesta contaría, en apariencia, con todos los elementos de los que carece el sistema actual de arbitraje *ad hoc*: coherencia, transparencia y total imparcialidad de los decisores. Este «repotenciado» sistema de tribunales de inversión permanentes tendría «lo mejor de dos mundos»: ciertas características del arbitraje y los beneficios de una sede judicial.

Un hecho a valorar es que esta súbita y «profunda inquietud» hacia un cambio por parte de la Unión Europea radica en que coincidentemente en los últimos años, países miembros de este bloque de integración han venido siendo demandados, por nacionales de otros países desarrollados e incluso intracomunitariamente, lo cual visibiliza un escenario que hasta hoy no era del todo cercano para ciertos países de este bloque: verse en la «posición de demandado», debiendo en consecuencia pagar cuantiosas indemnizaciones y ser usuarios de un sistema que «teóricamente» fue concebido para defender los derechos de los inversores extranjeros –predominantemente de países desarrollados– en los países de acogida o receptores de inversión –generalmente países en desarrollo o transición– por supuestamente no ofrecer las garantías para el inversor extranjero en sus jurisdicciones.

1.4 Una «cuestión» de legitimidad del sistema

Se puede desprender de todo lo expuesto líneas arriba, que la piedra angular que propicia una reforma del SCIE es una cuestión de legitimidad. Si bien el arbitraje internacional de inversiones emergió como una herramienta moderna y flexible –además de especializada– de resolver controversias entre inversionistas y Estados, circunstancia que antiguamente implicaba la participación activa de los Estados involucrados, hoy a más de medio siglo de existencia, ya ningún país o bloques de países –sin distinción de ser desarrollados o en vías de desarrollo, y a pesar de las experiencias en promedio positivas como usuarios del sistema– lo defienden a cabalidad.

Es más, reconociendo las falencias del sistema, incluso los países que adoptan el arbitraje de inversiones en sus modelos de negociación, han optado por incluir medidas o disposiciones que otorguen ciertos grados de deferencia a la actuación estatal.

En líneas generales, hay una serie de «problemáticas» que se atribuyen al sistema de arbitrajes de inversión, las cuales podrían ser consideradas *grosso modo*: la falta de

uniformidad y coherencia, la falta de transparencia en los procedimientos y el problema de la independencia e imparcialidad con la que deberían actuar los decisores. Estos son los tres ejes diagnósticos que motivaron las discusiones que hoy se suscitan en el marco del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI.

Ante la imposibilidad del establecimiento de un sistema multilateral de solución de controversias de inversión –mediando en ello aspectos idiosincráticos– han surgido una serie de propuestas que conducirían hacia una relación más «balanceada» entre los intereses de inversores y Estados.

Se observa que los nuevos AII, denominados de «última generación», incluyen consideraciones que sobrepasan los límites de los clásicos aspectos del comercio internacional, para incluir aspectos relacionados con los derechos fundamentales o derechos humanos. Esta nueva tendencia global ha provocado que, en arbitrajes de inversión más recientes, algunos tribunales arbitrales tengan cierto grado de deferencia para con los Estados, en la medida que son más tendentes a favorecer políticas públicas vinculadas a: salud, medioambiente, energías renovables, entre otros sectores. Hay que resaltar que este grado de «deferencia» tampoco es ilimitado.

La percepción de falta de legitimidad en los arbitrajes de inversión corresponde a la impresión de cierto sesgo a favor del inversor extranjero. Vale considerar que el *leitmotiv* que dio origen al establecimiento de todo un sistema jurídico internacional de protección de la inversión extranjera fue el considerar que el inversor extranjero se encuentra en una posición de «desventaja» con respecto al Estado receptor, en tanto este tiene una serie de instrumentos para desplegar sus facultades soberanas. Sin embargo, también es válido cuestionarnos si es que realmente el inversionista se encuentra en una posición de «indefensión». Más especialmente, cuando se trata de empresas multinacionales, las cuales pueden ejercer *de facto* fuertes presiones políticas en los Estados receptores, sobre todo en asuntos de medular importancia, que traspasan el simple interés económico.

Asimismo, es importante contar con una perspectiva más amplia sobre la materia, de cara a las negociaciones y renegociaciones de los tratados de inversión, más acorde a la tendencia global de protección de los derechos humanos, demostrando que el desarrollo del comercio y la empresa es compatible con la protección de los derechos fundamentales. El tema de la legitimidad es más que relevante, ya que remite a la tan

necesaria *confianza* que tienen los Estados y usuarios en general en el establecimiento del arbitraje de inversión o de cualquier otro mecanismo de administración de justicia.

El asunto de un cambio de paradigma, donde se parte de un sistema de arbitrajes de inversión *ad hoc* y se plantea un sistema con matices de «judicialización» o de permanencia, nos ilustra acerca del sustrato ideológico actual y la visión de futuro de los sistemas de solución de controversias de inversión y también nos expone la necesidad de cambios en el sistema actual.



CAPÍTULO II: TRES VARIABLES A CONSIDERAR SOBRE LA PERTINENCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO DE APELACIONES O DE UNA CORTE MULTILATERAL DE INVERSIONES

Está por demás señalar que se evidencia un «cisma» en el mundo del derecho internacional de las inversiones, siendo la discusión sobre el establecimiento de una corte de apelación o corte multilateral de inversiones –sin temor a equivocarnos– la más trascendental sobre la materia. Las posturas *grosso modo* son: modificar y mejorar el funcionamiento del sistema actual de arbitraje *ad hoc*, o más bien optar por un mecanismo de apelación o un tribunal multilateral de inversiones judicializado.

Llevar a cabo el análisis acerca de tan significativo debate –que supone un cambio en el sistema de solución de controversias de inversión– es una labor, por lo menos decir, harto ambiciosa. El poder llegar a una postura acerca de la conveniencia o no del establecimiento de un mecanismo de apelación o corte permanente, implica el análisis de una gran cantidad de variables, a tal punto que sería pretencioso buscar abarcar en un trabajo de investigación, todos los aspectos que involucran esta tan medular discusión en el mundo del derecho internacional de las inversiones. Por ello, nos permitimos hacer la acotación que, ante la imposibilidad de abordar todas las variables «en juego», en el presente trabajo de investigación nos circunscribiremos al análisis de lo que estimamos son las variables o ejes temáticos más álgidos acerca de la necesidad de reforma del régimen de solución de controversias inversor-Estado.

A continuación se expondrá las tres «variables» o ejes argumentativos a ser considerados en el presente trabajo de investigación para determinar la pertinencia o no de una instancia de apelación o corte multilateral, siendo estas: la desnaturalización del sistema de controversias inversor-Estado; luego se abordará, la consistencia, coherencia, posibilidad de exactitud y corrección del conjunto de decisiones del sistema de solución de controversias de inversión; y finalmente, el tratamiento del interés público en este tipo de controversias.

2.1 Sobre la desnaturalización del sistema de solución de controversias de inversión

La diversidad de los AII es una característica intrínseca del sistema. Los múltiples AII que se han venido estableciendo durante las últimas décadas nos dicen mucho sobre el afán de regular, mediante tratados internacionales, a las inversiones extranjeras. Ello de cierta manera –y en la práctica– ha conducido a que no exista un tratado unificado sobre inversiones, ni una institución, que norme de manera unívoca el derecho aplicable al tratamiento de la inversión extranjera. Siendo que, el derecho aplicable a las controversias de inversión son los más de tres mil tratados de inversión que existen a la fecha.

Distinto es el caso de lo que ocurre, por ejemplo, en materia de comercio internacional. En este escenario, sí hay un organismo regulador, a saber: la Organización Mundial del Comercio y un acuerdo de normas centralizado que conforma el ordenamiento legal del comercio internacional.

El derecho internacional de inversiones se caracteriza precisamente por esta diversidad de AII. Cada tratado sobre inversiones tiene un entorno particular que se ve reflejado en las estipulaciones de cada instrumento que fue negociado, firmado y ratificado por los Estados, de modo que, para esta condición empírica, resulta bastante sensato que se opte por –ante el surgimiento de una controversia de inversión– un sistema de arbitrajes *ad hoc*.

Como resulta coherente, ante la existencia de un solo cuerpo legal, sería justificable la existencia de un órgano de apelaciones o corte multilateral, situación que no ocurre en materia de la regulación de las inversiones extranjeras.

Y más bien aterrizando a la realidad, si es que aquellos que abogan por un nuevo sistema indican que la diversidad de los AII no es óbice para no «buscar cierta uniformidad», se observa que la gran mayoría de interpretaciones de los tribunales arbitrales *ya guardan* cierta uniformidad, respetando la particularidad de cada AII. Además, cabe puntualizar que los casos donde ciertamente hay interpretaciones que podrían considerarse «arbitrarias» son verdaderamente excepcionales.

El sistema CIADI –considerando que esta institución administra la gran mayoría de arbitrajes de inversión a nivel mundial– es un foro funcional. Prueba de ello es la membresía que ha ido aumentando con las décadas –siendo la década de los noventa la de mayor auge, debiendo destacarse que, hasta hoy, más Estados continúan

incorporándose, puesto que consideran que la figura del arbitraje es sin duda útil. El sistema que nació en la década de los sesenta ha salido airoso de los embates históricos y resulta una garantía para ambas partes.

Hay poderosas razones que no son meramente decorativas, que motivan a continuar apostando por el sistema de arbitraje *ad hoc* actual. Estas consideraciones prácticas son de vital análisis y justifican la continuidad de la existencia del arbitraje *ad hoc*.

La primera consideración a tomar en cuenta es la ejecución del laudo CIADI en el territorio del Estado parte de la controversia o de cualquier otro estado miembro del CIADI.

Para este análisis vale repasar el artículo 54, numeral 1, del Convenio CIADI o Convenio de Washington de 2006, donde se señala lo siguiente:

Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio *carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios* [cursivas añadidas] 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.

Este artículo también es de aplicación de los laudos CIADI en el resto del Estados parte del Convenio.

También en el artículo 52, numeral 1 del Convenio CIADI, se indica que solo cabe plantear el recurso de anulación, enunciándolo en los siguientes términos:

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la *anulación del laudo* [cursivas añadidas] mediante escrito dirigido al Secretario General.

Asimismo, en el artículo 53, numeral 1 del Convenio CIADI, relativo al reconocimiento y ejecución del laudo se indica:

(1) El laudo será obligatorio para las partes y *no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso* [cursivas añadidas], excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en

la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

Consideramos que, visto todo lo anterior, una futura decisión de una instancia de apelación o corte multilateral no cumpliría con las exigencias expuestas en el Convenio CIADI. Como se observa, la finalidad es asegurar la consecución de un laudo arbitral, ya que el laudo tiene que ser reconocido y ejecutado, y solo procede contra este un recurso de anulación, hecho que es reforzado en el artículo 53. Por tal motivo, podemos concluir que el nuevo sistema de solución de controversias propuesto no es compatible con el actual sistema CIADI.

La segunda consideración a tomar en cuenta es la ejecución del laudo CIADI en territorios de Estados que no son miembros del Convenio, en territorios distintos a los Estados que conformarían el nuevo sistema. Para este análisis, hay que remitirnos a la Convención de Nueva York. Así, en el artículo 1, numeral 1, de la Convención de Nueva York, se indica:

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las *sentencias arbitrales* [cursivas añadidas] dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

En este numeral se define el ámbito de aplicación de los instrumentos protegidos por la Convención. Asimismo, el artículo 1, numeral 2, es pertinente para determinar si es que las decisiones emitidas por una corte de apelaciones, o una corte multilateral, también podrían ser consideradas, como señala textualmente el artículo, como «sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes». La redacción del numeral 2 es la siguiente:

2. La expresión «sentencia arbitral» no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

La cuestión previa radica en si las decisiones emitidas bajo el nuevo sistema propuesto podrían ser consideradas como «sentencias arbitrales». La postura «reformista» señala que estas nuevas decisiones sí podrían ser consideradas como sentencias arbitrales, en tanto la aplicabilidad de la Convención de Nueva York dependerá de lo que cada corte nacional determine en el caso en concreto, siendo determinante el número de países que opten por este nuevo sistema de corte de apelaciones o corte multilateral. Mientras más voluntad de adhesión, habría más cortes y estas finalmente se someterían a la Convención de Nueva York. También se argumenta que, en caso ocurriera esta problemática –el de la ejecución de laudos arbitrales sobre inversión en territorios distintos al de la parte en controversia– el escenario sería bastante exótico. Ello muestra una contradicción evidente, puesto que si es que cada juez nacional sería quien en definitiva determine si es que estamos o no ante una «sentencia arbitral», entonces mal podría afirmarse categóricamente que las decisiones del nuevo sistema de apelaciones son equiparables a la noción de una sentencia arbitral, puesto que finalmente la calificación de las decisiones del nuevo sistema dependerán de cada juez doméstico, existiendo perfectamente la posibilidad que se determine que no estamos ante esta figura.

Este hecho provocaría un panorama bastante desfavorable e incierto, puesto que para dilucidar la problemática expresada líneas arriba, serían las cortes nacionales las llamadas a decidir la aplicación o no de la Convención, para el *caso específico*. Justamente ello es lo que se desea prevenir en el arbitraje de inversión; el hecho que la controversia tenga que verse sometida a la liberalidad de una corte nacional, cuando ya hubo un análisis en un procedimiento previo, conforme a la voluntad de las partes contenida en un tratado internacional. Como se aprecia, el actual sistema supera con creces este innecesario grado de incertidumbre. Ello genera que este sistema sea concordante con la naturaleza *especialísima* de esta clase de controversias, donde en un proceso con un amplio margen de especialización, se *asegure* que efectivamente la decisión acaecida sea *ejecutable*. Ello es uno de los principales fundamentos por los cuales las partes recurren al arbitraje *ad hoc*.

En tanto, en materia de ejecución de laudos en el nuevo sistema propuesto, hay que considerar que estos son naturalmente ajenos al sistema CIADI. El asunto radica en la «incompatibilidad» entre el sistema CIADI actual y el sistema propuesto. Nuevamente vale remitirnos a la más reciente práctica de la Unión Europea en la celebración de sus

tratados de inversión. En estos, se ha llegado a establecer que la Secretaría del CIADI administrará y hará el rol de secretaria del tribunal en una primera instancia.

Es en la práctica ya una realidad la existencia de un mecanismo de apelaciones y una corte multilateral y como prueba de ello tenemos tratados considerados de última generación celebrados entre la Unión Europea con Canadá y Vietnam, donde se ha establecido una primera instancia y un tribunal permanente de apelación, que funge como una corte de segunda instancia.

Ante lo inminente de la «coexistencia de dos mecanismos» para resolver las controversias sobre inversiones, en los tratados de «última generación» celebrados por la UE se busca salvar esta situación, apelando al artículo 41, numeral 1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

En el artículo 41, numeral 1 de la Convención de Viena de 1969 se señala:

1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

- a) si la posibilidad de tal modificación esta prevista por el tratado: o
- b) si tal modificación no está prohibida por el tratado a condición de que:
 - i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones: y
 - ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

Mencionado esto, los «reformistas de la UE» indican que son los mismos Estados que soberanamente negocian y contraen obligaciones internacionales mediante tratados con otros Estados y son los mismos Estados que ejecutarán lo estipulado. Con la existencia de un tratado que someta sus controversias a este «nuevo sistema judicializado», situación que constituye la expresión máxima de la intención de los Estados de comprometerse, es posible –en cada caso particular– dar fuerza de sentencia nacional a los laudos que serán emitidos por el nuevo sistema de apelación y corte permanente, debiendo acatar los Estados intervinientes en el tratado lo decidido por las cortes de inversión. De esta manera, primaría la voluntad, el compromiso asumido e incluso se cumple con lo señalado por la Convención de Viena. Es más, supuestamente al no haber incompatibilidad alguna con el arbitraje CIADI, el sistema podría

perfectamente funcionar de manera independiente y sería adoptado por los Estados que deseen adscribirse a este nuevo sistema y contar con mecanismos de ejecución propios.

Ante esta interpretación, vale recordar el artículo 66 del Convenio CIADI, que sigue:

(1) Si el Consejo Administrativo lo aprueba por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, la enmienda propuesta será circulada a todos los Estados Contratantes para su ratificación, aceptación o aprobación. Las enmiendas entrarán en vigor 30 días después de la fecha en que el depositario de este Convenio despache una comunicación a los Estados Contratantes notificándoles que todos los Estados Contratantes han ratificado, aceptado o aprobado la enmienda.

(2) *Ninguna enmienda afectará los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dichos Estados nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.* [cursivas añadidas]

La interesante interpretación de la postura que plantea la convivencia entre el sistema CIADI y un mecanismo de revisión de decisiones, pasa por observar si es que el artículo 66 del Convenio CIADI supone una prohibición para tal propuesta. En tal sentido, podemos apreciar que en el numeral 2 se indica que ninguna «enmienda» efectará derechos y obligaciones asumidas con anterioridad conforme al Convenio CIADI. En tal sentido, es posible que los «*acuerdos que tengan por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas*» –remitiéndonos al artículo 41 numeral 1 de la Convención de Viena– haga referencia a los nuevos tratados que establecen el nuevo mecanismo de apelación o corte permanente de solución de controversias en sus textos.

Como se puede apreciar, sí es posible que los Estados establezcan en sus AII una instancia de apelación o una corte permanente a la par de la existencia del sistema CIADI, ya que el Convenio no lo prohíbe. En ese sentido, se tiene que tomar en cuenta que los casos donde las partes se hayan sometido a la jurisdicción del CIADI, previo a la entrada en vigor del nuevo tratado que establezca el sistema propuesto, no se verán afectados retroactivamente por el nuevo tratado. De hecho, como ya expusimos previamente, los tratados que establecen el nuevo sistema de solución de disputas relativas a inversiones

ya son una realidad que se ha visto concretada en los más modernos tratados celebrados por la UE.

Por otro lado, el hecho que los AII guarden similitud en sus redacciones y que el abordaje en la interpretación de los estándares de protección de las inversiones se ha ido perfeccionando con la práctica, no debería ser suficiente fundamento para que se establezca una instancia de apelación o una corte multilateral de inversiones. Argumentar que, en la medida que se ha observado en la práctica que en ciertos procesos arbitrales internacionales de inversión, se ha visto un enfrentamiento entre un mismo problema para el mismo tratado de inversión aplicable y que por tal, sería eficiente unificar la labor interpretativa de los tribunales, bastando un simple control de los lineamientos en la decisión de un tribunal, es una generalización trivial. Se caería en el reduccionismo al afirmar que para solucionar tal problema planteado y que para salvar esta «falla» y hacer más predecible, celerar, uniforme y armónica la tarea de los tribunales, sea pertinente el establecimiento de una instancia de apelación, dada la «imperiosa» necesidad de optar por un mecanismo que sea capaz de corregir *cualquier* atropello o exceso por parte de los tribunales arbitrales.

En esta instancia, pareciera que el establecimiento de una corte de apelación o corte multilateral de inversiones fuera una suerte de «bálsamo milagroso» que aliviaría *todo* riesgo de interpretaciones antojadizas por parte de los tribunales arbitrales actuales, en tanto atentan contra la capacidad de los Estados de adoptar cualquier medida regulatoria. Recordemos una cuestión de índole práctica que ya se expuso líneas arriba: la diversidad intrínseca de los AII. Mientras la fuente que «gatilla» una controversia de inversión sean los más de tres mil AII y no un cuerpo legal unificado, entonces mal podríamos hablar de la pertinencia del establecimiento de una instancia de apelación o corte permanente de inversiones.

2.2 Sobre la consistencia, coherencia, posibilidad de exactitud y corrección del conjunto de decisiones del sistema de solución de controversias de inversión

Resulta más que evidente que la implementación de una corte de apelaciones o corte multilateral determinaría incurrir en mayores costos a quienes opten por emplear este sistema. Los mayores costos no solo se darán por la logística que trae consigo el funcionamiento de un sistema permanente de cortes multilaterales de inversión, dada la duración de los procesos –ya que estos tendrían más instancias. Ello implica que los tiempos se extenderían y, por lo tanto, habría que asignar una mayor cantidad de recursos.

No obstante, también resulta válido formularse si es que la institución del nuevo sistema justifica que se incurra en mayores costos para evitar «peligrosas arbitrariedades» por parte de los tribunales arbitrales. Apreciamos que no es posible afirmar que con el advenimiento de un nuevo sistema, «mágicamente» los Estados ya no tendrán que incurrir en gastos adicionales por concepto de onerosas indemnizaciones, ni que los inversores se abstendrán de interponer más demandas frívolas, así como tampoco se evitarán las interpretaciones «poco predecibles» de los tribunales arbitrales.

Para continuar con el hilo argumentativo, cabe ser lo medianamente razonables para comprender que no hay certeza de que, al establecer una corte de apelación o una corte multilateral de inversiones, se vaya a lograr *efectivamente* que todas las decisiones sean coherentes, correctas y uniformes, ni que finalmente se logre una suerte de «jurisprudencia arbitral».

Las críticas al actual sistema hacen referencia a la «diversidad» del derecho internacional de las inversiones. Esta «diversidad» generaría una suerte de «maraña» de tratados, lo cual traería consigo que las decisiones sean «dispersas». Justo esta «dispersión» originaría las inconsistencias del sistema, pudiendo resultar en incoherencias en las decisiones, como por ejemplo; que controversias que se originen de un mismo tratado sean interpretadas por los tribunales arbitrales de manera disímil.

Y ya que lo que se discute es la naturaleza diversa, propia del arbitraje de inversión, argumentándose que esta propicia una suerte de «caos» en el sentido interpretativo de las decisiones arbitrales, Gaillard y Fernández Arroyo (2013) señalan:

Una justicia impartida por tribunales que son específicamente designados para resolver un caso en concreto, sin formar parte de una jurisdicción organizada

jerárquicamente y desvinculada de los demás tribunales arbitrajes, lleva instantánea e instintivamente a pensar en la imposibilidad del desarrollo de una jurisprudencia arbitral. Desde una posición muy dogmática, hasta se podría llegar a negar la noción en sí. (p. 225)

Sin embargo, el arbitraje es el mecanismo empleado por excelencia en las controversias relativas a inversiones, imponiéndose en la práctica criterios interpretativos que guardan cierta uniformidad y coherencia, respetando las situaciones fácticas particulares y las estipulaciones de los AII. Continuando con Gaillard y Fernández Arroyo (2013), los autores bien exponen: “la práctica arbitral muestra a menudo una coherencia sorprendente, incluso a escala prácticamente global, lo que es casi imposible alcanzar en cualquier ámbito de la jurisprudencia judicial” (p.225).

Resulta exagerado por parte de los reformistas indicar que el actual sistema de arbitrajes *ad hoc* es el escenario «ideal» para que las decisiones incorrectas e incoherentes de los tribunales arbitrales puedan manifestarse y afectar en el deber de mayor exactitud, coherencia y corrección de las decisiones arbitrales. Y que además resulte «inadmisible» toda interpretación antojadiza e impredecible de los tribunales arbitrales.

Para adentrarnos en el análisis, es importante señalar que siempre es necesaria la corrección en todo sistema de administración de justicia, especialmente en materias sensibles que afectan derechos colectivos.

La tan criticada falta de uniformidad y corrección de las decisiones arbitrales o adjudicados «errores» en los laudos arbitrales no se deben precisamente a los argumentados excesos procesales o interpretaciones inconexas de los tribunales arbitrales. Sería mezquino aseverar que las interpretaciones hechas por árbitros expertos no son legítimas, que son antojadizas, o bien, son parcializadas. Aquellos que afirman que habría un sesgo en las decisiones de los tribunales *ad hoc*, quienes ignoran las interpretaciones autoritativas de los Estados, que los árbitros son ajenos a la idiosincrasia del Estado y su funcionamiento, pecan de hacer una grosera generalización.

En el sistema CIADI y cortes nacionales solo cabe interponer el recurso de anulación o denegación de reconocimiento y ejecución. Al solo existir este mecanismo, los críticos del sistema señalan que el recurso de anulación se ha visto empleado, en la

práctica, como una instancia de apelación, donde se evalúan temas argumentativos, cuestión que claramente no está permitida, por lo que este problema provocaría la dilación de los procesos. Ante esta circunstancia, el «remedio» sería el establecimiento de una corte de apelación, a modo de «sinceramiento». Se argumenta que así se evitaría «forzar argumentos» propios del recurso de apelación, para que «encajen» en el recurso de anulación o no reconocimiento. Cabe indicar que estas conductas en contra de la buena fe, atribuidas exclusivamente a los inversionistas, son ya *técnicamente* evaluadas por los tribunales arbitrales actuales, los cuales evalúan o no su procedencia.

Es razonable pensar que la interpretación del texto del tratado y el análisis de las circunstancias fácticas que llevan a cabo los tribunales arbitrales para el caso en concreto, no constituyen en sí mismas «arbitrariedades» que favorecerían a los inversionistas. Entonces, si no podemos fundamentar una reforma en torno a fundamentos subjetivos, tampoco sería sensato pensar que por el solo hecho de establecer una propuesta de reforma, se asegure con certeza que los laudos ya no serán más diversos o parcializados, precisamente, porque el análisis dependerá siempre del caso en concreto. En la práctica, cierto modo de «corregir» estos «errores» es empleando mecanismos como las notas o declaraciones interpretativas de los AII.

Tampoco la uniformidad tiene que ser un objetivo inequívoco, puesto que si se buscara que *todas* las decisiones fueran uniformes, se corre el riesgo que los decisores apuesten por posturas extremas y sesgadas; ya que se emitirían decisiones a favor de los inversionistas o de los Estados, no cabiendo «puntos medios». En el documento A/CN.9/930/Add.1/Rev.1 del Grupo de Trabajo III, párrafo 29, se expone que la búsqueda de uniformidad debe estar enfocada en determinar si en los laudos, los tribunales interpretan correctamente los tratados y de conformidad con las normas del derecho internacional público, y no si los laudos de unos tribunales resultan uniformes respecto de los otros. Adicionalmente, se indica que el objetivo de la uniformidad no debería ser que las disposiciones idénticas o similares se interpreten de manera idéntica en todas las circunstancias, sino asegurar que no se produzcan faltas de uniformidad injustificables. Asimismo, se atribuye la ausencia de uniformidad en las decisiones, a la ambigüedad o falta de claridad del lenguaje de los tratados. En el párrafo 33 del mismo documento, se argumenta que la uniformidad y coherencia del sistema jurídico es de interés de todas las partes; en tal sentido, un mecanismo de solución de controversias que

produzca laudos injustificados y contradictorios resultaría imprevisible, y como consecuencia, carecería de credibilidad y legitimidad.

2.3. La cuestión del interés público en las controversias de inversión

Este es quizás el principal y más notorio fundamento que justifica un cambio de paradigma en materia de solución de controversias de inversión. En el arbitraje de inversión *ad hoc*, son árbitros privados que se desempeñan en tribunales internacionales, quienes decidan sobre materias que largamente trascienden la esfera netamente privada, tan típica del arbitraje comercial. Las características intrínsecas del arbitraje de inversiones hacen que este sea de una naturaleza *especialísima*, considerando que se interpretan los alcances de medidas estatales y que en muchos de los casos se abordan temas de interés público.

El concepto de interés público no es del todo definible, ni es un concepto estático en el tiempo, por lo que dependerá de las circunstancias históricas la noción que se le atribuya, pero que generalmente está vinculado a la noción del bienestar común o colectivo. Aún así, intentando dar un concepto al interés público, Kundmüller (2009) señala:

El interés público comprende la noción de bien público general, que engloba los intereses de todas las personas sin distinción alguna. Esto supone un *equilibrio entre los intereses económicos, ambientales, sociales y otros*. [cursivas añadidas]

Dichos intereses *no son estáticos y pueden cambiar*. [cursivas añadidas] Esto ocurre en la medida que se produce la evolución de las preferencias y los valores de la sociedad. En consecuencia, el interés público mantiene una línea evolutiva generalmente inspirada por la necesidad de alcanzar el bien común y contrasta con el interés de una persona o incluso con el interés de un grupo reducido de personas.

Adicionalmente, podemos entender al interés público en términos del interés del Estado y de los ciudadanos que constituyen dicho Estado. (p.288-289)

Pese a las muchas perspectivas desde las cuales se puede abordar al interés público, se le puede considerar tanto como un principio político de la organización estatal, en la medida que opera como una proposición ético-política fundamental que supone todas las decisiones gubernamentales; y como un concepto jurídico, en tanto, el interés

público permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo. (Fernández Vázquez, 1981, p. 606)

Como se advierte, habría una aparente discordancia entre el método arbitral, o si se desea ser más comprensivo, del sistema de arbitrajes de inversión *per se* y la potestad regulatoria del Estado. Este aparente dilema pone en cuestionamiento el funcionamiento de un sistema «visiblemente desbalanceado», donde se limita la potestad soberana de los Estados de regular y se es proclive a favorecer intereses de los inversionistas extranjeros, en desmedro del interés público.

Quienes proponen el cambio de sistema alegan que el uso de este mecanismo ha provocado que haya una «infraestimación» de lo trascendente de las materias que son sometidas a arbitraje. Continuando con este criterio, los decisores o árbitros privados del sistema de arbitrajes de inversión *ad hoc*, provocan que el sistema actual carezca de legitimidad, dada la falta de transparencia y certeza de sus decisiones.

Autores como Van Harten (2010) indican que las bases del Estado de Derecho o *rule of law* se fundamentan en altos niveles de equidad procesal en la adjudicación y salvaguardias institucionales de independencia. Los AII han reemplazado a los ordenamientos domésticos y cortes domésticas. Ello implica que se «distorsione» la forma de adjudicación de derecho público y que los árbitros de los tratados de inversión carezcan de las salvaguardias institucionales para su independencia, tales como: salarios fijos a los jueces, prohibición de remuneraciones externas, seguridad en el cargo para aislar presiones y medios objetivos para asignar a los jueces a casos específicos.

También es cuestionable que los árbitros de los tratados de inversión tengan carreras muy vinculadas a los intereses de la «industria del arbitraje» que finalmente terminan siendo «negocios privados». Como es de suponerse, los árbitros operan en un «mercado privado» que alteraría sus tomas de decisión. De esta manera, se podría sospechar razonablemente de su parcialidad a favor de los inversores en el actual sistema de tratados de inversión. Todo ello supondría el origen de la falta de equidad y rigor en la solución de controversias de inversión.

El actual sistema de arbitrajes de tratados de inversión no satisfaría los requisitos del Estado de Derecho, al ignorar las salvaguardias de la independencia que sí están presentes en los sistemas judiciales nacionales. Otra arista criticable es que las

salvaguardias de independencia judicial sean ignoradas solo cuando los inversores extranjeros presentan demandas internacionales contra Estados. La independencia no es un «atributo artificial» que pueda ser dejado de lado, como al parecer ha sucedido en la tradición liberal occidental, lo cual deriva en un escenario de claros abusos de poder (pp. 36-39).

Esta «insalvable riña» justificaría que los Estados pretendan someter sus controversias de inversión a un mecanismo donde las decisiones de los Estados cuenten con un mayor grado de deferencia. También vale recordar que son los mismos Estados quienes décadas atrás expresaron su voluntad de adhesión al régimen actual en sus tratados de inversión, dadas las circunstancias ideológicas de ese entonces. Un hecho que resulta irrefutable es que hay una necesidad de reformulación, por lo que los Estados también podrían apelar voluntariamente, una vez más, a un cambio de sistema.

Lo que sí es apreciable son los más modernos tratados de inversión o modelos de negociación de los mismos, los cuales incluyen consideraciones sobre derechos fundamentales y establecen el derecho a regular, otorgando un mayor grado de acción a los Estados para determinar sus políticas públicas sobre materias especialmente sensibles. Ello se ha establecido en el CETA, el Acuerdo de Protección de Inversiones entre la UE y Singapur de 2018, el nuevo Tratado de Libre Comercio entre la UE y México, o el modelo TBI de la India (2015) o bien la política de inversiones del Brasil o Sudáfrica.

Es manifiesto que cuestiones sobre el interés público deben ocupar un lugar predominante sobre intereses privados. En este escenario es que se plantea el establecimiento de una corte de apelación o corte multilateral que aportaría una auténtica legitimidad al sistema, donde las decisiones sean coherentes, correctas y uniformes, menguando los riesgos de favorecimiento a intereses comerciales o privados. No obstante, encontramos que este debate no debe circunscribirse a una «pugna» ideológica, sino más bien a un análisis de corte más realista y técnico. El solo hecho que un Estado alegue una mengua en su capacidad regulatoria, no basta para justificar un cambio sistémico. Lo más idóneo por el momento es que se analice el caso particular y se evalúe si es que efectivamente determinada medida estatal pudo resultar abusiva con un inversionista extranjero.

El concepto de interés público es *flexible*, por lo que se requiere que los mecanismos empleados para resolver las controversias de inversión lo sean de igual

medida. El arbitraje de inversión cuenta con la flexibilidad necesaria en la medida que corresponde a un disperso cuerpo normativo, fundamentado en los AII. Y como los arbitrajes de inversión se sustentan en tratados de inversión, lo que correspondería es que en el texto de estos se incluya expresamente cláusulas de excepción, también conocidas como medidas no precluidas, de manera que se dé un margen de actuación a los Estados en aspectos considerados sensibles y que se salve la crítica que relaciona al arbitraje de inversiones con el socavamiento de las facultades soberanas estatales.

Los «vientos modernos» nos llevan a tomar especial atención a derechos que indiscutiblemente son prioritarios, pero, no hay que perder la brújula y reconocer que el sistema de arbitrajes *ad hoc* significó el inicio del avance para la integración de los países y que de cierto modo garantiza un ámbito de solución de controversias menos perturbado por presiones que en otras épocas hubiera originado grandes estragos.

La gran mayoría de casos que se originen en estos tiempos se sustentan y sustentarán en los textos de los antiguos tratados, provenientes de una impronta promotora y de protección de las inversiones extranjeras. Es decir, que la propuesta de cambio de sistema es paralela a los casos, que por ejemplo, se deriven de la pandemia. Evidentemente, cada caso se analizará a la luz de los estándares de protección de las inversiones, pero también deberán ponderarse los intereses de los Estados en una coyuntura de desconcierto, como la actual. Podemos concordar que habrá cierto límite temporal en que los Estados pretendan justificar las medidas que fueron adoptadas para salvaguardar un bien jurídico superior, como puede ser el de la salud pública. Pero, remitirse a este argumento de manera recurrente, durante un largo periodo de tiempo, sería irracional y desproporcionado. Este tipo de análisis, caso por caso, es muy compatible con la naturaleza de los arbitrajes *ad hoc*.

No es válido justificar la irracionalidad, ni la arbitrariedad de ninguna de las partes, ni en el caso de los Estados, ni en el de los inversores extranjeros. Estos nuevos tiempos nos deben hacer notar aún más las fisuras o aspectos perfectibles del actual sistema, para mejorarlos y evitar el abuso. Asuntos como las actuaciones de los decisores en situaciones de conflictos de interés y casos de corrupción, sin lugar a dudas tienen que ser debatidos y replanteados.

En cuanto a si hay suficientes motivos para «dejar de apostar» por los arbitrajes de inversión, valoramos que esta institución no debería ser dejada de lado de manera tan

determinante, al ser útil para resolver de manera *efectiva* las controversias de inversión. Eso sí, habrá que reformular varias aristas –que corresponden a las críticas que se hacen al actual sistema– que durante la práctica arbitral de las últimas décadas han sido percibidas. Vale recordar que a la fecha, son pocos los tratados donde se ha adoptado un mecanismo permanente y habrá que esperar un tiempo para tener resultados de potenciales casos que se fundamenten en estos modernos tratados de inversión.

Con todo, lo que este sistema ha demostrado es que cuenta con la *flexibilidad* necesaria para lograr su principal cometido: el de resolver de manera celeridad, pero sobre todo *flexible*, las controversias de inversión. Ahora, en un sistema de solución de controversias tan *especial* –considerando que no estamos ante un arbitraje comercial– habrá que ponderar qué es primordial: la celeridad, la justicia o la finalidad de los procesos. Evidentemente, debe primar la justicia, en el sentido que se debe dar prioridad a la correcta aplicación del derecho. Tanto la celeridad como la finalidad son aspectos sin duda relevantes, pero que también podrían ser característicos de cualquier otro mecanismo, como el arbitraje comercial internacional, por ejemplo. Pero, considerando que en los arbitrajes de inversión se discuten intereses públicos contenidos en las facultades regulatorias de los Estados receptores, siempre será preferible un laudo correcto, especializado y legitimado, en vez de uno inmediato e impreciso.

Las tres variables expuestas en el presente trabajo constituyen un análisis muy puntual –dado lo vasto y amplio del debate– sobre la *pertinencia* del establecimiento de un mecanismo de apelación o corte permanente.

Naturalmente, pueden desplegarse nuevas razones históricas y sociales que precipiten cambios, pero no estimamos que sea necesario un cambio *medular*, sin que previamente medie un análisis más sistémico que nos lleve a concluir que el sistema actual efectivamente está *quebrado*.

Las críticas al actual sistema de solución de controversias de inversiones guardan correlato con la realidad práctica y mal haríamos en ignorarlas de plano. No obstante, debemos indicar que el debate es incluso mucho más profundo que el solo limitarnos a discutir sobre qué sistema es el más pertinente. Si tomamos en cuenta que la fuente que habilita los mecanismos de solución de disputas de inversión son los más de tres mil AII, en la medida que no exista un cuerpo legal multilateral en materia de inversiones

extranjerías que sea aplicable a este tipo de controversias, las críticas estarán lejos de ser atendidas.



CAPÍTULO III: BALANCE DE ASPECTOS OPERATIVOS EN CASO DEL ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO DE APELACIONES O CORTE PERMANENTE

En el capítulo anterior hemos expuesto las tres variables consideradas en la discusión en torno a la pertinencia del establecimiento de un nuevo sistema o régimen de solución de controversias de inversión. Complementando estas tres consideraciones, en el presente capítulo expondremos una serie de consideraciones de orden práctico que demuestran que no es lo más conveniente, en el contexto actual, optar por un nuevo *modus* de resolución de controversias de inversión. También hay que puntualizar que ya existen tratados de inversión que han optado por someter sus controversias de inversión a instancias de apelación o corte permanente, por lo que, en las siguientes líneas nos proyectaremos *as if* «como si» estuviéramos ante una instancia de apelación, intentando hacer un ejercicio de futurología.

3.1 Aspectos operativos a considerar en un potencial órgano de apelaciones o de una corte multilateral de inversiones

Es fundamental tomar atención a la naturaleza «fragmentada» del sistema de inversiones, de cara al establecimiento de una corte de apelación. No es un asunto poco relevante que haya más de tres mil acuerdos internacionales de inversión que correspondan de cierta manera a los intereses de los Estados parte de la negociación. Ello nos conduce a pensar que el sistema debe ser *flexible* en sí mismo, siendo que el origen del sistema de solución de controversias se fundamenta en tratados de inversión.

La particularidad de cada tratado de inversiones se complementa muy bien con la naturaleza del procedimiento arbitral y de los laudos que de este resulten. Es ya conocido que los laudos arbitrales no son vinculantes o constituyen precedentes para otros tribunales. El hecho que los análisis de los tribunales se hagan caso por caso (*ad hoc*) y que sean vinculantes solo para las partes de la controversia y respecto del caso en particular, corresponde al escenario actual del sistema de protección de las inversiones,

basado en las estipulaciones de los tratados de inversión. No obstante la claridad teórica, en la práctica arbitral, “casi todos los tribunales arbitrales apoyan sus decisiones en aquellas proferidas por otros tribunales. Algunos lo han hecho sin indicar a qué título, mientras que otros se refieren explícitamente a la ‘jurisprudencia arbitral’” (Cano Valencia et al, 2019, p. 22)

Consideramos que si bien en la práctica, los tribunales hacen referencia de manera «indirecta» a otras decisiones, mientras que los sistemas de solución de controversias de inversiones –cualesquiera que sean– se fundamenten los tratados de inversión; con redacciones que excluyan la posibilidad del establecimiento de jurisprudencia o de la doctrina del precedente, y otros donde se establezca una corte permanente, se corre el riesgo de que un tribunal arbitral resuelva determinada controversia bajo el actual SCIE, donde no es posible establecer una «jurisprudencia arbitral»; y por otro lado, que una corte de inversiones resuelva la controversia empleando el nuevo sistema «permanente», donde posiblemente se podrá formar criterios jurisprudenciales o precedentes. Los resultados de esta situación para inversores y Estados podrían ser de lo más impredecibles, puesto que tanto inversores como Estados potencialmente serán usuarios de los dos sistemas de manera simultánea; y presentarse casos donde haya total independencia de lo estipulado en los laudos, y paralelamente, casos donde sí tengan que observarse criterios jurisprudenciales o de precedentes. El éxito de un nuevo sistema basado en cortes internacionales permanentes, dependerá en todo caso, del número de países que se adhieran al nuevo sistema. La coexistencia de ambos sistemas podría generar una serie de inconvenientes que provocaría que los sistemas de solución de controversias de inversión devengan en ineficientes.

Por otro lado, la CNUDMI, en la serie de sus Informes del Grupo de Trabajo III, encuentra que las decisiones provenientes de un mecanismo de apelación no deben tener un valor de precedente. En consecuencia a todo lo expuesto anteriormente, podríamos afirmar que no es realmente necesario un cambio de sistema, cuando realmente no es posible asegurar la «previsibilidad» estableciendo una corte de apelación que suponga que se conforme una jurisprudencia o implique que existan precedentes vinculantes, considerando que el cambio de sistema se sustenta en que se consiga mayor coherencia, uniformidad, corrección y previsibilidad en las decisiones. Los cambios serán solo

perceptibles cuando se incorpore una mayor cantidad de países al nuevo sistema, para poder referirnos a resultados concretos.

Opinamos que el establecimiento de un mecanismo de apelación o corte multilateral tiene una serie de factores prácticos a analizar, para ponderar si es que es realmente necesario, pertinente y conveniente emprender todo un cambio sistémico.

Habría que ser muy conscientes que establecer una corte de apelación o una corte multilateral de inversiones implica modificar totalmente la naturaleza del arbitraje de inversión, donde se busca arribar en un tiempo comparativamente más reducido a una justa decisión, con carácter definitivo y que sea ejecutable de manera inmediata. Todas estas son bondades que se puede afirmar, son inherentes al sistema actual y han tenido –generalizadamente– bastante éxito.

Podría criticarse que el establecimiento de una segunda instancia fomentaría la interposición de una serie de apelaciones sistemáticas e infundadas por la parte que haya obtenido una decisión desfavorable en el proceso arbitral, puesto que actualmente, se ha podido percibir que con el recurso de anulación que es admitido en el sistema CIADI, la parte que no obtuvo un resultado favorable a ella, en algunas ocasiones «fuerza» el recurso de anulación e intenta que en la práctica el tribunal se pronuncie sobre el fondo, tal como si fuera una instancia de apelación.

Un reformulado sistema de solución de controversias de inversión tendría que contar con ciertas características como: exámenes de procedencia bastante acuciosos, tomando en consideración la desestimación temprana de las apelaciones manifiestamente infundadas y un sistema de garantías de pago de costas, de modo que haya un filtro de control de la procedencia de las mismas y del manejo de la carga de trabajo.

En cuanto a la procedencia para interponer excepciones, el modelo de la Regla 41, párrafo quinto de las Reglas de Arbitraje del CIADI, indica:

(5) Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de

una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico.

Como se aprecia, en el actual sistema ya existe un mecanismo de disuasión. En un potencial sistema de apelación o corte permanente, sería importante insistir en la presencia de estos dispositivos, con la finalidad de evitar las prácticas de mala fe procesal –ante la interposición de recursos infundados– para lo cual se podría condenar a la parte infractora con una garantía de pago de las costas. Este asunto puede ser abordado con más eficiencia en el sistema arbitral actual, más que en una instancia de apelación.

Una de las virtudes del arbitraje es el de ser un mecanismo célere, con reglas simples, claras y altamente especializado. Un mecanismo de apelación *per se* podría significar que el sistema de solución de controversias se torne mucho más complejo de lo que debería ser. Ello conduciría irremediablemente a la ineficiencia, siendo esta harto pernicioso, considerando la trascendencia de los asuntos que se discuten en las controversias de inversión. Esta ineficiencia se vería reflejada en una mayor carga procesal y por consiguiente en la duración de los procesos, así como en el costo de los mismos. Aún así, resulta legítimo tener presente si es que estaríamos dispuestos a asumir una mayor onerosidad en aras de un sistema más coherente y predecible.

A fin de esclarecer el panorama, el asunto del impacto en los costos en las controversias inversionista-Estado ha sido analizado en varios informes del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, sobre las labores realizadas en los 34º, 38º y 39º periodos de sesiones. De estos informes anteriormente mencionados podemos extraer una serie de conclusiones:

- (i) Que los procesos prolongados y onerosos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, generalmente plantean dificultades y desafíos prácticos para los Estados y para los inversionistas, dada la naturaleza misma de esta clase de procesos, que exige el empleo intensivo de recursos. Así, hay una relación entre la duración y el costo de los procesos, en tanto los procesos

más prolongados probablemente conllevarían a mayores costos. En tal sentido, el solo hecho de incorporar disposiciones sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados en los tratados de inversión podría tener consecuencias financieras para los Estados frente a las reclamaciones.

- (ii) Que resulta difícil justificar para los Estados en desarrollo, que generalmente cuentan con escasos recursos financieros, la utilización de fondos públicos para hacer frente a los elevados costos del proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Podría considerarse que los costos y los laudos dictados contra esos Estados podrían no ser compatibles con las urgentes necesidades de desarrollo de estos países. El hecho de contestar una demanda significa ya una carga desproporcionadamente onerosa para los funcionarios de los Estados más pequeños.
- (iii) Que podría limitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los mecanismos del sistema de solución de controversias, dado el elevado costo de los procesos de solución de controversias inversionista-Estado. Esto privaría a esos Estados de la protección que les ofrecían los tratados de inversión.
- (iv) Que hay una serie de alternativas que pueden ser adoptadas para evitar que las partes incurran en mayores costos. Los Estados deben tomar medidas efectivas para controlar la duración y el costo de manera eficiente. Además, los Estados deben: seleccionar cuidadosamente a sus abogados y especialistas, ser ponderados en la elección de árbitros e instituciones arbitrales, acordar calendarios procesales, dividir los procesos y la posibilidad de solicitar que se desestime el caso en una etapa temprana, de ser posible. Estas medidas podrían conducir a acortar la duración y los costos del proceso.
- (v) Que los Estados tienen la posibilidad de incluir en sus tratados de inversión mecanismos para reducir la duración y el costo del proceso. Cabría la posibilidad de recurrir a las negociaciones, consultas, gestiones diplomáticas, mediación, como alternativas distintas del arbitraje. Además, cabe puntualizar que en ciertos tratados de inversión se estipula la desestimación de las reclamaciones infundadas en una etapa temprana y la acumulación de acciones o procesos, además de contener disposiciones sobre la asignación

de costas, así como de formas eficientes para constituir un tribunal arbitral, como podría ser la designación del árbitro en la primera notificación de la reclamación, ganando celeridad.

- (vi) El Grupo de Trabajo examinó métodos alternativos de solución de disputas de inversión, tales como: la mediación, la conciliación y otras formas de métodos alternativos de solución de controversias. De este análisis se determinó que, empleando estos métodos, se incurre en costos inferiores y menos tiempo que en el arbitraje, con el beneficio de ofrecer a las partes litigantes un grado elevado de flexibilidad y autonomía, al permitir el mantenimiento y la mejora de las relaciones a largo plazo y la protección de las inversiones extranjeras a través de la adopción de medidas adecuadas, lo cual, a su vez, cumplía el propósito de evitar las controversias e impedir que se agraven los conflictos.
- (vii) El Grupo de Trabajo estudió la posibilidad de elaborar cláusulas modelo, en el marco del empleo de métodos alternativos de solución de controversias en los tratados de inversión. En las referidas cláusulas: i) se señalaría las medidas procesales que serían útiles para las partes litigantes; ii) se orientaría a las partes sobre el modo de llevar a cabo una mediación; iii) se establecería plazos realistas; y, iv) se podría imponer la mediación obligatoria como requisito previo al arbitraje. En relación con esta última cuestión, se señaló que la obligación de que las partes sometan su controversia a mediación sería perjudicial en determinadas situaciones y resultaría incompatible con la naturaleza del proceso de mediación, que es voluntario.
- (viii) Habría que hacer un énfasis en el uso de otros mecanismos de solución de controversias en el marco del SCIE, dado que son infrautilizados. No obstante, el Grupo de Trabajo indica que existen obstáculos estructurales, legislativos y de política, específicos para cada Estado. Además, considera que no todas las controversias son compatibles con la mediación, por lo que debería evaluarse que las «potenciales vías alternativas» no generen consecuencias no deseadas, a modo de ejemplo: que los reguladores no actuaran debidamente en aras del interés público.
- (ix) También habría que hacer una especial ponderación entre el tiempo empleado y los gastos que podrían considerarse «excesivos» o «injustificados» y los que podrían calificarse de «necesarios» o «justificados». Ello con la finalidad

de buscar un equilibrio entre la calidad de los resultados y el deseo de reducir la duración y el costo. Para establecer parámetros con respecto al tiempo y lo que se considere como gastos «injustificados», se mencionaron varios mecanismos procesales, tales como: la posibilidad de dividir una demanda para sustanciarla en dos procesos separados, la desestimación rápida de demandas infundadas, la acumulación de demandas paralelas y el establecimiento de normas claras y definitivas sobre la asignación de las costas en las que se tuvieran en cuenta la proporcionalidad y también la conducta de las partes. En cuanto al empleo del tiempo y lo que se considere como gastos «justificados», se indicó que se podría emplear mecanismos como calendarios procesales, instituciones de arbitraje y tecnologías modernas. Adicionalmente se mencionaron: el establecimiento de plazos y aranceles fijos y la capacitación de los árbitros en materia de gestión de casos.

Por todo lo antes mencionado, resultaría muy osado aseverar que un cambio de sistema por sí mismo acrecentaría la eficiencia del sistema de protección de las inversiones extranjeras y eliminaría *toda* inconsistencia, incorrección e incoherencia de las decisiones. Es materialmente imposible que desaparezca *toda* posibilidad de emisión de «decisiones antojadizas, erráticas e incoherentes».

Una propuesta bastante concreta y que promovería la coherencia y previsibilidad de manera certera en el actual sistema de arbitraje *ad hoc*, consiste en que las partes negociadoras de los acuerdos internacionales de inversión opten por redacciones mucho más claras en los tratados y que sean las mismas partes quienes establezcan herramientas de interpretación del contenido de los tratados y ciertos mecanismos de examinación de las decisiones arbitrales, ya sea por parte de ellas mismas o de algún otro órgano independiente.

Los detractores del actual sistema increpan que los laudos arbitrales muchas veces carecen de corrección y son incoherentes, lo cual definitivamente «confunde» a los Estados, quienes no saben a qué atenerse en cuanto al establecimiento de sus políticas regulatorias domésticas ni tampoco qué esperar de las decisiones arbitrales las cuales pueden producir una suerte de «congelamiento» normativo. Consideramos que el alegado desbalance del actual sistema a favor de los inversionistas y la tan cuestionada «esquizofrenia» en las decisiones arbitrales tendrían que ser empíricamente verificados.

3.1.1 Consideraciones sobre las cuestiones de hecho y de derecho

Es primordial que haya una muy clara delimitación de lo que se considera como error de hecho o derecho. El hacer esta distinción y determinar cuándo la ponderación de las pruebas fácticas que se llevaría a cabo por los tribunales de primera instancia (y si se llevaría a cabo también en una instancia de apelación), podría complicar el proceso y generar potenciales riesgos de incoherencia.

Ante esta problemática, caben algunas posibilidades para que el error de hecho o de derecho sea relevante y amerite la apelación de la decisión, por ejemplo: que el error de derecho sea lo suficientemente «sustancial» y «perjudicial» o bien que se opte por permitir la apelación respecto de cualquier error en la aplicación o interpretación del derecho aplicable o incluso que se limite a causales o criterios más comunmente establecidos en los tratados de inversión, tales como: los principios de trato justo y equitativo, no discriminación o la protección en casos de expropiación. Como se aprecia, se fluctúa entre posturas más restrictivas u otras más permisivas.

A propósito de las opciones con las que se cuenta, referirnos a que el error de derecho sea «sustancial» o «perjudicial» no resulta del todo claro y contundente, y otra vez, nos adentramos a un espiral donde no hay la claridad necesaria para que el sistema guarde la uniformidad y coherencia buscadas. En tal sentido, cabría alejarnos de propuestas nebulosas.

En todo caso, lo más idóneo sería optar por que la apelación se restrinja a ciertos criterios, en la medida que un órgano de apelación tendría como objetivo corregir los errores en la aplicación o interpretación del derecho aplicable, razón por la cual, guarda sentido que las apelaciones estén limitadas a aquellos supuestos de examen establecidos en los acuerdos de inversión.

Si bien somos de la opinión que se debe optar por continuar con un sistema basado en arbitrajes *ad hoc*, en una potencial instancia de apelación, los criterios para determinar que una decisión sea apelable por errores de derecho –que de todas maneras deben ser considerables– deben ser bastante exigentes, debiéndose limitar la simple *alusión* a *supuestas* interpretaciones erróneas. De esta manera se evitaría una serie de apelaciones sistemáticas y sin fundamento y por ende los abusos procesales. Otra vez, tiene que haber una justa ponderación entre el supuesto «alegado vicio» y el impacto en el proceso y los

derechos que son materia de discusión, puesto que lo que se trata no es que haya una consideración especial solo para una de las partes, sino de salvaguardar los derechos de ambas, vale decir, de inversionistas y Estados; y en definitiva, de todo un sistema.

Ya más específicamente en cuanto a los errores de hecho, consideramos que habría riesgo que estos se vuelvan a evaluar totalmente, dando motivos para apelaciones dilatorias, incrementándose en consecuencia, los costos del proceso. En caso se permitan las apelaciones, también sería lo más conveniente que se establezcan criterios de procedencia más rigurosos –como en el caso de los errores de derecho– siendo que el error en la apreciación de los hechos debía ser *tan manifiesto* o tan evidente para que una apelación sea justificable. Otra vez, quedaría por determinar lo que se entiende por «manifiesto».

Un aspecto que resulta «novedoso» es la discusión del examen de hechos en una instancia de apelación. En el documento A/CN.9/1050 del Grupo de Trabajo III, párrafo 67, se expone que hay posiciones divergentes en cuanto a permitir apelaciones fundadas en errores de hecho. Este escenario puede devenir incierto, ya que de admitirse este tipo de situaciones se corre el riesgo de que se vuelva a examinar el caso en su totalidad, lo cual incrementaría los costos y podría dar lugar a apelaciones abusivas y dilatorias. En el documento referido se indicó que en caso del establecimiento de una instancia de apelación, era deseable que se estableciera criterios de examen más estrictos, limitando las apelaciones a «errores de hecho manifiestos» y que se otorgara mayor deferencia a las decisiones del tribunal de primera instancia. Además, se debatió que, más allá de establecer limitaciones para acceder a la instancia de apelación vía errores de hecho, el mecanismo de apelación debiera admitir el análisis de hechos que se hubieran conocido o revelado después de la última audiencia celebrada por el tribunal de primera instancia y que pudieran haber incidido en la decisión. Asimismo, se propuso que el examen de los hechos se limitara a casos en que fuera esencial para realizar un examen de derecho.

Este tema también es abordado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.202, del párrafo 11 al 17. De hecho, se discute dos posiciones: primero; la posibilidad de limitar la apelación a errores de derecho, permitiéndose solo los errores de hecho «manifiestos» (eso sí, teniendo deferencia hacia las decisiones de primera instancia) y los errores «mixtos» de hecho y derecho; y segundo, llevar a cabo un examen *de novo* tanto de errores de hecho como de derecho.

Estas dos posiciones nos llevan a puntualizar que, por definición, en los exámenes *de novo* es habitual que los mecanismos de apelación examinen las cuestiones de derecho, avocándose a determinar el derecho aplicable y no sujetándose a las decisiones de la primera instancia en cuanto a cuestiones de índole jurídico.

El criterio de un examen de hechos, en general, implicará otorgar preponderancia a las decisiones de la primera instancia, limitando las apelaciones a «errores manifiestos», como por ejemplo; declaraciones deshonestas de testigos claves u omisiones de consideración de pruebas relevantes, y establecer la incidencia de estos hechos en la decisión del tribunal de primera instancia. Se da deferencia a la decisión del tribunal de la primera instancia, en tanto se entiende que este estuvo en la mejor posición para entender las pruebas.

Sobre el particular, consideramos que debería limitarse la posibilidad de examinar nuevamente las cuestiones de hecho, en tanto podrían producirse «confusiones» que dieran paso a abusos procesales, además del incremento de la duración y costo de los procesos. Ello nos situaría en una posición muy lejana de la finalidad de cualquier sistema de administración de justicia.

En todo caso, sería sugerible que el examen de hechos se lleve a cabo cuando sea esencial para efectuar también un examen de derecho. También se podría llegar a admitir que se analicen hechos que llegaron a conocerse antes de la última audiencia de la primera instancia y que hubieran podido tener incidencia en la decisión del tribunal dada su trascendencia.

De la misma forma, una cuestión a analizar es la evaluación del concepto del daño por parte de los decisores, en la medida que los montos reclamados son elevados y constituyen parte fundamental de la controversia. En esta instancia, surge la interrogante de si esta situación constituye un error de hecho o derecho, siendo que lo más razonable sería que no haya un criterio estricto para categorizarlo, puesto que si solo son considerados como errores de hecho, podría darse la imposibilidad de una revisión de los errores que el decisor pudiera haber cometido en las técnicas que empleó para su valuación. Ya que mencionamos las técnicas de valuación, también sería conveniente que estas se incluyan en el análisis del examen del daño, previo a la apelación, para que haya claridad.

Los propulsores del cambio de sistema aseveran que en los arbitrajes *ad hoc* hay cierto «desdén» por parte de los tribunales arbitrales hacia el derecho interno de los Estados receptores de la inversión, omitiendo interpretar las disposiciones del derecho doméstico, y menos aún aplicarlo en la resolución de la controversia. Este tema puede resultar un tanto espinoso, en el sentido que no es aconsejable que una apelación basada en la no aplicación del derecho interno constituya por ejemplo, un error de hecho. La cuestión del derecho interno en materia de solución de controversias de inversión tiene una serie de aplicaciones, pudiendo este llegar a ser el derecho aplicable a la controversia, como lo indica el artículo 42, numeral 1 del Convenio CIADI. Consideramos que lo más pertinente sería evitar determinar de manera rotunda si se trata de un error de hecho o derecho y dejar que sea el contexto particular de la controversia el que determine si la no aplicación o interpretación del derecho interno constituye error de hecho o de derecho.

Este tema del derecho interno podría llegar a ser un asunto bastante delicado, puesto que podría darse la situación donde un órgano o mecanismo internacional de apelación interprete el derecho interno de los Estados y peor aún, que estas interpretaciones sean contradictorias con las interpretaciones de las autoridades domésticas. También cabe cuestionarse si es que la interpretación del derecho interno que hicieran las cortes de apelación del nuevo sistema sería vinculante o no para las autoridades domésticas y tendría que serlo, por cuanto constituye una violación del derecho internacional. Como nos podemos percatar, estaríamos «prácticamente» ante una figura similar al arbitraje *ad hoc* y no se solucionaría el tema de fondo, que es que exista un consenso en cuanto al régimen legal del tratamiento de las inversiones extranjeras. Y si es que se desearía promover la participación de las autoridades nacionales en la interpretación del derecho interno de sus Estados –en el caso que la interpretación de la instancia de apelación sea diferente– se generaría un gran entrapamiento y un real riesgo de politización. Todo este escenario es totalmente indeseable.

Un tema bastante polémico gira en torno al denominado examen *de novo* tanto de aspectos de hecho como de derecho. Evidentemente, el «volver a analizar» prácticamente significaría «reiniciar» un proceso, lo cual incrementaría exponencialmente los costos del proceso y generaría una suerte de incertidumbre y estancamiento. Solo sería atendible analizar nuevamente cuestiones de hecho o derecho cuando el bien jurídico afectado sea lo suficientemente relevante para la sociedad. Cuestiones relativas a la protección medioambiental o la salud pública serían buenos ejemplos.

3.1.2 Sobre el alcance del examen de motivos de una posible apelación por parte de los órganos de apelación

Como se ha expresado líneas arriba, se alega que hay cierta tendencia a utilizar las causales de anulación –con criterios más restrictivos para su invocación– como fundamentos para una apelación. Con el establecimiento de un nuevo sistema de apelación, el recurso de anulación resultaría inoficioso, en el sentido que una apelación abarcaría más supuestos de examen. Por ello, la «solución» consistiría en que el recurso de anulación quede «subsumido» en las causales de análisis del órgano de apelación y así evitar que haya procedimientos innecesarios.

Y ya que hacemos referencia a la subsunción –con la transición hacia un nuevo sistema– las «clásicas» causales de anulación de laudos; en el artículo 52 del Convenio CIADI, en las leyes nacionales de arbitraje de los miembros no signatarios de este Convenio –a saber– aquellas establecidas en el artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, y en los motivos establecidos en el artículo V numeral 1 de la Convención de Nueva York, quedarían incluidas dentro de las opciones del alcance y criterios del examen de la instancia de apelación. En el documento A/CN.9/WG.III/WP.202 del Grupo de Trabajo III, párrafo 59, se establece un proyecto de disposición preliminar sobre el mecanismo de apelación a emplearse en tratados multilaterales, TBI o normas separadas sobre el procedimiento de apelación. En el siguiente punto del presente trabajo serán detalladas.

Toda *transición* trae consigo ciertos desfases y necesidad de ajustes. Ahora, cabe plantearse si es que la normatividad arriba mencionada es funcionalmente compatible, por ejemplo, si la Ley Modelo de la CNUDMI, la Convención de Nueva York o el Convenio CIADI son compatibles con un sistema de apelaciones y también qué tratamiento recibirían los procedimientos en curso.

La interacción del nuevo sistema propuesto con el sistema actual también es una consideración relevante. En ese sentido, las partes de la controversia podrían renunciar a solicitar la anulación de la decisión del tribunal de primera instancia al momento de interponer una apelación. No obstante, la exigencia de esta renuncia podría implicar que se socave la independencia del sistema judicial del Estado, ser inconstitucional en algunas jurisdicciones o que se hagan necesarios cambios legislativos, tal como se expone en el

párrafo 79 del documento A/CN.9/1050 del Grupo de Trabajo III. Este escenario, lejos de «empoderar a los Estados», estaría menoscabando el ejercicio de su soberanía.

Los motivos o causales para gatillar una apelación generan una serie de cuestionamientos, dado que en la realidad habría que verificar si los tribunales domésticos cederían su competencia para analizar los supuestos de la apelación de un órgano o corte internacional o si la gran mayoría de los Estados miembros del Convenio CIADI prestarían su conformidad para hacer este cambio. A la postre, mucho dependerá de la voluntad de los Estados de apostar por este cambio, en el sentido que mientras más miembros se adhieran podría haber cierta coordinación, considerando además que los comités de anulación del CIADI han desarrollado ciertas tendencias en la interpretación y que en un futuro podrían valer para que se conformen ciertos precedentes.

Hay que también evitar caer en la tentación de «expandir» en demasía el alcance del examen que habilite la apelación, puesto que al final podría resultar contraproducente y hacer del sistema uno donde finalmente no se arribe a ninguna decisión sobre la controversia, lo que desnaturalizaría a cualquier mecanismo de solución de controversias que se pretenda emplear. Asimismo, apelar a criterios como el habilitar una apelación en «circunstancias excepcionales» resulta incierto, puesto que no hay claridad respecto a qué situaciones las configurarían. Podría llegarse al extremo de pensar que una instancia de apelación sería justificable; o bien para *todas* las circunstancias o solo para las *excepcionales*, lo cual traería una serie de confusiones.

Evidentemente aventurarse al establecimiento de una instancia de apelación, sin analizar profundamente siquiera otras alternativas verdaderamente más profundas de reforma del sistema, por el simple hecho de una «necesidad de cambio» es cuanto menos, arriesgado. Por tal motivo, si lo que realmente se busca es una transformación, esta debe darse analizando de antemano todas las posibilidades que ofrecerían los distintos tipos de modelos de mecanismos de apelación –sea uno *ad hoc* o uno institucional– de modo que se analicen todas las características distintivas de un mecanismo de apelación.

La multiplicación de procedimientos es un riesgo también y con ello la potencial generación de decisiones inconsistentes y contradictorias. En virtud de ello, podría optarse por que la judicatura interna de los Estados examine la solicitud de la ejecución de la decisión de la primera instancia. En el caso que una de las partes litigantes decida apelar, un remedio podría ser que el órgano judicial doméstico no ordene su ejecución

hasta que no transcurra el plazo para interponer una apelación. Como se puede apreciar, toda esta situación resulta siendo más confusa, si la comparamos con la realidad actual. Estaremos ante una «caja de pandora», donde se permitiría que los Estados puedan revisar de manera indirecta las decisiones del órgano de apelación, no pudiendo negarse a los Estados tal derecho.

Otra vez, el tema de lo que denominaremos «evaluación de la compatibilidad» con el sistema actual es primordial, en la medida que habrá una inevitable transición; del sistema actual de arbitraje *ad hoc* a uno donde haya una corte de apelación o una corte multilateral de inversión o bien la convivencia de ambos. La alegada incompatibilidad, señalada por los reformistas, debería ser analizada en el contexto, en tanto no será posible ninguna migración de sistema, sin que haya de cierto modo una «intersección» donde ambos mecanismos confluyan, porque no es realista afirmar que el cambio se daría de forma abrupta y que *todos* o la *gran mayoría* de los países vayan a optar por el nuevo mecanismo propuesto.

Está por demás decir que para establecer un mecanismo de apelación y que este sea eficiente, se tiene que pasar por un estricto análisis de factibilidad, razón por la cual los criterios para implantar este mecanismo de apelación deben estar claramente delimitados para brindar la seguridad y la accesibilidad necesaria para los potenciales usuarios del sistema, sean de pequeñas o medianas empresas.

3.1.3 Decisiones susceptibles de apelación

Cabe indicar que lo más apropiado es limitar el tipo de decisiones a ser apelables, de modo que no se pierda la eficiencia y eficacia del sistema de solución de controversias de inversión. Evidentemente, solo cabría la apelación de decisiones definitivas o firmes dictadas por una primera instancia y no aquellas provisionales, susceptibles de ser revocables.

Tal como fue mencionado en el punto anterior, en el documento A/CN.9/WG.III/WP.202 del Grupo de Trabajo III, párrafo 59, se establece un proyecto de disposición preliminar acerca de las decisiones apelables. En el referido documento se exponen varias opciones a ser consideradas como causales de apelación, a saber: por errores sustanciales de derecho que resulten perjudiciales; por errores en la aplicación o interpretación del derecho aplicable; por la determinación de cuestiones de hecho que son

manifiestamente erróneas; por errores manifiestos en la apreciación de los hechos, donde se incluye la apreciación del derecho interno aplicable y la evaluación de daños; y finalmente, por el error en la aplicación del derecho a los hechos del caso. También se señaló que podría llevarse a cabo un examen de errores de hecho y de derecho en circunstancias excepcionales, en la medida que no estén incluidas en las causales anteriormente indicadas.

Otro elemento expuesto a ser considerado como causal de apelación es la propuesta que radica en admitir que cualquier parte pueda apelar las decisiones donde los tribunales hayan determinado su competencia.

En esta instancia, hay que considerar dos aspectos: la posibilidad que el recurso de apelación sobre la competencia se interponga paralelamente al procedimiento, y los plazos de apelación sobre la competencia. En cuanto al primer aspecto, atendiendo al supuesto de que se optara porque las decisiones sobre la competencia fueran apelables; en el caso de los «procedimientos paralelos», sería aconsejable también que solo pueda apelarse cuando la instancia de apelación cuente con la decisión definitiva del tribunal de primera instancia, de modo que cuente con un expediente completo del caso sobre el que pueda pronunciarse. Esta idea se apega al punto de vista desarrollado en el documento *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, Annex–Possible Features of an ICSID Appeals Facility* de 2004, párrafo 8, donde se expuso que, para evitar discordancias de criterios entre los casos del CIADI y los «no CIADI», el reglamento del mecanismo de apelación debiera indicar que las recusaciones no podrán hacerse en ningún caso antes de que se dicte el laudo definitivo. En cuanto al segundo aspecto, respecto a los plazos de apelación sobre la competencia, sería preferible que hubiera plazos más breves, para que las partes apelen una decisión relativa a la competencia de los decisores, y también para que el tribunal de apelación decida sobre la competencia.

Es también importante señalar que la oportunidad en la que se presentaría la apelación relativa a la determinación de la competencia o jurisdicción de los órganos de primera instancia repercutiría también en la eficiencia del funcionamiento del mecanismo de apelación. En el documento A/CN.9/1050 del Grupo de Trabajo III, párrafo 87, se exponen posturas sobre el particular, por ejemplo: que las apelaciones relativas a la

competencia o jurisdicción sean formuladas durante el procedimiento y no en la etapa de la decisión final. También se abordó la posibilidad de que el tribunal de primera instancia suspenda el proceso, o bien que se continúe con el proceso hasta que se resolvieran las cuestiones de competencia en el mecanismo de apelación. A nuestro juicio esta última propuesta podría conducir al planteamiento de apelaciones dilatorias, infundadas y sistemáticas que provocarían que el proceso sea más largo y costoso.

Consideramos que el escenario más indicado sería poder apelar una decisión sobre la competencia del tribunal en una etapa anterior al proceso, con plazos previamente determinados. De esta manera habría un mejor aprovechamiento del tiempo y recursos, además de evitar las recusaciones dilatorias.

Por otro lado, surgen preocupaciones más sistémicas, entre ellas, si el mecanismo de apelación podría dirimir una cuestión de competencia cuando se apelara un laudo definitivo sobre el fondo o si la instancia de apelación podría revocar la decisión de no competencia del tribunal de primera instancia. El alcance del análisis del mecanismo de apelación dependerá de hasta dónde lleguen sus facultades.

En el documento documento A/CN.9/1050 del Grupo de Trabajo III, párrafos 97 al 104, se expone que el tribunal de apelación debería estar autorizado a confirmar, modificar o revocar la decisión del tribunal de primera instancia. También se mencionó que un enfoque más eficaz en función de los costos y del tiempo sería que el tribunal de apelación fuese la instancia que dictara la decisión definitiva, en vez de que se remitieran las actuaciones nuevamente al tribunal de primera instancia. Asimismo, se expuso el debate sobre permitir al tribunal de apelación anular todo o parte de las decisiones del tribunal de primera instancia, por motivos similares a las causales de anulación del artículo 52 del Convenio CIADI o las causas de denegación de la ejecución del artículo V de la Convención de Nueva York.

Esta situación implica analizar la compatibilidad de las potestades «de anulación» del mecanismo de apelación con el marco normativo vigente y más en particular la compatibilidad entre los procedimientos de anulación en el derecho interno y el recurso de anulación del Convenio CIADI. También se debe hacer referencia a las anulaciones parciales, debiéndonos remitir al procedimiento de anulación en el CIADI, donde sí es posible anular parcialmente los laudos y corregir las indemnizaciones determinadas.

Adicionalmente, se discute la problemática de la remisión de las actuaciones nuevamente al tribunal de primera instancia. Las posturas van desde: la posibilidad de contar con esta facultad para hacerlo, particularmente cuando el alcance del examen se limitara a cuestiones de derecho; hasta los casos cuando el mecanismo de apelación no contara con información suficiente sobre los hechos como para que emita una decisión final. Como referencia se tiene a cierta jurisprudencia del órgano de apelación de la OMC y, además, el reconocer la posibilidad de remitir las actuaciones al tribunal de primera instancia solo en circunstancias excepcionales, cuando el mecanismo de apelación se viera imposibilitado de hacer un análisis jurídico solo tomando en cuenta los hechos que le fueron presentados. Otra postura va en el sentido de no facultar la remisión de las actuaciones a la primera instancia.

Como se evidencia, es necesario hacer una ponderación entre la duración y costos que supondría la remisión de lo actuado a la primera instancia y los beneficios que se obtendrían de limitársela. Habrá que considerar que incluso la nueva decisión de la primera instancia –con las actuaciones remitidas– podría nuevamente ser apelada.

En el documento A/CN.9/1050 del Grupo de Trabajo III, párrafo 104, se observó que la remisión de las actuaciones sería más eficiente si se estableciera un mecanismo permanente, con un tribunal de primera instancia permanente. En el debate se expresó que la remisión también podría funcionar con las decisiones emitidas por un tribunal de primera instancia *ad hoc*, siempre que se estipulara que el recurso de apelación tuviera efectos suspensivos, hasta que el mecanismo de apelación emita su decisión. Además, se propuso que en caso se prevea la remisión de las actuaciones, esta opere a solicitud de las partes.

Nota aparte merecen otras cuestiones como: si pueden ser objeto de apelación las decisiones relativas a la recusación de los decisores, situación que a nuestro juicio no debería ser posible. También deben ser mencionadas las apelaciones relativas a las medidas cautelares, las cuales pensamos, tendrían que ser tramitadas mediante un procedimiento célere.

Por otro lado, opinamos que lo más indicado es que se limite el alcance de la apelación de las decisiones de controversias que emanen de un tratado. Sería algo

desacertado ampliar el alcance del examen a aquellas decisiones que se originen sobre leyes domésticas de inversión, contratos o de controversias con Estados.

Si bien invertir una mayor cantidad de recursos para obtener una mejor calidad en las decisiones puede ser un argumento encomiable, también debemos considerar establecer la relación entre el efecto de la apelación en el procedimiento y la eficiencia del sistema de apelación.

3.2 Aspectos operativos acerca del proceder de los decisores

En el informe del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados), documento A/CN.9/1050, sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones en Viena del 08 al 12 de febrero de 2021, se tuvo como uno de los temas en debate, el modo en que se seleccionaría y nombraría a los decisores en las controversias de inversión, ante la posible adopción de un mecanismo permanente. A continuación se expondrá las implicancias y los argumentos que se han esgrimido en los debates de este Grupo de Trabajo.

3.2.1 Aspectos relativos a la selección y nombramiento de los decisores

El establecimiento de un mecanismo con vocación de permanencia implica que las partes litigantes tengan poca o casi nula influencia en el nombramiento de los decisores del mecanismo permanente. Ello significa que la propuesta de cambio busca parecerse a los ya existentes tribunales o cortes internacionales.

Tal y como se indica en el párrafo 44 del documento A/CN.9/WG.III/WP.142 en el marco del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, los mecanismos de selección y nombramiento de los decisores constituyen uno de los aspectos más críticos del actual sistema. En tal sentido, es importante que de darse el establecimiento de un órgano permanente, se asegure la independencia de los decisores por las partes contratantes, mediante los estatutos del órgano permanente. Adicionalmente, el proceso de selección debe conducir a que los decisores sean independientes de los Estados que constituyan el mecanismo permanente. Esto nos lleva a pensar que el tema de la selección es un asunto que involucraría indeseablemente el riesgo de politización del proceso.

Un punto a considerar es que un mecanismo de apelación o corte permanente, necesitaría diferentes mecanismos para la selección y nombramiento de los decisores,

teniendo en consideración si las controversias surgen producto de la violación de un tratado, un contrato o si se deriva de leyes de derecho doméstico.

También un cambio de sistema implicaría que sea más inclusivo, en el sentido que debería abarcar las controversias de inversión entre Estados, las controversias entre inversionistas y Estados y las controversias de comunidades locales afectadas por una inversión hechas por pequeñas o medianas empresas. Evidentemente se requiere de flexibilidad para poder abarcar todas las controversias relativas a inversiones posibles, no solo a las grandes empresas.

Asimismo, dado que en la realidad ya hay tratados entre países donde se establecen mecanismos u órganos permanentes, será inevitable que se fijen mecanismos con soluciones comunes para la selección y nombramiento de decisores para órganos permanentes y para los arbitrajes *ad hoc*. Hay que considerar que las controversias que surjan a futuro harán remisión a estos nuevos tratados, los cuales serán de aplicación para aquellos casos en los cuales las partes no habían acordado mecanismos permanentes de solución de controversias de inversión.

Se podría afirmar que, en el actual sistema de solución de controversias, al intervenir las partes en la elección de los árbitros se logra hallar un punto de «equilibrio» de los intereses de las partes, siendo este un mecanismo flexible y con mayor autonomía. También, tenemos que es más conveniente que las partes se involucren en su elección, puesto que el hecho que participen del proceso de nombramiento de los árbitros legitima al sistema. Al respecto, en el documento A/CN.9/1050 del Grupo de Trabajo III, párrafo 18, se indica que el mecanismo de selección y nombramiento que emplea en el actual SCIE, logra un punto de equilibrio entre los diversos intereses en juego, preserva la autonomía de las partes y cuenta con la flexibilidad necesaria.

Por otro lado, la Unión Europea propone emplear una lista de árbitros previamente seleccionados. En el mismo documento y párrafo, líneas arriba referidos, se expuso que el empleo de estas listas predeterminadas de decisores o listas de candidatos preseleccionados iría en contra de la esencia del arbitraje, salvo que las listas sean utilizadas de forma voluntaria o de forma orientativa. Al respecto, consideramos que la propuesta europea sobre el establecimiento de listas prederminadas no implicaría un problema para el funcionamiento del nuevo sistema.

Ya que el asunto de la legitimidad es preponderante en la discusión acerca del cambio de sistema, hay que resaltar que resulta fundamental que los procesos de nombramiento sean lo más transparentes posible. Las críticas respecto de los favoritismos, los conflictos de interés o *double-hatting* en el arbitraje internacional y en definitiva toda forma de corrupción debe ser desterrada; de esta manera, el sistema se fortalecerá.

El tema de los costos, como ya se ha señalado anteriormente, es de relevancia, ya que el establecimiento de una corte multilateral permanente supondrá que los Estados tengan que sufragar adicionalmente considerables cantidades de dinero para los honorarios de los decisores y logística. Además, hay que considerar que para que la nueva propuesta adquiera viabilidad conómica y logística, tienen que adherirse una mayor cantidad de Estados al nuevo sistema.

Luego de analizar las cuestiones relativas a la selección y nombramiento de los decisores, es menester determinar quiénes conformarían este órgano permanente. En ese sentido, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI analizó en el documento A/CN.9/1050, del párrafo 23 al 29, la posibilidad de establecer un órgano de «representación plena» o uno de «representación selectiva». En los órganos de representación plena cada Estado miembro nombraría a un decisor permanente, generalmente un nacional. Por otro lado, en los órganos de representación selectiva, no todos los Estados estarían representados en el reservorio de decisores. Lograr una representación plena mediante un órgano permanente compuesto por muchos miembros sería hartamente oneroso, complejo y demandaría mayor trabajo. Más bien se podría en todo caso optar por un mecanismo de representación selectiva, basado en la ponderación y equilibrio de la representación.

En el ámbito de la representación selectiva, se plantea que se nombre jueces *ad hoc*, ahí donde el Estado demandado no se viera representado en el mecanismo permanente. De esta manera se permitiría que uno de los decisores del caso esté familiarizado con el derecho doméstico del país, aportando legitimidad al sistema.

El sistema de los jueces *ad hoc* es empleado en otras cortes, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia. Siendo así, lo más relevante es que el Estado participe en el nombramiento del decisor, por lo que no sería necesario que la nacionalidad del decisor *ad hoc* sea del Estado que lo ha nombrado. Así, por una cuestión de equidad, el inversionista también debería participar en el

nombramiento del juez o árbitro. Como se puede apreciar, con lo que hemos mencionado anteriormente, la propuesta planteada de un mecanismo u órgano permanente con jueces *ad hoc* guarda bastante parecido con el sistema actual de arbitrajes *ad hoc*. En todo caso, también sería importante que las partes pudieran consentir que en determinados casos se establecieran salas especiales, tal como se estipula en la Corte Internacional de Justicia.

En lo concerniente a la presentación de candidatos a ser los futuros decisores –si es que se da esta etapa antes de una de selección y nombramiento– hay opciones para la presentación de candidatos: que los Estados participantes presenten candidatos; que los candidatos sean presentados por una institución independiente que fuera parte del órgano permanente; que se postulen los interesados; o todas las opciones anteriores combinadas.

El optar por jueces *ad hoc* supone una serie de beneficios: aportar con conocimientos especializados y dominio del derecho interno aplicable a la controversia, las políticas que lo sustentan, así como del funcionamiento del gobierno.

Por otro lado, la selección y nombramiento podrían ser determinados directamente por cada Estado, que fuera sometido a votación de los Estados o bien que el nombramiento lo lleve a cabo una comisión independiente.

Otro punto crítico radica en el tratamiento y conocimiento del derecho doméstico de los Estados en las decisiones. Por ejemplo, hay que considerar que, si bien los sistemas jurídicos cuentan con características especiales, no todos tienen singularidades o son únicos en extremo. Además, hay que enfatizar que no siempre se lleva a cabo un análisis de los sistemas jurídicos en los procesos; es más, haciendo un recuento, las partes por lo general no suelen nombrar a los árbitros en función a su conocimiento del derecho interno.

También hay que considerar que cuando un decisor no tuviera los conocimientos específicos necesarios para resolver la disputa, circunstancia expuesta en el documento A/CN.9/1050 del Grupo de Trabajo III, párrafos 27, 43 y 51 o en el documento A/CN.9/1092 del Grupo de Trabajo III, párrafo 58, por ejemplo; de necesitarse información sobre los sistemas jurídicos nacionales o sobre el cálculo de indemnizaciones por daños y perjuicios, los decisores podrían solicitar el apoyo expertos o peritos para asuntos especializados, los cuales solo deben ser consultados, no teniendo un rol en la determinación de la decisión.

Otra de las principales críticas al actual sistema radica en la independencia e imparcialidad de los decisores. El más común de los argumentos que fundamenta las recusaciones, es que el árbitro guarda algún tipo de vínculo con una de las partes –que generalmente es el inversor– favoreciéndolo o por lo menos generando dudas razonables acerca de su comportamiento como actores en el sistema. Consideramos que es fundamental identificar las causas específicas que provocan la acusada vinculación con una de las partes, pudiendo verificarse: contratos previos, funciones desempeñadas en la relación con una de las partes del proceso o el origen de la multiplicidad de nombramientos.

Otro punto a considerar es el número de decisores. Sería prudente señalar que el número corresponda al volumen del trabajo y aumentaría su número dependiendo del número de Estados que se adhieran al sistema. Habrá que considerar que con un cambio de sistema, cabría la posibilidad que no haya diversidad y no se encuentren debidamente representados. A esto se añade el hecho que por la mayor carga de trabajo se incrementa de manera impredecible los costos operativos.

De cara a las críticas sobre el perfil de los decisores –sobretudo porque cierto sector considera que estamos ante una «industria arbitral» parcializada– y pese a que estimamos que históricamente los árbitros son seleccionados, precisamente, en virtud de su pericia y conocimientos, reiteramos igualmente que el nombramiento debe otorgarse en virtud de los conocimientos y trayectoria, siendo lo más técnico posible, y evitando las perturbaciones políticas. Este proceso además debe constar de varias etapas, ser accesible a las partes interesadas y caracterizarse por su transparencia. Para ello, quien o quienes se encarguen del nombramiento de los decisores se pueden apoyar en comisiones de selección, consejos o paneles consultivos.

En concordancia con el espíritu de mayor transparencia del que supuestamente carece y se le reclama al sistema actual, el proceso de presentación de candidatos, selección y nombramiento de los decisores debiera ser transparente y lo más público posible. Por esta razón, sería lo más beneficioso que participaran todas aquellas partes del sistema interesadas en el nombramiento.

El cambio hacia un sistema permanente nos remite a la idea que los decisores cuenten con cierta estabilidad en sus cargos y que se les otorgue seguridad financiera. En el debate acerca de la duración y la posibilidad de renovación de mandatos de los

decisores, hay varios aspectos y alternativas a tomar en cuenta, como el promedio de tiempo que acarrea resolver una controversia y la carga de trabajo. Como se expuso en el Grupo de Trabajo III, en el documento A/CN.9/WG.III/WP.203, del párrafo 62 al 65, se indicó que la renovación de los mandatos es frecuente en los tribunales internacionales. A modo de ejemplo tenemos: la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante TIDM), el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante TPIY), la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante Corte Africana) y el Órgano de Apelación de la OMC. Además se expuso la posibilidad de implementar algunas limitaciones como la posibilidad de prorrogar los mandatos por única vez, tal y como sucede con: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Órgano de Apelación de la OMC. Asimismo, cabe plantearse el establecimiento de mandatos más largos y no renovables, de modo que los decisores no se vean «influenciados» por terceros, lo cual finalmente produzca que se afecte indebidamente su decisión final.

En el mismo documento del Grupo de Trabajo III, citado en el párrafo anterior, en el párrafo 63, respecto a la duración de los mandatos en los tribunales internacionales, tenemos que estos oscilan entre: cuatro, como en TPIY y el Órgano de Apelación de la OMC; seis, como en la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como, en el ámbito del arbitraje internacional con las listas del CIADI; y nueve años, como en la CIJ, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y el TIDM. En adición, también se expone que los nombramientos podrían escalonarse en intervalos de tres años para que la entrada de jueces nuevos en el tribunal fuera gradual. De esta manera podría lograrse estabilidad en la marcha del órgano permanente y se generaría jurisprudencia.

Como se puede percibir, hay varias cuestiones a tomar en cuenta acerca de la renovación de mandatos. A modo de ejemplo, podría ser que renovar un mandato signifique que el órgano permanente conserve conocimientos especializados, pero también que los decisores sean menos independientes y de cierta manera comprometer el sentido de sus decisiones al existir la posibilidad de volver a ser elegidos. Una opción para conservar los conocimientos técnicos, sin renovar los mandatos, podría ser que los decisores brinden todo el material jurídico elaborado durante sus periodos y que haya un proceso estricto de rendición de cuentas. Este último aspecto es relevante, haya o no

renovación de mandatos, puesto que tiene que lograrse un equilibrio entre la independencia y la rendición de cuentas. También se plantea la posibilidad que los mandatos no renovables sean más prolongados, ello para que se asegure la independencia de los decisores. Vale considerar que, al tener los decisores «asegurados» sus cargos, podría predisponer a una menor rendición de cuentas.

Ya cuando nos encontramos ante la asignación de un caso a un decisor, el parámetro de asignación de casos sería el del nivel de especialización. Pero, en el nuevo sistema, al limitarse a un reservorio limitado de decisores, podría ocurrir que el órgano permanente no cuente con los conocimientos especializados, ni con la capacidad para resolver la controversia. Para ello, lo más indicado sería que se disponga de expertos que apoyen la labor del decisor, o que los casos sean designados al azar (tal y como lo plantean los «reformadores europeos»), de modo que las partes no conocieran anticipadamente quién sería el decisor del caso. No obstante, en esta instancia también se corre el riesgo de que los decisores nombrados aleatoriamente tuvieran poco conocimiento especializado requerido para el caso específico. Una alternativa es que el proceso de selección para los casos lo lleve a cabo una institución, no siendo necesario que los mecanismos de selección figuren en el estatuto del órgano permanente.

En lo respectivo a la remoción, el propio órgano permanente debería incluir las reglas sobre la remoción de los decisores. Así, para asegurar la independencia, los Estados que fueran parte en los estatutos del órgano permanente no deberían participar del proceso. Para ello debería intervenir el presidente del órgano permanente, empleando un sistema de consultas colegiado donde participen otros decisores. Asimismo, el proceso de remoción de un decisor debería darse en un caso extremo y debería ser adecuadamente motivado y transparente. Finalmente, tal y como sucede en la mayoría de tribunales internacionales, los motivos de remoción serían la conducta indebida o la imposibilidad de desempeñar funciones por enfermedad.

Dado que esta reforma al sistema actual plantea el establecimiento de una segunda instancia de apelación, podría pensarse que se requerirá de mayores exigencias que para las de la primera instancia. Hay posturas que indican que se debe tener otro tipo de consideraciones con los jueces de esta instancia, otro tipo de normas, y procedimientos separados. Ello debido a que los jueces que integran un órgano de apelación tienen que velar por la coherencia y corrección de las decisiones.

Siguiendo con esta línea de razonamiento, las partes de la controversia no deberían elegir a los decisores de segunda instancia, pero sí podrían hacerlo con los de la primera instancia, eligiéndolos de una lista obligatoria, tal como propone la UE.

El escenario de la elección de decisores a través de listas preestablecidas no es del todo novedoso, ya que en el Convenio CIADI se establece que en primera instancia son las partes de la controversia las llamadas a acordar el número de árbitros que compondrían el tribunal y su método de nombramiento (artículo 37 numeral 2 literal a), siendo optativo el nombramiento de árbitros que compongan la Lista de Árbitros del CIADI. Ahora, a falta de acuerdo respecto del número de árbitros y del método de nombramiento, dentro de los 60 días posteriores al registro de la solicitud de arbitraje, cualquiera de las partes puede solicitar la aplicación del mecanismo supletorio del CIADI (artículo 37 numeral 2 literal b del Convenio CIADI en concordancia con las Reglas 2 y 3 de las Reglas de Arbitraje). Además, en el artículo 38 del Convenio CIADI, relativo a la selección y nombramiento de los miembros del tribunal, se establece un mecanismo supletorio de nombramiento de árbitros, el cual opera a solicitud de cualquiera de las partes, cuando estas no pudieran nombrar a todos los miembros del tribunal dentro de los 90 días siguientes al registro de la solicitud de arbitraje. En esta instancia, el CIADI lleva a cabo un procedimiento de propuesta de candidatos *ballot*, proporcionando a las partes un formulario de propuesta de candidatos con los nombres de varios de estos, que pueden o no integrar la Lista de Árbitros del CIADI.

Líneas arriba habíamos expuesto que una de las principales críticas al sistema es la aparente poca representatividad de sectores de la sociedad civil en los procesos arbitrales, lo cual provoca que el sistema carezca de la legitimidad necesaria. Por ello es necesario que los decisores roten, de modo que el sistema se vea beneficiado con jueces de todos los sectores, tanto económicos como sociales, conocimientos, tradiciones jurídicas e idiomas. Como se desprende de todo lo anterior, es apremiante la protección de influencias que «perturben» a los jueces o decisores, tanto individualmente como en su conjunto. Para ello tendría que dotárseles de estabilidad en sus cargos, recursos, inmunidades, normas claras acerca de sus designaciones, entre otros privilegios.

Son varios los documentos en el marco del Grupo de Trabajo III que abordan el problema de la falta de diversidad y representatividad. En el documento A/CN.9/964, del párrafo 91 al 96, se aborda la crítica a la falta de diversidad o representatividad el sistema actual. Se alega que la falta de diversidad de los decisores en el ámbito actual contribuía

a socavar la legitimidad del SCIE. Se señaló que si bien la estadística sobre el problema de la falta de representatividad se manifestaba sobre todo en cuanto al género y representación demográfica de los decisores, el concepto de diversidad tiene un alcance más amplio, extendiéndose a aspectos como la edad, el origen étnico, el idioma, la formación jurídica y el país de origen; incluyendo el desarrollo económico de los Estados de origen de los decisores. Se explica que al incentivar la diversidad, los decisores tendrán una mejor comprensión de las realidades políticas, legislación, prácticas locales de los Estados; en especial las de los países en desarrollo. Es decir, que la promoción de la diversidad debería ser entendido como el acceso a la igualdad de oportunidades de personas de todos los grupos y minorías.

Como causas de la falta de diversidad se expuso que uno de los motivos serían los actuales mecanismos *ad hoc* de constitución de los tribunales. También se explicó que el hecho que las partes seleccionen decisores que tengan mucha experiencia y conocimientos especializados provoca que se nombre un número muy reducido de personas. No obstante, algunos Estados habían logrado diversificar sus nombramientos, designando a algunos árbitros por primera vez. También otro punto crítico es que en un mecanismo de nombramiento como el actual, impulsado por las partes, se limitaba la participación de las instituciones arbitrales en la búsqueda de una solución a la falta de diversidad, pese a que estas vienen aumentando el número de decisores que intervienen en los procesos del SCIE que administran. Una solución propuesta fue limitar el número de veces que se nombraban a las mismas personas.

Igualmente, se hace referencia a la falta de diversidad en el documento A/CN.9/WG.III/WP.213 del Grupo de Trabajo III. Se reitera que además de las cualificaciones de los decisores; es necesaria la diversidad, ya que esta aportaría calidad a los procedimientos y legitimaría al SCIE. Se evidencia que en diversos estatutos de tribunales internacionales se hace referencia a la diversidad; por ejemplo, en el artículo 36, párr. 8 numeral a) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), donde se hace referencia a la diversidad en la selección de los miembros del tribunal de la siguiente manera:

8. a) Al seleccionar a los magistrados, los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya:
 - i) Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo;

ii) Distribución geográfica equitativa; y

iii) Representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres; (...)

Otra muestra es el Protocolo relativo a la Corte Africana, artículo 12, párrafo 2, donde se establece que los Estados deben tener una adecuada consideración de aspectos relativos a la representación de género en el proceso de nominación de candidatos. También, en el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias en el marco del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC (1994), se alude a la representación equilibrada entre países desarrollados, en desarrollo y menos desarrollados, al indicar que: “los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC” (artículo 17, párrafo 3), o cuando se plantee una diferencia entre Estados miembros, donde uno sea desarrollado y otro en desarrollo, este último podrá solicitar que por lo menos haya un integrante nacional de un país en desarrollo en el Grupo Especial (artículo 8, párrafo 10). Otra muestra más cercana la hallamos en el Convenio del CIADI, en su artículo 14, párrafo 2, donde textualmente se señala:

Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente *la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.* [cursivas añadidas]

Agregando a lo anterior, se indica que hay una serie de iniciativas planteadas con el objeto de generar mayor diversidad, como las impulsadas por diversos órganos de las Naciones Unidas, o la formulada por ONU-Mujeres a través del Servicio de Gestión de Recursos Humanos en el marco de la Estrategia para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (2018-2021) de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena (en adelante ONUV) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante UNODC), dirigida a mujeres que inician sus carreras profesionales en la ONUV y la UNODC, donde se manejan nuevos enfoques sobre la contratación y desarrollo de talentos.

En el documento A/CN.9/1004/Add.1 del Grupo de Trabajo III, párrafo 101, se manifestó que la diversidad geográfica, lingüística, de género y la representación

equitativa de los distintos sistemas jurídicos y culturas, son aspectos esenciales en el SCIE. Al respecto, se resaltó que la diversidad mejoraría la calidad de los procesos del SCIE, en el sentido que diferentes perspectivas culturales y de niveles de desarrollo económico conducirían a decisiones más equilibradas.

También en este documento se abordó el asunto de la diversidad de edades de los decisores, de manera que se le brinde acceso al ámbito del SCIE a jóvenes profesionales, ampliándose el reservorio de posibles candidatos. No obstante, se resalta que alcanzar la diversidad no tendría por qué ser un objetivo en sí mismo, puesto que el propósito del SCIE es arribar a una decisión justa y eficiente. Se puede observar también que en el párrafo 21 del documento A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1 del Grupo de Trabajo III, presentado por la Unión Europea, se hace alusión a la falta de diversidad geográfica y de género de los decisores.

Dada la crítica a la falta de diversidad y representatividad en el sistema actual, donde hay un reservorio considerable de árbitros, se suele cuestionar que la «cantidad» no sea equivalente a diversidad, puesto que la gran mayoría de árbitros son nacionales de un número muy limitado de países. Ya que lo que se desea es que los decisores reflejen de cierta manera la mayoría de sectores de la sociedad civil, el hecho que se proponga que un órgano permanente esté compuesto por un número limitado o reducido sería contrario a la diversidad buscada, hecho que no sucede con el sistema de arbitraje *ad hoc* actual. Un número reducido y fijo de decisores tampoco sería el escenario óptimo, si lo que se desea es contar con conocimientos especializados. En tal sentido, un sistema único no sería la solución más idónea.

También es un tema controversial el parámetro para establecer que los decisores cuenten con conocimientos «específicos». Nuevamente, hay incertidumbre acerca de establecer un estándar objetivo sobre el tipo de conocimiento y del grado de conocimiento de los decisores. Naturalmente, los decisores deberían contar con conocimientos de derecho internacional público, derecho de las inversiones, mecanismos de solución de controversias, haber tenido experiencia en relaciones con Estados y en el cálculo de indemnizaciones. Adicionalmente, se tendría que contar con el apoyo de especialistas, sobre todo para aspectos más técnicos. Ahora bien, todo ello no es una novedad, puesto que esos son los estándares requeridos en el sistema actual.

Como referencia a procesos de reforma que se llevaron a cabo considerando criterios de representatividad y diversidad en el proceso de selección de tribunales

permanentes, tenemos las reformas implementadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. No obstante estos precedentes, hay que puntualizar que las partes de las controversias a ventilarse en estos tribunales son solo Estados y que responden a la naturaleza de la materia que se abordará por parte de estos tribunales. En las controversias de inversión, en cambio, una de las partes es un inversionista, y lo que debería buscar el sistema es la protección tanto de inversionistas como de Estados, siendo importante que las decisiones sean efectivamente ejecutadas, a diferencia de lo que sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde no hay mecanismos de ejecución.

Como es notorio, hay una serie de apreciaciones a tomar en cuenta, considerando que las críticas al sistema actual tienen especial asidero en la figura de los decisores, tanto de la esfera personal como de la interacción de los mismos con las partes y su rol en el sistema.

Desde 2015 la CNUDMI está elaborando un proyecto de Código de Conducta aplicable a los miembros de los tribunales arbitrales, donde se tomaría en cuenta muchos de los aspectos que han sido desarrollados anteriormente. Esta propuesta ha sido acogida ampliamente por los Estados y forma parte de los debates en el marco del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI.

Es válido buscar que los decisores sean lo más idóneos para esta naturaleza de controversias, pero ello no implica que se adopten modelos poco flexibles y más propios de órganos de administración de justicia de naturaleza distinta, sino que se debiera seguir optando por la adaptabilidad del sistema de arbitraje actual, mejorando todos aquellos aspectos que objetivamente hayan suscitado problemas.

Todas las observaciones que se han expuesto líneas arriba nos advierten que es necesario emprender cambios en el sistema, pero también se aprecia que el cambio de paradigma podría suponer que haya complicaciones, sobre todo en la interacción del sistema propuesto con el sistema de arbitraje *ad hoc* actual.

Como corolario, se podría señalar que lo más conveniente es reformar el sistema actual, basado en el arbitraje, en lugar de reemplazarlo por uno que pareciera ser mucho más complejo de realizar en la materialidad.

CAPÍTULO IV: ARBITRAJE DE INVERSIÓN ¿QUO VADIS?

Luego de repasar las varias críticas al sistema de arbitraje *ad hoc*, de haber expuesto tres variables a considerar para establecer la *pertinencia* de un mecanismo de apelación o corte multilateral y de haber expuesto una serie de argumentos de orden práctico que dificultarían el establecimiento de un nuevo sistema de solución de controversias de inversión, una interrogante surge por añadidura: ¿hacia dónde va toda esta discusión sobre la reforma? El cambio de paradigma que se discute y que se materializará sin duda en un futuro no muy lejano determinará una nueva manera de concebir el asunto de las inversiones extranjeras en general. En tal sentido, los Estados optarán, o bien por políticas más proteccionistas, o bien se generará un escenario de pugna entre los países por atraer inversiones (más aún, luego de un tiempo de crisis, que ya venía gestándose desde 2008, pero que se agudizó con una emergencia sanitaria en el año 2020). Afirmar con contundencia el o los escenarios a futuro lindaría con lo esotérico. Pero, lo que sí podríamos analizar con meridiana claridad son las acciones manifiestas que se han exhibido y que se están considerando hoy para resolver los problemas que se han advertido en el sistema de solución de controversias actual.

4.1 Tendencias en los acuerdos internacionales de inversión

Los AII celebrados por los Estados –en un marco bilateral, regional o multilateral– pueden colisionar, en ciertas circunstancias, con los derechos humanos. Se puede llegar a considerar que los tratados de inversión pueden entrar en conflicto con el reconocimiento internacional de los derechos de las comunidades. En términos generales, cabe la posibilidad que los AII restrinjan la potestad legal y política de los Estados de regular el comportamiento de los inversionistas extranjeros dentro de su territorio.

Una cuestión relevante para poner a debate radica en si es conveniente la incorporación de otros tratados distintos a los de inversión, en el análisis de los arbitrajes inversionista-Estado, dado que ello significaría que los decisores lleven a cabo sus interpretaciones involucrando no solo a los tratados internacionales de inversión, sino que además deberían incorporar otro tipo de tratados que no estarían directamente vinculados a la regulación de la inversión extranjera. Dados los cambios políticos internacionales y

hoy, con la ocurrencia de la emergencia sanitaria global, surgirán «nuevas consideraciones» que atenderían a la realidad y reclamos de varios sectores de la sociedad civil, que reclaman la legitimidad del SCIE.

4.1.1 Consideraciones sobre los derechos humanos y la actividad empresarial

En un contexto de cambio, en el año 2011, las Naciones Unidas establecieron los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos (en adelante Principios Rectores), una puesta en práctica en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», elaborados por el representante especial del Secretario General, con la finalidad de articular la relación de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Finalmente el Consejo de derechos humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

En este documento se desarrollan tres principios generales, que se basan en el reconocimiento de: a) las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) el papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y, c) la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.

Asimismo, en el documento se exponen tres pilares fundamentales que son: a) el deber de los Estados de proteger los derechos humanos; b) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y, c) el acceso a mecanismos de reparación. Cada uno de estos pilares cuenta con principios fundacionales y operativos, que en total son 31. Más allá de las formalidades, es relevante indicar que en estos principios fundacionales y operativos se abordan temas como las funciones normativas de los Estados (principio operativo 3), el nexo entre el Estado y las empresas (principios operativos 4, 5 y 6), el deber de garantizar la coherencia política (principios operativos 8, 9 y 10), el deber de reparación de las empresas en casos de trasgresión de derechos humanos (principio operativo 22), así como el fortalecimiento de mecanismos de reclamación judiciales estatales, no estatales y extrajudiciales (principios operativos 26, 27, 28, 29, 30 y 31).

Los Principios Rectores deben ser entendidos de manera integral y con el propósito de mejorar la calidad normativa y prácticas entre la empresa, vinculándolas con los derechos humanos, de manera que se incluyan a las personas y las comunidades afectadas. Tal y como lo señala las Naciones Unidas, el objetivo es lograr una «globalización socialmente sostenible». Este documento es ilustrativo, ya que se puede apreciar el sustrato que se plasmaría en los futuros AII.

Como se puede advertir, es tanto el deber de los Estados como el de las empresas que su actuación sea conducente a la protección de los derechos humanos en el ámbito de las actividades empresariales, donde irremediamente habrá casos en los que la alegación de tutela de derechos humanos gatille futuras controversias de inversión. Ambos actores están llamados a velar por los derechos humanos estableciendo compromisos, siendo coherentes en sus actuaciones y buscando resolver y compensar en caso se determine algún tipo de atropello.

En cuanto a las recomendaciones que se proponen a los Estados, en el informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas de las Naciones Unidas, en el documento A/72/162, de julio de 2017, se recomienda que, ante la ocurrencia de abusos contra los derechos humanos, se busque asegurar y gestionar el acceso a una reparación realmente efectiva en los AII y en las controversias de inversión, bajo los parámetros de los Principios Rectores.

Por otro lado, también se recomienda un proceso inclusivo y transparente de evaluación del impacto de las actividades de los inversionistas sobre los derechos humanos, antes de concluir con la negociación de los AII e incluir explícitamente disposiciones sustantivas sobre derechos humanos en estos tratados, de manera que haya un campo de acción en materia de políticas públicas estatales que busquen cumplir con las obligaciones relativas a los derechos humanos.

Ahora bien, podría surgir en la práctica arbitral, un análisis sobre la base del derecho internacional de protección de las inversiones, y sobre los derechos humanos. Este hecho sin lugar a duda generará una serie de complicaciones en torno al derecho aplicable; en tanto se tenga que ponderar entre el derecho internacional de las inversiones, los tratados de inversión y los tratados sobre derechos humanos, considerando que estas son disciplinas distintas, con regímenes de protección autónomos. También, el actuar de

los árbitros y sus decisiones serán determinantes al momento de ponderar la relación entre ambas disciplinas.

Cabe advertir que los derechos humanos son regulados internacionalmente de manera autónoma por sistemas de protección que comprenden un conjunto de tratados internacionales, tanto a nivel universal –Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)–; a nivel regional –el sistema europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos (1950)–; a nivel americano –Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)–; y, a nivel africano –Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)–. En adición, también habría que considerarse las opiniones consultivas y sentencias de las cortes internacionales de derechos humanos.

El hecho de incorporar los tratados y las sentencias de las cortes de derechos humanos, implica que en el análisis de los tribunales arbitrales de inversión se deba determinar si hubo o no una violación relativa a los derechos humanos. Ello iría más allá del análisis del sistema de protección de las inversiones, incorporándose un nuevo cuerpo normativo a la labor interpretativa de los tribunales de inversión.

El estado de situación, basado en los laudos arbitrales de tribunales *ad hoc*, nos lleva a constatar que los casos en los que los tribunales arbitrales sustentan su decisión haciendo referencia a tribunales internacionales de derechos humanos son ínfimos. No obstante, hay casos en los cuales tribunales arbitrales han sustentado sus decisiones en tribunales de derechos humanos, tal como sucedió en los casos Philip Morris contra Uruguay, Vattenfall contra Alemania, Tecmed contra México, Chevron contra Ecuador, Aguas de Tunari contra Bolivia o Renco contra el Perú. Si bien estos tribunales arbitrales han analizado aristas relativas a los derechos humanos en los laudos de inversión, cabe recordar que no hay precedentes vinculantes en el arbitraje, razón por la cual los tribunales arbitrales no están obligados a aplicar las decisiones de las cortes de derechos humanos en sus decisiones. Ello tampoco es óbice para señalar que ambos sistemas no confluyen en algún caso.

Los cambios políticos y sociales a nivel mundial están impulsando un proceso de renegociación de tratados de inversión, circunstancia que será de medular importancia, para que el sistema actual de solución de disputas de inversión busque y logre percibirse

como más legítimo. Los desafíos que se busca superar al tomar en cuenta otras consideraciones y tratados son:

- (i) Lograr un mayor equilibrio entre los derechos y deberes de inversionistas y Estados.
- (ii) La incorporación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los tratados de inversión. Ello debería ser considerado en los procesos de renegociación de manera decididamente clara, como obligaciones a ser cumplidas por los inversores y derechos exigibles por los Estados.
- (iii) La aplicación conjunta de tratados de inversión con otros tratados internacionales que protegen derechos colectivos o públicos, por parte de los tribunales de arbitraje *ad hoc*.

Asimismo, hay tratados internacionales que podrían ser considerados para su aplicación conjunta, tales como: los tratados sobre derechos humanos, el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos, el Convenio de Rotterdam sobre productos químicos peligrosos, los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), los tratados de la Organización Mundial de Salud (OMS), el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT OMS) o los tratados sobre la protección del patrimonio cultural de la humanidad.

Al día de hoy, estos tratados que no forman parte de la disciplina del DII, son considerados por los tribunales arbitrales como tales, con el objetivo de: o bien atenuar la responsabilidad del Estado; o verificar o no la razonabilidad del acto. Hay dos argumentos legales que posibilitan el análisis de otros tratados que no sean de inversión en un laudo, así:

- (i) El artículo 42.1 del Convenio CIADI, donde se indica que el tribunal resolverá la controversia de acuerdo a las normas acordadas por las partes, y a falta de acuerdo, conforme a la legislación del Estado receptor y las normas de derecho internacional que pudieran aplicarse. Esto indica que no se estaría alejando del análisis de las controversias de inversión, el incorporar otros tratados que protejan derechos colectivos.
- (ii) El artículo 31 numeral 3, literal c) sobre la interpretación de los tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que habilita al tribunal

de inversiones interpretar el tratado de inversiones tomado en consideración juntamente con el contexto de la controversia, cualquier norma del derecho internacional que sea pertinente.

Por otro lado, un asunto a ponderar es si es lo más eficiente «movilizar» todo un sistema como el de protección de las inversiones, siendo que “el régimen de protección de los derechos humanos y el DII están alejados de la concepción estatocéntrica del derecho internacional, por lo que los particulares pueden acceder directamente a mecanismos internacionales de protección frente a los Estados” (De Urioste, 2013, p.8).

Finalmente, es pertinente señalar que los más modernos tratados internacionales de inversión vienen incorporando cláusulas expresas relativas a la protección de los derechos humanos. Ello constituye un innegable estímulo para que los Estados e inversionistas alineen sus políticas; públicas o privadas, a estos mandatos y que se logre cierta interacción entre los derechos humanos y la protección de las inversiones extranjeras.

4.1.2 Sobre el grado de deferencia a la actuación estatal y la doctrina del poder de policía

Hay un ambiente de percepción que la «jurisprudencia arbitral» es un tanto «desbalanceada», favoreciendo los reclamos de los inversionistas a través de interpretaciones «expansivas» de los estándares de protección de las inversiones, sobre todo del estándar del trato justo y equitativo, en desmedro de la capacidad regulatoria de los Estados, en temas tan relevantes como derechos humanos, protección medioambiental y salud.

El asunto del alegado desbalance en las decisiones producto de las interpretaciones expansivas por parte de los tribunales es abordado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante CEPAL), que indica en una de sus publicaciones que “la vaguedad que presentan los TBI ha permitido interpretaciones expansivas de los derechos de los inversores” (CEPAL, 2010, p. 16). En ese sentido, se indica que, no obstante los laudos arbitrales no sean homogéneos, “sí se puede observar una tendencia general a aceptar interpretaciones expansivas de los derechos de los inversores, y en materia de expropiaciones esto se puede visualizar notoriamente” (CEPAL, 2010, p. 37). Tal como señalan Van Aaken y Sornarajah, esta cuestionable

situación se expresa cuando los árbitros aplican con rigidez las reglas contractuales que vinculan a los inversores con los Estados receptores y al mismo tiempo realizan interpretaciones expansivas de los TBI (como se citó en CEPAL, 2010, p. 56)

Esta «falla» supondría una afectación a la corrección del sistema y por ende a su sustentabilidad, dado que no habría legitimidad en el mismo. Pero no solo ello, sino que además puede tener como corolario que se subestime las potenciales consecuencias negativas en las políticas de interés público de los Estados. Incluso se llega a indicar que esta clase de «desbalances» afecta al Estado de Derecho. Sobre el particular, Schill (2017) explica:

Critics question the democratic accountability, independence and impartiality of arbitrators, disapprove of the vagueness of treaty standards, condemn the extent to which arbitrators' interpretations of these standards restrict the right of host states to regulate in the public interest, and deprecate the institution of investor-state dispute settlement [Los críticos cuestionan la responsabilidad democrática, la independencia y la imparcialidad de los árbitros, desaprueban la vaguedad de las normas de los tratados, condenan hasta qué punto las interpretaciones que hacen los árbitros de estas normas restringen el derecho de los Estados anfitriones a regular sobre el interés público y desaprueban al mecanismo de solución de diferencias inversor-Estado] (Schill, 2017, p. 3).

Otro aspecto directamente vinculado es que también se considera que los estándares de protección de las inversiones tampoco tienen una definición predeterminada. Todo ello ha generado un proactivo interés por parte de los Estados de firmar nuevos tratados de inversión, en el intento de restringir, de alguna manera, el alcance de los estándares.

Como muestra, en cuanto a la interpretación del alcance del estándar del trato justo y equitativo, se discute generalmente el alcance de las legítimas expectativas del inversor. Aquellos que defienden los intereses regulatorios del Estado opinan que las legítimas expectativas son interpretadas de manera amplia, de modo que siempre protejen los intereses del inversor. No obstante, del recuento de la casuística en materia de inversiones, podemos concluir que los tribunales generalmente interpretan que las expectativas sobre las cuales los inversores extranjeros sustentan sus inversiones no

atienden a criterios de alcance general o poco razonable, sino que más bien corresponden a compromisos específicos con un inversor o un grupo de inversores.

De este modo, los tribunales arbitrales analizan las medidas que afectan compromisos específicos brindados al inversor y analizan si las medidas fueron justificadas o no. De cierto modo, se lleva a cabo un análisis de *proporcionalidad*, donde se pondera entre: el interés público que motiva la norma; y, la justificación de la finalidad que tiene esta norma dada por el Estado y la afectación al inversor. En caso de duda, hay bastante deferencia hacia las medidas adoptadas por los Estados, tal como sucedió en el caso de Philip Morris contra Uruguay.

Consideramos también que los tan referidos «casos argentinos» muestran un balance en el análisis del estándar de las legítimas expectativas, dado que se puede apreciar que cuando los reclamos del inversor se vieron orientados a cuestionar medidas de alcance general tomadas por los Estados, argumentando que el «marco regulatorio fue modificado» o en contra del proceso de «pesificación», las defensas de los inversionistas no fueron exitosas. Mientras, los reclamos que sí prevalecieron apuntaron a una norma, a un inversor concreto; por ejemplo, cuando el gobierno argentino declaró que sus contratos de obra pública estaban sujetos a renegociación. Los diversos tribunales no consideraron que esta disposición estatal en sí misma fuera vejatoria de los tratados, sino que se realizó un análisis de la aplicación de esta disposición a cada inversor en concreto, tanto así que algunos inversores renegociaron sus contratos de manera casi automática y restablecieron el equilibrio de sus contratos, mientras que otros inversores permanecieron por mucho tiempo sin poder establecer alguna fórmula de equilibrio para ajustar sus tarifas, congelándolas por un largo periodo, situación que ya no parecía condecirse con el de la crisis económico-financiera de inicios de siglo en Argentina. Es ante esta última situación, que los tribunales arbitrales interpretaron que las medidas fueron irracionales y desproporcionadas.

Un caso donde se ilustra muy bien el tema de la deferencia hacia los Estados, es el caso líneas arriba mencionado de Tecmed c. México. En este caso, en el laudo arbitral se reconoce que en el análisis para determinar si una medida fue o no expropiatoria, se “tiene como punto de partida la necesaria deferencia debida al Estado al definir las razones de interés o utilidad pública en que funda su actuación y las formas bajo las que esta habrá de concretarse” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

Inversiones [CIADI], 2003, pp. 51-52). También este caso nos da luces acerca del alcance del necesario análisis de proporcionalidad de las medidas estatales, estableciendo que:

La proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que *la magnitud de dicho impacto* juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad”. (CIADI, 2003. p. 51)

El alegado desbalance en la evaluación entre la potestad regulatoria del Estado y los derechos del inversor no es una cuestión novedosa. Aparte de los casos antes mencionados, otro, no menos reconocido, es el de *Pope & Talbot* contra Canadá, en el cual Canadá refirió que el estándar del trato justo y equitativo tendría que estar restringido al del mínimo internacional. Este caso sirvió como un antecedente que dio origen a la harto referida nota interpretativa de 2001, en la cual los países miembros del TLCAN limitan la interpretación del estándar a futuro. No obstante el establecimiento de esta limitación a operar en futuros casos, podemos percibir que la interpretación del estándar en los casos posteriores no difiere sustancialmente de la dada cuando no había limitación alguna. Incluso el estándar del mínimo internacional ha ido evolucionando, desde su formulación inicial de 1926 en el caso *Neer* contra México. En tal sentido, es válido señalar que los estándares de protección de las inversiones tampoco permanecen inmutables en el tiempo. Como se puede apreciar, si hubiera tal desbalance, sería perceptible una variación en la conducta de los Estados en la negociación de los nuevos tratados de inversión.

Por otro lado, en casos como *El Paso Energy International Company* contra Argentina o *Total* contra Argentina, se estableció que la cláusula de trato justo y equitativo no es una cláusula de estabilización y que el Estado tiene toda facultad de modificar sus normas, dado que no existe norma inalterada en el tiempo.

Más allá de los argumentos más técnicos o propios de los casos de inversión, existen otras consideraciones que pensamos son igualmente relevantes y que sirven para una mejor comprensión de la iniciativa de la reforma del sistema. Bien es sabido que es imposible escapar de las circunstancias históricas, y la presente discusión sobre la reforma o cambio sistémico no está exenta de ellas. Como ya mencionamos anteriormente, el actual modelo de arbitrajes *ad hoc* ha atravesado por varias crisis y se

podría considerar que las décadas en las que ha venido siendo utilizado nos sirven como evidencia para discutir los aspectos más criticables, siendo uno de estos la aparente amenaza a la protección del interés público.

El carácter de especialísimo del arbitraje de inversión ha venido siendo criticado constantemente, dado que en este una de las partes es un inversionista y la otra un Estado, y dado que tienen naturalezas distintas (y que tutelan derechos distintos), se ha señalado que no es posible que ambos sujetos; uno privado y otro público, sean sometidos a estándares homogéneos. Se objeta que una medida pública pueda ser sometida al análisis de un tribunal compuesto por privados y además que estos la analicen en su integralidad, tiempo después de ser adoptada. Se cuestiona que los derechos de un inversionista puedan ser equiparables a una medida de alcance público.

De la misma manera, tenemos que el grado de deferencia es propio de cualquier actividad de adjudicación, ya sea de tribunales nacionales o internacionales. En este sentido, son los tribunales que luego de analizar los fundamentos de hecho y derecho, toman una decisión en el marco de un proceso, según su margen de apreciación. Así, los estándares de revisión de las medidas adoptadas por los Estados hacen referencia al escrutinio que realiza el decisor en una controversia de inversión en concreto, respecto de las regulaciones adoptadas por el tomador de decisión a nivel doméstico, evaluándose los requisitos fácticos y de ley.

En el caso *Chemtura contra Canadá* de 2010, el tribunal sostuvo que los ministerios manejan áreas altamente especializadas que determinan sus políticas gubernamentales y de Estado de manera objetiva, apelando a la ciencia. Algo similar se consideró en el caso *Crystallex International Corporation contra Venezuela* de 2016, donde el tribunal arbitral tuvo a bien considerar que las autoridades domésticas deberían gozar de un alto grado de deferencia, en virtud de su competencia, experiencia y la proximidad con la situación objetiva sometida a análisis. Como se aprecia, un factor importante tomado en cuenta por estos tribunales es el de la «pericia» con la que cuenta el tomador de la decisión primaria, que tiene conocimientos específicos, altamente especializados, lo que podría justificar un alto grado de deferencia por parte del tribunal arbitral. En el anteriormente citado caso de *Philip Morris contra Uruguay*, el tribunal determinó un amplio margen de apreciación para las autoridades uruguayas respecto de las medidas adoptadas para combatir el tabaquismo.

El que un decisor considere cierto grado de *deferencia* para con el actuar estatal, es relevante en la medida que implique que se realice un balance o ponderación de la medida adoptada; es decir, cuando sea necesario examinar si la medida fue la adecuada para lograr un objetivo legítimo, si había otras medidas menos restrictivas, y si fue razonable y proporcional. Es en esta circunstancia donde se debe ponderar intereses aparentemente contrapuestos, donde el concepto de deferencia cobra importancia. La noción de deferencia es pertinente en la medida que el estándar conduzca a la ponderación de intereses contrapuestos. Caso contrario, cuando haya disposiciones específicas adoptadas en los tratados, no existirá la necesidad de llevar a cabo análisis alguno, bastando solo la remisión al texto del tratado para determinar cuándo se produjo la trasgresión de determinado estándar, no siendo necesaria ponderación alguna de derechos, y no teniendo asidero la noción de deferencia.

El examen de ponderación o lo que los anglosajones denominan como *balancing*, básicamente tiene como objeto el análisis de *la razonabilidad* y *la proporcionalidad* de las medidas adoptadas. En tal sentido, para determinar si una medida fue razonable o proporcional, se debe examinar si esta fue efectivamente un medio para alcanzar un objetivo legítimo, y por otro lado, si existían otros medios menos lesivos que hubieran permitido alcanzar el mismo propósito.

Los contextos de crisis llevan a los Estados a la adopción de medidas. En tal sentido, la presente crisis sanitaria y las medidas adoptadas pueden ser analizadas bajo tres perspectivas:

- (i) Estándares sustantivos de protección de las inversiones: pudiendo analizar el cumplimiento o no del estándar del trato justo y equitativo o protección en caso de expropiación.
- (ii) Medidas no precluidas: en caso de que el Estado cuente con algún tratado que las haya contemplado. Por ejemplo, el tan citado artículo 11 del TBI entre Argentina y Estados Unidos de 1991, analizado en los paradigmáticos «casos argentinos».
- (iii) Estado de necesidad: defensa propia del derecho internacional consuetudinario. En el artículo 25 del texto de proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en inglés, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*,

de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se desarrolla la defensa de necesidad. La redacción es la siguiente:

Article 25. Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

- (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
- (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

- (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
- (b) the State has contributed to the situation of necessity.

Artículo 25. Necesidad

1. Un Estado no podrá invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado, a menos que ese hecho:

- (a) sea el único medio para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- (b) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En cualquier caso, el estado de necesidad no podrá ser invocado por un Estado como causa de exclusión de la ilicitud si:

- (a) la obligación internacional en cuestión excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

(b) el Estado ha contribuido a la situación de necesidad. (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001)

Aquí se determina que ningún Estado puede invocar esta defensa como causa de exclusión de ilicitud del hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional asumida por ese Estado, salvo medien dos circunstancias (numeral 1). Supone que un Estado deba tomar determinadas medidas para evitar o mitigar daños graves. Se invoca en casos más generales de emergencia.

Estas posibilidades de defensa de los Estados, nos conducen a afirmar que el estándar de deferencia no será es mismo para *todos* los casos de inversión. Esto, porque la carga argumentativa en cada procedimiento *ad hoc* depende de la defensa que postule el Estado, de los hechos en concreto y de la redacción del tratado bajo análisis. A modo de ejemplificación, para que se postule una defensa exitosa basada en el estado de necesidad, hay que tomar en cuenta que esta supone un alto nivel de exigencia y que es de muy difícil acceso; puesto que es harto complicado lograr argumentar con éxito que una medida fue justa y equitativa. En virtud de ello, el grado de deferencia va a variar dependiendo del tipo de defensa –o norma– según la cual se analice una medida en concreto.

También hay que considerar la situación fáctica en la que se dicta la medida objeto de análisis. Ciertamente, en contextos de crisis graves, donde se requiera que el tomador de la medida actúe con rapidez, habría que considerar que esta fue adoptada en una excepcional coyuntura. Los juicios posteriores, si bien podrían ser técnicos, muchas veces son indiferentes hacia las necesidades apremiantes que llevaron a tomar una medida que pudiera haber afectado los derechos del inversionista.

Tal como se indicó líneas arriba, la flexibilidad de los arbitrajes *ad hoc* es la mejor manera de concebir al derecho internacional de las inversiones. Precisamente, el hecho que haya un modelo *flexible* para juzgar cada caso en particular es el escenario más adecuado, ya que es posible analizar las medidas dependiendo de las circunstancias particulares y de la conducta del Estado y del inversor.

Es válido afirmar que, pese a la «apariencia de desbalance» del sistema de solución de controversias de inversión, la «jurisprudencia arbitral» a la postre, resulta siendo incipiente. La casuística ha sido más abundante durante las últimas dos décadas, por lo que podríamos señalar que pese a lo novedoso del sistema, la «tendencia interpretativa» de los tribunales arbitrales ha sido bastante coherente en lo que respecta la consecución de un balance entre derechos del inversor y la potestad regulatoria de los Estados.

De lo anterior se desprende que no hay evidencia concreta que lleve a afirmar que hay un sesgo a favor de los inversionistas y salvo algunos Estados –dígase de Bolivia, Venezuela y hasta hace muy poco, Ecuador– que han denunciado al sistema CIADI y a sus AII, la gran mayoría de países emplean el sistema de arbitrajes *ad hoc*, y por otro lado impulsan políticas de renegociación de tratados de inversión, con innovaciones y delimitaciones que en gran medida recogen la experiencia empírica de los casos en materia de protección de inversiones. Las renegociaciones podrían ser una herramienta práctica y eficiente de establecer un marco regulatorio lo más «claro» posible. Pretender la absoluta claridad es por la naturaleza misma de la disciplina del derecho internacional de inversiones, un hecho improbable.

Dentro de la discusión sobre la recuperación de la legitimidad del sistema de solución de controversias de inversión, lo óptimo sería que se busque recuperar el equilibrio en el análisis de los derechos y obligaciones de ambas partes. Así, podemos afirmar que la exclusiva remisión al contenido de los tratados de inversión –considerando que la mayoría de estos son antiguos tratados– no es suficiente, más aún en tiempos de cambios sociales globales. Sin lugar a duda, sería importante que en el análisis de los decisores se incorporen otros tratados que apunten a intereses colectivos. La evaluación conjunta de tratados de inversión y tratados que normen intereses públicos serviría también para analizar la razonabilidad de la medida estatal y revestiría de mayor legitimidad las decisiones arbitrales, recordando también que estos tratados son normas con rango internacional.

Tal como se mencionó previamente en el trabajo, el arbitraje de inversiones es uno de naturaleza mixta, donde hay un análisis entre legítimos intereses privados y públicos. Estos últimos deben ser protegidos a través de más «modernos» tratados de inversión y del análisis paralelo de tratados conexos, lo que se reflejaría en los laudos de inversión, sin la necesidad de establecer una corte multilateral. No olvidemos que en la

fase inicial del arbitraje de inversiones, el Convenio CIADI no solo promovía la figura del arbitraje de inversiones como un mecanismo para la «promoción y protección de las inversiones», sino que además hacía referencia a que las inversiones contribuyeran al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, lo que va directamente ligado al concepto de interés público.

También hay que considerar que el debate que se lleva a cabo en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, es paralelo al acontecimiento de la emergencia sanitaria y de los futuros «casos covid» que de esta se deriven. Estos casos sin lugar a duda pondrán en evidencia y acentuarán las necesidades de cambio, o más bien, de los cambios que realmente resulten necesarios.

4.1.3 ¿Conflicto entre la doctrina del poder de policía y la de los *sole effects*?

Se puede encontrar referencias de la doctrina del poder de policía, *police powers* o *droit de police* en el derecho internacional –específicamente, en literatura sobre expropiación indirecta–, aunque la definición de su alcance es incierta.

Una buena aproximación la hallamos en el caso Sedco, donde el tribunal de reclamaciones Irán-Estados Unidos señala que es "un principio aceptado de derecho internacional que un Estado no es responsable del perjuicio económico que sea consecuencia de una «regulación» de buena fe dentro del poder de policía aceptado de los Estados".

Justamente esta doctrina ha sido considerada como defensa del Estado en varios casos. Los tribunales arbitrales generalmente han evitado discutir acerca de esta potestad, avocándose más bien a temas de jurisdicción o a calificar si se está ante una inversión o no, tal como sucede en el caso Pac Rim contra El Salvador.

En el caso mencionado anteriormente, El Salvador emitió leyes que suspendían derechos mineros con la finalidad de proteger el medioambiente. Pac Rim demandó por concepto de expropiación indirecta y violación del trato justo y equitativo. Finalmente, el tribunal arbitral decidió a favor de El Salvador, no basándose en el poder de policía, sino que finalmente se determinó que, conforme a ley, el inversionista aún no había adquirido la totalidad de permisos requeridos para continuar con sus operaciones, por lo que no contaba con un derecho sujeto a protección bajo el tratado.

Así, el reconocimiento de la defensa del *droit de police* es de larga data, y fue incluido en los *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* o proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de 2001. Asimismo, fue reconocida por primera vez en el caso Chemtura contra Canadá, donde Canadá estableció ciertos reglamentos prohibiendo el uso del químico lindano, perjudicial para la salud pública. Aquí, el tribunal determinó que un reglamento emitido de buena fe, con finalidades legítimas para un Estado, que no sean lo suficientemente discriminatorios y sean proporcionales a su objetivo, no implican la obligación de compensar. Vale puntualizar que esta defensa basada en el poder de policía es una defensa que «tiene éxito» en casos donde se alegue expropiación indirecta, pero no ocurre lo mismo ante otra naturaleza de reclamos.

La doctrina del poder de policía va a adquirir particular relevancia, ya que ha sido reconocida en temas como la salud pública, tal como sucedió en el caso Philip Morris contra Uruguay, donde en el análisis de expropiación indirecta también se hizo un análisis del rol del poder de policía y se determinó que Uruguay había regulado de buena fe sobre la salud pública de sus ciudadanos, razón por la cual no existía la obligación de compensar. Philip Morris cuestionaba dos medidas puntuales que adoptó el Estado uruguayo respecto al control sobre el consumo de tabaco; alegando expropiación indirecta, dado que las medidas adoptadas afectaron significativamente su marca. Por otro lado, el inversionista planteó que se pudieron adoptar otras medidas por parte del Estado para proteger el interés público que buscaba tutelar y que resultasen menos adversas para el inversionista. El tribunal descartó llevar a cabo dicho análisis, aduciendo que ello conducía a analizar una situación «hipotética».

Particular atención merece la referencia que se hace en el laudo de Philip Morris a un muy antiguo caso de 1903: Bishop contra Venezuela. Este antiguo caso cobra vigencia hoy, puesto que se originó en lo que en aquel entonces fue la pandemia de la viruela. Los hechos nos remiten a un propietario del servicio de carriles que había tomado como pasajeros a personas que supuestamente estaban infectadas con este virus, por lo que los carriles fueron expropiados por razones de salud pública. La Comisión Mixta de Reclamaciones de este caso –puesto que en aquel entonces no existían mecanismos como el CIADI– determinó que: ciertamente durante la epidemia de una enfermedad infecciosa, no puede haber responsabilidad por el ejercicio razonable del poder de policía. Esta afirmación, al parecer cobrará impacto en el escenario actual. Evidentemente, los

tribunales deberán evaluar caso por caso el comportamiento del Estado y del inversionista en las circunstancias en específico, vale decir, se deberá analizar si hubo racionalidad, proporcionalidad o discriminación.

Hay una serie de elementos a ser considerados: si las medidas tuvieron fundamentos razonables; si fueron adoptadas sobre una base científica sólida; si fueron concordantes con el propósito público; y, si fueron tomadas de buena fe. En el laudo del caso Methanex contra Estados Unidos se resaltan estos elementos.

El tema de la buena fe también se aborda en el laudo de Philip Morris, donde se analiza si las medidas fueron adoptadas de buena fe, de forma no discriminatoria, si las medidas adoptadas fueron proporcionales para los objetivos que se buscaban perseguir y si el medio que se utilizó para la protección de esos intereses era adecuado considerando las circunstancias. Como se aprecia, el tema de la buena fe en la actuación de los Estados también es un importante asunto a tomar en cuenta.

Expuesto todo lo anterior, como explica Mostafa (2008), la doctrina del poder de policía es vista como más favorable al derecho de regular de los Estados (p. 267). No obstante, el mismo autor indica que solo ciertos fines deben ser incluidos dentro del poder de policía (Mostafa, 2008, p. 273). De hecho, ese es el criterio más seguido por la doctrina y jurisprudencia internacionales.

Por otro lado, una de las principales críticas que se hace al actual sistema también radica en considerar que, cuando se inicia un procedimiento arbitral, tanto inversionistas como Estados están naturalmente a la expectativa de la decisión final. Esto provoca que las políticas públicas del gobierno se vean estancadas o postergadas; fenómeno conocido como la «parálisis» o el «congelamiento» normativo, en inglés, *regulatory chill*. Por ello, hay quienes consideran que hay una suerte de desbalance; donde el inversionista es quien de cierta manera determina cuándo y cómo se establecerán las políticas públicas de los Estados.

Como muestra, en casos donde se ha debatido la procedencia de una medida que preserve la salud pública, los tribunales consideraron que la medida fue adoptada adecuadamente. Como referencia contamos con los ya mencionados casos de Philip Morris contra Uruguay o de Chemtura contra Canadá. Otros casos, donde la defensa de la medida no fue exitosa, dependió en gran parte al modo en que las partes presentaron las pruebas, y no necesariamente a un «sesgo» de los tribunales de inversión a favor de

los inversionistas, tal como ocurrió en los casos de Eli Lilly contra Canadá o el de SD. Myers contra Canadá. En este último caso, si bien el Estado adoptó una medida para proteger la salud pública y medioambiental, no se logró probar satisfactoriamente que las medidas adoptadas estaban fundamentadas sobre evidencia científica contundente, por el contrario, se determinó que la medida estaba primordialmente orientada a la protección de la industria canadiense de la competencia estadounidense. En todos estos casos, mientras los Estados esperaron con incertidumbre los resultados de las decisiones de los procedimientos, se abstuvieron de emitir normativa doméstica que más adelante pudiera resultar «contraproducente» a sus legítimos intereses.

Un aspecto fundamental a tomar en cuenta en el contexto actual de pandemia será analizar el objetivo de la medida; si esta fue efectiva o realmente conducente a mitigar los efectos de la pandemia y no más bien orientada a otra clase de pretensiones, como podría ser el establecimiento de políticas más extensas previas a la pandemia o políticas macroeconómicas totalmente desvinculadas, tomando como excusa la ocurrencia de la pandemia.

Por lo tanto, sería correcto afirmar que la tendencia de los arbitrajes de inversión, en el tema de protección de la salud pública –aunque podría extenderse a toda controversia de inversión– es que se tenga un amplio margen de apreciación para con las medidas estatales, eso sí, debiendo estas ser tomadas de buena fe, con el afán de proteger un derecho colectivo, no siendo discriminatorias y siendo proporcionales. En la medida que los Estados ejerzan su potestad soberana en estos términos, las medidas no serán consideradas ni violatorias del estándar del trato justo y equitativo, ni expropiatorias.

Al analizar la importancia del propósito público de las medidas estatales y utilizarlo como parámetro para analizar las medidas adoptadas por los Estados, también resulta pertinente remitirnos a la doctrina de los *sole effects* o doctrina de los efectos o del solo efecto. Esta hace referencia al estándar legal que debe aplicar un tribunal para determinar si se dio un acto de expropiación indirecta resultante de la actividad regulatoria del Estado. Generalmente se concibe esta figura como proinversionista (Mostafa, 2008, p. 267). De este modo, el tribunal analiza el efecto, ya sea sobre el valor o sobre el control de la inversión, llevando a cabo un análisis de la magnitud y de la temporalidad de la medida adoptada, pero haciendo incidencia en el efecto que produce la medida estatal sobre los derechos del inversor. Como se aprecia es relevante analizar el efecto objetivo que produjo la medida en cuestión y no la intencionalidad del Estado,

que sería una consideración más bien subjetiva y que no representaría en ningún caso un atenuante de la conducta estatal infractora; por el contrario, serviría como un agravante en caso se determine que había una motivación expropiatoria por parte del Estado.

En la doctrina mayoritaria se considera que un Estado tiene la facultad de expropiar. No obstante, puede ocurrir que la expropiación se materialice aún cuando el Estado señale que su intención como tal no tiene motivación expropiatoria. Según la doctrina de los *sole effects*, si el *resultado* de la medida es expropiatorio, entonces ese sería el enfoque que debería tomar en cuenta el tribunal. En esta línea lógica, la «intencionalidad» del Estado, sea cual fuere es –a lo sumo– una consideración de carácter secundario, mas no un elemento constitutivo de la expropiación indirecta como tal. En otros términos, aún cuando se analice la «intencionalidad» del Estado, esta no servirá como un atenuante, ni como una defensa, sino como un agravante. Como se aprecia, la conducta estatal no servirá para determinar si existe un acto expropiatorio o no, pero sí puede ser considerada como un agravante para la determinación de los efectos de la medida estatal.

Existe la necesidad que medie un real interés o propósito público –por ejemplo, en los casos de expropiación indirecta– como justificante de la medida estatal. Sin embargo, hay que resaltar que hay ciertos elementos subjetivos que determinarían si efectivamente nos encontramos ante un propósito público, que básicamente pasa por analizar la intencionalidad que motivó la medida estatal, lo que nos remite a la doctrina del poder de policía. Evidentemente, ante la complejidad que implica analizar la ocurrencia de una expropiación indirecta, la doctrina de los *sole effects* hace referencia a cuál sería estándar legal para determinar o no la ocurrencia de una expropiación indirecta como resultado de la actividad regulatoria del Estado, intentando aportar cierta objetividad al análisis del tribunal.

En el caso de Philip Morris contra Uruguay, el tribunal descartó resolver la cuestión de la expropiación en base a la doctrina de los *sole effects*, dada la alegada pérdida del valor de la marca del inversionista y si bien no se resuelve el caso en base a la doctrina del poder de policía, sí hace mención a esta. Este tribunal acoge esta doctrina, justamente porque implica elementos de subjetividad; donde el análisis implica determinar la proporcionalidad, legitimidad de la medida y si fue diseñada, adoptada e implementada a favor de un interés público, mereciendo tal medida la protección frente a cualquier cuestionamiento de conformidad con el derecho internacional.

Naturalmente, el Estado podría tener más éxito planteando una defensa basada en el poder de policía, dado que esta contiene elementos de subjetividad que se adecuarían más a las circunstancias actuales de pandemia. Habrá que esperar el análisis de los laudos arbitrales para estudiar cómo es que los tribunales interpretan el elemento de la subjetividad. Dadas las futuras demandas producto de las medidas adoptadas por los Estados para paliar los efectos adversos de la pandemia y salvaguardar la salud pública, se avizora un «conflicto» entre la doctrina de los *sole effects* y la del poder de policía.

4.1.4. Las cláusulas de excepción en los acuerdos internacionales de inversión como defensa de los Estados

En diversos AII se custodia la facultad regulatoria de los Estados, a través de los regímenes de excepción, generalmente conocidos como medidas no precluidas o *non precluded measures*, en inglés. Estos instrumentos también pueden denominarse de diversas maneras en los tratados: excepciones, medidas disconformes, entre otras.

La razón de ser de estas medidas es la de resguardar la autonomía regulatoria de los Estados; restableciendo los riesgos y costos de las medidas estatales adoptadas, y que estos se trasladen a los inversionistas.

Más allá de los instrumentos que contiene el derecho internacional consuetudinario, algunos tratados de inversión –sobre todos los de última generación– contemplan las medidas no precluidas, las mismas que habilitan que los Estados adopten medidas en circunstancias específicas. Así, se protegen intereses públicos tales como: la salud pública, seguridad pública, orden público, patrimonio cultural, medioambiente, entre otros. Por más que sea naturalmente evidente que un Estado deba tutelar intereses públicos, no es suficiente la voluntad de proteger, sino que también hay requerimientos que los Estados deben cumplir para que estas medidas se encuentren protegidas bajo esta figura.

Los intereses esenciales a salvaguardar pueden ser de lo más variados y en los AII no se establecen límites acerca de las clases de medidas regulatorias que quedan excluidas de la cobertura de los AII.

Las medidas regulatorias adoptadas dentro de las competencias de los Estados, en situaciones de emergencia, podrían afectar derechos de inversionistas, los cuales podrían

apelar a los estándares de protección genéricos contenidos en el derecho internacional consuetudinario. Los Estados también pueden contar con mecanismos que, ante la ocurrencia de situaciones límite, justifiquen las regulaciones adoptadas.

Frente al eventual planteamiento de arbitrajes de inversión ante el incumplimiento estatal, el régimen de excepción contenido en los AII podría ser una alternativa, que de ser adecuadamente planteada en la defensa jurídica de los Estados, supondría la exención de responsabilidad. Para tal efecto, deben analizarse con prudencia las circunstancias particulares y la manera en la que estas cláusulas han sido establecidas en cada tratado. Al estar expresamente contenidos en los diversos tratados, se discute si es que estas cláusulas otorgan *per se* la anuencia para adoptar medidas gubernamentales, o si son más bien empleadas como una defensa a invocarse, con el objeto de eludir la responsabilidad por los actos estatales.

Cabe destacar que podemos encontrar este tipo de medidas establecidas en tratados de inversión; así, el TBI Modelo de los Estados Unidos de América de 2012 de cierta manera presenta la posibilidad de invocar medidas que son autojuzgables por el Estado, siendo este quien tenga la potestad de determinar la correcta toma de la medida frente a un hecho o violación de una obligación internacional asumida en un AII.

Otra muestra de una medida no precluida se puede hallar en el Acuerdo Integral Económico y Comercial de Europa con Canadá (CETA por sus siglas en inglés), que en el numeral 3 del Anexo 8-A establece:

Except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations [A medidas a excepción de la extrema circunstancia donde el impacto de la medida o serie de medidas sea tan severo a la luz de su propósito, que parezca como manifiestamente excesiva, las medidas no discriminatorias de una parte que son diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud, seguridad y medioambiente, no constituyen expropiaciones indirectas]. (Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá, 2017)

Igualmente, el Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de la India, firmado el 25 de enero de 2020 y aún no vigente, estipula en el artículo 23. 1 un régimen de excepciones generales y en el 24, excepciones de seguridad. En el régimen de excepciones generales se señala lo siguiente:

23.1 Nothing in this Treaty *shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures of general applicability applied on a non-discriminatory basis* [cursivas añadidas] that are necessary to:

- a) protect public morals or maintaining public order;
- b) protect human, animal or plant life or health;
- c) ensure compliance with law(s) and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Treaty;
- d) protect and conserve the environment, including all living and nonliving natural resources; or
- e) protect national treasures or monuments of artistic, cultural, historic or archaeological value.

23.1 Nada de lo dispuesto en este Tratado *se interpretará en el sentido de impedir la adopción o ejecución por una Parte de medidas de aplicabilidad general aplicadas sobre una base no discriminatoria* [cursivas añadidas] que sean necesarias para:

- a) proteger la moral pública o mantener el orden público;
- b) proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal;
- c) garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos que no son incompatibles con las disposiciones de este Tratado;
- d) proteger y conservar el medio ambiente, incluidos todos los recursos naturales vivos y no vivos; o

- e) proteger los tesoros o monumentos nacionales de carácter artístico, cultural, histórico o valor arqueológico. (Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de la India, 2020)

Es decir que la adopción de medidas por parte de los Estados, en tanto no sean discriminatorias y se den con objeto de proteger los intereses públicos estipulados, no serán proscritas por el tratado.

También a modo de ilustración, en el TLC entre Australia y el Perú, suscrito en 2018 y con entrada en vigor en 2020, en su artículo 8.18 se establece un régimen general de excepciones. Así:

1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Chapter shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures:

- a) *necessary to protect human, animal or plant life or health;*
- b) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Chapter;
- c) imposed for the *protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;* or
- d) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

2. *The Parties understand that the measures referred to in subparagraph 1(a) include environmental measures to protect human, animal or plant life or health, and that the measures referred to in subparagraph 1(d) include environmental measures relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources. [cursivas añadidas]*

1. Con sujeción al requisito de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre inversiones o entre inversores, o una restricción encubierta del comercio o las inversiones internacionales. Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir la adopción o ejecución por una Parte de medidas:

a) *Necesaria para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal;*

b) necesario para asegurar el cumplimiento de leyes o reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones de este Capítulo;

c) impuestos para la *protección de los tesoros nacionales de arte, historia o valor arqueológico;* o

d) relativo a la *conservación de los recursos naturales* agotables vivos o no vivos.

2. *Las Partes entienden que las medidas a que se refiere el subpárrafo 1 (a) incluyen medidas ambientales para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que las medidas referidas en el subpárrafo 1(d) incluyen medidas ambientales relacionadas con la conservación de los recursos naturales agotables, vivos o no vivos. [cursivas añadidas] (Tratado de Libre Comercio entre Australia y el Perú, 2018).*

Como se observa, en el más reciente TLC negociado por el Perú, el tratado habilitó que el Estado adopte *medidas* para sectores que se consideran especialmente importantes para las partes, tales como: la vida, la salud humana, protección de tesoros históricos o arqueológicos y la conservación de recursos naturales.

Ahora, respecto al contexto en que deben ser analizadas las medidas, se consideren autojuzgables o no, se debe considerar si es que se tiene como base un AII; que lo óptimo es afirmar que se deben analizar en el contexto histórico en el que fueron tomadas, puesto que es justo en esos momentos críticos que el Estado debió actuar; y, que no tenía certeza alguna de la eficacia de las mismas. Naturalmente, las consecuencias serán apreciables a futuro y serán también materia de un análisis posterior harto complejo, sobre todo para la posición de los Estados.

En el análisis posterior del contexto temporal de las medidas estatales, sean estas objetivas o no, debe analizarse si el Estado cumplió con los estándares de protección de las inversiones contenidos en el tratado; en consecuencia, deben tomarse en cuenta factores como: si las medidas fueron discriminatorias (para los inversionistas nacionales o extranjeros), si fueron razonables y si fueron legales.

Ahora bien, el empleo de las medidas no precluidas dependerá de la redacción específica en cada tratado de inversión. Ello implica que, ante redacciones diferentes, se tendrá grados de deferencia distintos. Tampoco el hecho que los tratados incluyan estas medidas, da licencia a que las decisiones estatales sean discriminatorias, injustificadas o arbitrarias. No hay que olvidar que hay límites a considerar como el de la *transitoriedad* o *temporalidad* de la medida, de ahí que no se pueda alegar irracionalmente una situación de emergencia para justificar una medida estatal que razonablemente ya no está vinculada con los hechos en el tiempo y que podría considerarse que fue adoptada incluso de mala fe. Como muestra, los casos Lg&E, Total, National Grid contra Argentina nos dan como criterio interpretativo que las medidas estatales son aceptables o justificables por un periodo de tiempo determinado.

Como se indicó párrafos más arriba, los grados de deferencia y posibles interpretaciones por parte de los decisores, dependerán de las diferentes redacciones en el texto de los tratados. Tenemos algunos ejemplos que así lo demuestran.

El ya referido artículo 11 del TBI entre la República Argentina y Estados Unidos de América, donde se establece que este tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las partes de las «*medidas necesarias para*» el mantenimiento del orden público, restauración de la paz o seguridad internacionales o la protección de sus propios intereses de seguridad. Este artículo fue argumentado en casi la totalidad de «casos argentinos» como una medida no precluida de defensa, ante las mas de 49 reclamaciones presentadas por los inversionistas estadounidenses, más allá que las defensas del Estado hayan resultado exitosas o no.

Por otro lado, en la redacción del TBI entre la India y Mauricio de 1998, que no se encuentra ya en vigor, se estableció en su artículo 11. 3, sobre la ley aplicable, una redacción donde en vez de emplear la expresión «*medidas necesarias para*», se emplearon los términos «*medida dirigida a*», como vemos a continuación:

The provisions of this Agreement shall not in way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other *action which is directed to* [cursivas añadidas] the protection of its essential security interests, or to the protection of public health or the prevention of diseases in pests and animals or plants [Las disposiciones del presente Acuerdo no limitarán en modo alguno el derecho de cualquiera de las Partes Contratantes a aplicar prohibiciones o restricciones de cualquier tipo o a tomar cualquier otra *medida dirigida a* [cursivas añadidas] la protección de sus intereses esenciales de seguridad, o a la protección de la salud pública o a la prevención de enfermedades en plagas en animales o plantas] (Tratado Bilateral de Inversiones entre la India y Mauricio, 1998).

Esta cláusula fue analizada en el caso CC Devas contra la India, donde se determinó que al tener una redacción distinta a la del TBI entre Argentina y Estados Unidos, no era posible una referencia analógica a la corriente interpretativa que se desarrolló en los «casos argentinos». En virtud de ello, y dada la redacción del TBI entre la India y Mauricio, el grado de deferencia otorgado a las medidas estatales en ese caso en particular, fue de un grado intermedio.

Otra redacción está contenida en el TBI de Argentina y Catar firmado en 2016, el cual, en su artículo 10, sobre el derecho a regular, tiene una similar redacción a la del Tratado Modelo de los Estados Unidos:

Ninguna de las disposiciones del presente Tratado afectará el derecho inherente de las Partes Contratantes a regular dentro de sus territorios a través de las *medidas necesarias para* [cursivas añadidas] lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, y la protección social y del consumidor.

No obstante, también podemos observar que en el artículo 13, numeral 1, literal b) sobre medidas de seguridad del mismo tratado de inversión antes mencionado, se opta por aplicar estas medidas a modo discrecional y en vez de emplear la redacción de «*medidas necesarias para*» se opta por la de «*medidas que considere necesarias para*». La redacción es la siguiente:

1. Ninguna de las disposiciones del presente Tratado se interpretará en alguno de los siguientes sentidos:

b) como una disposición que prohíba a una de las Partes Contratantes aplicar *medidas que considere necesarias* [cursivas añadidas] para la protección de sus intereses de seguridad esenciales.

Este escenario supone que los tribunales arbitrales otorguen un notable grado de deferencia al Estado, quien tiene el margen discrecional para la aplicación de una medida en situaciones determinadas y con el único filtro del estándar de la buena fe.

El ya mencionado CETA entre Canadá y la Unión Europea, también posee una redacción conducente a otorgar un mayor margen de discreción al Estado cuando regula para proteger el interés público. El uso de expresiones como: «arbitrariedad manifiesta» (artículo 8.10, numeral 2, literal c), «discriminación específica por motivos manifiestamente injustos» (artículo 8.10, numeral 2, literal d), apelar al «trato abusivo» (artículo 8.10, numeral 2, literal e), o redacciones que estipulan que las partes se comprometen a revisar periódicamente el contenido de la obligación de dar trato equitativo y justo (artículo 8.10, numeral 3), para determinar la transgresión del estándar del trato justo y equitativo, dan cuenta de la deferencia que se tiene con las medidas estatales.

De esta manera, los Estados deben considerar que las medidas adoptadas deben tener un «nexo» con el objetivo deseado. Así, algunas características de las medidas deben ser que estas sean: necesarias, relacionadas al fin, proporcionales, razonables, no discriminatorias, ni arbitrarias.

De este modo, se puede apreciar que las diferentes redacciones podrían determinar un grado de deferencia más reducido o amplio por parte de los tribunales arbitrales.

En tratados de inversión de última generación –como el TBI modelo de los Estados Unidos de América– se establece específicamente que el «carácter autojuzgable» de las medidas lo determinará el propio Estado que las adopte, de modo que el tribunal arbitral está liberado de hacer tal análisis.

Como se puede apreciar, el *autojuzgamiento* que tienen los Estados mediante la inclusión de las medidas no precluidas en los tratados de inversión, supone una nueva visión de las estrictas exigencias del derecho internacional consuetudinario.

A modo de referencia, hay una serie de casos donde se aprecia la discusión de la calidad de *autojuzgables* de las medidas estatales, por ejemplo: CMS, LgyE, Sempra, Continental, Enron, el Paso, entre otros.

La discusión que se generó en torno al artículo 11 del TBI entre la República Argentina y Estados Unidos de América sobre si es autojuzgable la aplicación de medidas por parte de los Estados, ha dejado abierta la discusión y seguramente será materia de análisis en futuros laudos arbitrales postpandemia donde se invoque el estado de necesidad.

La «postura argentina» se basó en el artículo 11 de su TBI con Estados Unidos de América. Se alegó que las medidas adoptadas eran autojuzgables y que la competencia del tribunal arbitral se limitaba a interpretar la buena o mala fe con la que actuó el Estado.

Por otro lado, la «postura de los inversionistas» argumentaba que las medidas adoptadas no eran autojuzgables por el Estado, sino que más allá de la buena o mala fe, los tribunales debían analizar sustantivamente si los requisitos del artículo 11 de TBI en cuestión, se cumplían o no.

Los «casos argentinos» son un importante referente, rico en el análisis de las posturas y argumentos de inversionistas y Estados. Y como ya bien se señaló, pese a que el análisis llevado a cabo por los tribunales en los laudos no es vinculante, sí constituye una fuente importante a la cual se puede recurrir, en el sentido en que en estos se analizan diversas figuras del DII.

Del repaso de la «jurisprudencia arbitral», se puede colegir que no necesariamente hay una interpretación tan «expansiva» de las disposiciones de los AII ni de los estándares de protección de las inversiones, como ciertas corrientes afirman. Los nuevos tratados que han surgido en los últimos 10 años y que incluyen estas medidas, no necesariamente son discordantes con la «jurisprudencia arbitral» que ha venido desarrollándose con los años y con la interpretación de los estándares por parte de los tribunales arbitrales. Las medidas no precluidas, más bien, sirven como una herramienta para establecer de manera más clara cuál es el límite o alcance de los diferentes estándares de protección de las inversiones.

Será de singular importancia examinar el resultado de los casos que se originen durante y luego de la pandemia y evaluar qué tanto alcance tienen estos instrumentos en los casos en concreto, puesto que no se trata de argumentar casi a perpetuidad que las

medidas adoptadas durante la pandemia son una suerte de justificación para violar compromisos internacionales específicos y pretender que un tribunal arbitral o cualquier decisor consideren estas excusas como válidas.

Hay que puntualizar que la mayoría de los casos invocarán justamente tratados de inversión que no incluyen este tipo de instrumentos, puesto que las medidas no precluidas han sido acordadas en tratados más modernos, de 2009 en adelante. Quizás este sea el camino para que los Estados renegocien sus tratados más antiguos y establezcan este tipo de herramientas que otorguen más holgura al proceder estatal en circunstancias específicas de interés público.

El «caldeado e incierto panorama» en el que estamos inmersos; con la ocurrencia de la pandemia, conflictos bélicos, cambios climáticos o desafíos económicos, configuran un escenario comparable al vaticinio que hiciera Kaplan (2000), al postular que los conflictos étnicos y religiosos, las enfermedades, la escasez medioambiental, la superpoblación y la expansión de las grandes ciudades, serían los principales conflictos en el siglo XXI, los cuales finalmente terminarían por diluir la estructura política y el tejido social de todos los países del mundo, de forma moderada y gradual (p. 17-74).

Apelando en la medida de lo posible al optimismo y adentrándonos en el análisis del tema que nos ocupa, de cara al escenario actual postpandemia, diversos Estados han tomado una serie de medidas para enfrentar «las emergencias globales», que involucraron bloqueos y restricciones, situaciones que en muchos casos han podido haber afectado los derechos y obligaciones de los inversionistas. Históricamente, no es la primera emergencia sanitaria a la que la humanidad se enfrenta; no obstante, se puede señalar que la actual marca una rotunda diferencia en cuanto al nivel de interconexión de los países. La globalización ha provocado que haya flujos de capital inéditos, tal como se expuso al inicio del presente trabajo.

Kundmüller (2007) expone que nos encontramos en la «tercera fase moderna de la globalización» donde es necesaria una mayor apertura jurídica que haga más viable el dinamismo económico. Es más, temas de integración económica calan cada vez más en espacios de la «alta política» de los países, de modo que el antiguo «sistema westfaliano» se encuentra en proceso de transformación. Dicha transformación proviene principalmente de la influencia contemporánea del derecho internacional económico antes que del político, de modo que los conceptos elementales del «sistema westfaliano»

se encuentran bajo revisión, así como las nociones de soberanía, reserva de dominio, igualdad soberana y jurisdicción territorial. En consecuencia, a futuro se debe contar con un derecho que corresponda a las nuevas realidades que se han venido configurando a partir de las redes que interactúan en la economía global emergente, donde han pasado al primer plano los esfuerzos de integración económica y los pragmatismos (p. 275).

Finalmente, hay que considerar la ocurrencia de la covid-19, la cual provocó que los Estados apliquen medidas, que si bien fueron adoptadas con la finalidad de salvaguardar la salud pública, sin duda tendrán un impacto económico nacional y global. Aquello que también resultará ineludible será el planteamiento de futuras controversias de inversión y sus resultantes decisiones, que implicarán una serie de discusiones que sin lugar a duda serán de un muy enriquecedor análisis a futuro.

4.2 Implicancias prácticas del debate sobre la reforma del sistema de solución de disputas inversor-Estado

4.2.1 El paralelismo inevitable

Tradicionalmente, es a través de los acuerdos internacionales de inversión que se busca crear las condiciones más favorables para la cooperación económica entre países, aunque en los últimos tiempos se aprecia que la cooperación ha superado el interés netamente económico.

Los reclamos de muchos países básicamente se circunscriben a la protección de los derechos humanos sobre los derechos económicos de actores privados. Los reclamos evidentemente guardan correlación con la realidad y resulta innegable que derechos como: la salud pública, la protección medioambiental, la protección del patrimonio cultural, sean derechos que trascienden todo análisis meramente comercial.

Por tal motivo, somos de la opinión que justamente por ello, los Estados deben ser muy cuidadosos con las decisiones ejecutadas que los vinculan, sobre todo la manera en que se ejecutan estas decisiones, puesto que la conducta estatal siempre es analizada objetivamente, independientemente si el derecho a tutelar era totalmente atendible. Por ello, la idea es que los Estados sean más eficientes y haya un análisis del impacto regulatorio de sus normas –tanto domésticas como internacionales– que los vinculen con otros Estados.

Hay posturas más radicales que cuestionan los tratados de inversión en sí mismos y que argumentan que no se ha podido corroborar pragmáticamente que la existencia de tratados de inversión sea directamente proporcional a un mayor flujo de inversión en el país receptor.

Resulta por demás interesante que a décadas de firmados los primeros tratados de inversión no sea posible afirmar con contundencia que estos propician un mayor flujo de inversión. Como ejemplo paradigmático tenemos al Brasil, que no llegó a pertenecer al sistema de AII, ni al sistema actual de solución de controversias basados en el arbitraje *ad hoc*, pero que es un país con un considerable flujo de inversión extranjera. Este hecho bien podría deberse a una estrategia de política comercial dada su ubicación en la región o al hecho mismo que países como el Brasil, por ser la principal economía de la región, pueden permitirse estos grados de independencia.

Quizás para el mero propósito de atraer inversión no basta simplemente con firmar tratados, pero lo que sí es cierto, es que estos constituyen un sistema jurídico más «estable y despolitizado» para resolver disputas de inversión, que por su naturaleza resultan complejas. Es por ello imperativo que a través de este sistema se intente conciliar los intereses de inversionistas extranjeros y de los Estados.

Podríamos advertir que el establecimiento de una corte multilateral implicará un camino enrevesado a recorrer, tanto por las circunstancias de nuestros tiempos, como por las necesidades reales de los gobiernos, que evidentemente son variables en el tiempo. Casos de países como Venezuela, Bolivia, El Salvador, en su momento Ecuador o el Brasil en nuestra región, o de los casos de Australia o Sudáfrica, son la muestra perfecta de que las políticas gubernamentales influyen directamente en la política comercial externa de los países, más aún en nuestros países con una frágil institucionalidad.

Los gobiernos de algunos países latinoamericanos lideraron «modelos de autonomía» en materia de políticas de tratamiento de la inversión extranjera, aunque cada uno con sus particularidades. El «tridente latinoamericano»: Venezuela, Bolivia y Ecuador, surgió a fines del siglo pasado e inicios del presente, como una alternativa «ideológica» a la política económica más liberal predominante en la región. Ello significó el inicio de nacionalizaciones o expropiaciones a inversores extranjeros que, a criterio de estos gobiernos, se consideraba que cometían abusos y, además, la búsqueda de nuevos foros dónde ventilar las controversias de inversión que no sean los ya tradicionales

CIADI, CPA, Cámara de Comercio Internacional, entre otras. En el caso de El Salvador, se buscó la «autonomía» en el tratamiento de la inversión extranjera, a partir del especial interés de este país por la protección medioambiental.

En cuanto al Brasil, en su condición de potencia emergente, si bien cuenta con una política liberal, el país decidió «defender» su Constitución de «influencias extranjeras». El hecho que el Brasil no contara con tratados de inversión ni se sometiera al Convenio de Washington, no significó que el país no acogiera inversiones, sino todo lo contrario. Luego de varias décadas sin que se contara con un instrumento internacional que regule las inversiones extranjeras, en 2014 se establecieron una serie de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones, por sus siglas conocidos como (ACFI). Este «enfoque brasileño» pretende atender las críticas que se le atribuyen al sistema actual y optar por un modelo dirigido no solo a la protección de las inversiones e inversionistas, sino establecer uno que realmente promueva las inversiones, donde haya beneficios para inversionistas y Estados y se establezca una relación de cooperación. Este nuevo sistema comparte algunas características con los AII más tradicionales, por ejemplo, estipula: cláusulas de trato nacional, cláusula de nación más favorecida y de protección de casos de expropiación, pero el aspecto medular que lo distingue de los AII típicos es el hecho que no incluye al arbitraje internacional de inversiones. De este tipo de acuerdos, el Brasil ha celebrado nueve, con: Angola, Colombia, Chile, Etiopía, Malawi, México, Mozambique, Perú y Surinam.

Como hecho a resaltar, en el preámbulo de seis de ellos (Angola, Etiopía, Malawi, Mozambique, Perú y Surinam) se *reconoce* expresamente la autonomía regulatoria y la libertad de establecimiento de políticas públicas en sectores como: la protección al medioambiente, la salud y la seguridad nacionales. En los otros ACFI también se considera que las partes contratantes tienen el derecho de regular las inversiones extranjeras en sus territorios en correspondencia a sus políticas públicas.

Según señala Actis (2014), la propuesta brasileña basada en los ACFI, a los que el autor denomina como «*BIT light*», intenta resolver dos aspectos centrales presentes en los BIT tradicionales, que son sensibles para los países receptores: primero, en cuanto a la solución de controversias, se crea un *ombudsman* para responder quejas, dudas y expectativas de los inversores, con el objetivo de mejorar la mitigación de riesgos y

eventuales diferendos entre inversionistas y Estados; y segundo, se eliminan las cláusulas que benefician a empresas multinacionales sobre las del país receptor (p. 28-29).

Un sistema de promoción y protección de la inversión extranjera no garantiza que esta vaya a instalarse en un país y menos que la sola presencia de inversión extranjera sea el único factor responsable del desarrollo de los países. El espíritu del sistema es procurar un mayor flujo de capital, lograr una mayor eficiencia para los Estados receptores, lo que se traduciría finalmente en desarrollo. Además, en los nuevos tiempos es apremiante reconocer que los derechos económicos van emparejados con los derechos humanos.

Ha sido ampliamente discutida la vinculación entre tratados de inversión y promoción de la inversión extranjera directa. Podemos concluir que la mayor cantidad de literatura indica que no existe una relación directa entre ambas. En ese contexto, se podría afirmar que un acuerdo internacional de inversiones *por sí mismo* no es garantía de que el país reciba mayor flujo de inversión extranjera directa, siendo los determinantes económicos del país receptor los que ejercen un rol más preponderante. No obstante, los tratados de inversión son considerados por los inversores extranjeros en función a otras medidas adoptadas por los Estados, como: a) el marco de política general para la inversión extranjera, incluida la estabilidad económica, política y social, la legislación que afecta a la inversión extranjera y cualquier otra política que afecte a las decisiones de localización de la IED; b) los determinantes económicos, como el tamaño del mercado, el coste de los recursos y otros insumos o la disponibilidad de recursos naturales; y c) la facilitación de la actividad empresarial, incluida la promoción de la inversión (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [CNUCYD], 2009, p. 110)

Otro hecho a considerar es que no todos los Estados tienen igual nivel de *influencia real* en las relaciones internacionales y que estas últimas son fluctuantes. Hechos históricos como guerras, desastres naturales, o bien, situaciones de emergencia colocan a los Estados ante circunstancias inestimables. Ahora, estas situaciones indeseadas no pueden provocar que el *modus* en que los Estados responden a estas eventualidades sea irracional o antojadizo, porque los países pertenecemos a una red de compromisos internacionales que fueron asumidos voluntariamente por los Estados.

En el fragor de esta discusión hay que considerar el importante factor del «paralelismo» fáctico al debate que se viene desarrollando en el Grupo de Trabajo III de

la CNUDMI, que se pretende culmine en el año 2025. Asimismo, hay una corriente de negociación de nuevos tratados de inversión, con el afán de «modernizarlos». Por otro lado, la ocurrencia de la pandemia ha sido un hecho imprevisto, que sin lugar a duda alterará el escenario de las inversiones actual –que ya venía en descenso– y por supuesto, la manera en que se resolverán las controversias de inversión. No se puede dejar de mencionar también la importancia que tendrán los resultados de los casos que se originaron durante la pandemia y que servirán, sin lugar a duda, como referentes para visualizar –aún más si cabe– las fracturas que se presentan en el actual sistema.

No menos importante es el tema de las relaciones internacionales, que sirven como marco de referencia sobre el que se desarrolla todo el sistema de tratamiento de las inversiones. Este factor podría ser considerado como una variable en sí misma para analizar la pertinencia de un cambio en las políticas de protección de las inversiones a nivel internacional. Hechos como una pandemia, un conflicto bélico entre Estados, o las relaciones entre países o bloques de países, alteran inequívocamente el clima de las inversiones, puesto que los flujos de inversión se sustentan y son susceptibles a las variaciones de las relaciones entre Estados y del estado de las mismas.

En cuanto a la politización de las controversias de inversión debemos señalar que, si bien excede el análisis del presente trabajo de investigación, puede constituir otra variable que merece un análisis aparte, en el sentido que la dinámica de las inversiones se ve inmersa en las relaciones entre Estados.

Para puntualizar brevemente acerca del asunto de la politización, se postula que hay otras consideraciones más allá de la aparente falta de legitimidad del derecho internacional de las inversiones y de los problemas de predictibilidad y consistencia; uno: el análisis marxista del derecho internacional, que cuestiona al derecho internacional de las inversiones y el supuesto rol de los Estados más desarrollados de imponerse sobre los más débiles; y dos: una crítica más «matizada» de la percepción de las desigualdades producto de un régimen que protege la propiedad, la inversión y a los inversores extranjeros que no toma en cuenta otros intereses de los Estados, no relacionados con las inversiones (Brower & Schill, 2009, p. 474)

Con todo, debemos indicar que, si bien el sistema de arbitrajes de inversión *ad hoc* surgió como un mecanismo para «despolitizar» las controversias entre inversionistas y Estados y evitar la escalada del conflicto en las relaciones entre Estados, no sería del

todo cierto que, a causa del arbitraje *ad hoc*, se neutralice el elemento político de las controversias de inversión; ello, porque los intereses políticos de los Estados son variables en el tiempo y dependen de las circunstancias particulares. Es más, siempre habrá intereses políticos de por medio, sin importar el mecanismo de solución de controversias que se emplee. Es inevitable contextualizar las controversias de inversión y sus decisiones dentro del sistema de las relaciones internacionales, que más allá de las disquisiciones políticas o jurídicas, lo que resulta más bien relevante es cuán acatables sean.

Y ya que tratamos sobre el contexto político de las relaciones entre países, se debe señalar que el papel «despolitizador» o «neutralizador», características primordiales del arbitraje *ad hoc*, corresponden más a los tiempos en que se originó el CIADI y al entorno histórico que propició la creación de este organismo, allá en la década de los sesenta o setenta. Recordemos que países de Asia y África incursionaban en gobiernos soberanos libres de los procesos de colonización y que –aunque más tarde– en América del Sur, varios países se decidieron por la apertura económica y comercial, luego de gobiernos de corte militar y nacionalistas.

Históricamente, los países en desarrollo han mostrado cierto recelo a la influencia de los intereses de países más desarrollados. Asumiendo esta realidad, y considerando que generalmente el flujo de inversiones y los inversionistas provienen de países con economías más desarrolladas y Estados con una fuerte institucionalización, más eficientes y estables políticamente; y que van hacia países menos desarrollados, con economías menos desarrolladas, menos institucionalidad y sujetos a un alto grado de fluctuación política; entonces, que para que haya cierta «garantía» para los exportadores de capital, se emplean las cláusulas de solución de controversias donde se estipulan los arbitrajes de inversión, con el objetivo de proteger a los inversores extranjeros «precisamente» de la falta de predictibilidad de los países menos desarrollados. El «resultado-beneficio» para el país receptor de la inversión resultaría en la atracción de inversión, que luego devendría en desarrollo.

El arbitraje internacional de inversiones ha mostrado durante las tres últimas décadas, ser un instrumento útil y adecuado a la naturaleza especial de las controversias de inversión; no obstante, es un instrumento perfectible desde muchos puntos de vista. Tampoco no se puede negar que ha aplacado el recelo de países menos desarrollados y

ha otorgado las garantías suficientes a países más desarrollados, fomentando y materializando el flujo de inversión extranjera directa.

Un hecho que no puede pasar desapercibido es la mayor tendencia de demandas en contra de países desarrollados. Tal es así que, según las estadísticas del CIADI, el número de demandas que acumula la región de Europa Occidental es de treinta procedimientos nuevos entre los años 2019, 2020 y 2021, siendo España el país más demandado con catorce procedimientos. No obstante, Europa Occidental no es la región más demandada, siendo las más demandadas Europa Oriental y Asia Central, seguidas de América del Sur y de África Sub-Sahariana.

Anecdóticamente, los gobiernos de países más desarrollados se han «negado a cobijar» a sus inversionistas nacionales en controversias de inversión, dado que el éxito de sus futuras defensas podría ser menguado en un futuro, ya que las interpretaciones de los tribunales podrían serles contraproducentes.

Evaluar el estado de los flujos de inversiones a nivel global es sin duda de vital importancia. El declive, que es apreciable en los últimos años, nos puede indicar que en el panorama más cercano se optará por una mayor participación de los Estados en torno a las inversiones extranjeras. Según cifras de la CNUCYD, los flujos globales de IED en 2019 sumaron los USD 1.54 billones de dólares americanos y en 2020, un billón de dólares americanos, lo que representa una caída del 35%. Esta cifra es la más baja desde 2005. El efecto de la pandemia será más severo que el de la crisis económico-financiera de 2008, en que los flujos de inversión alcanzaron los USD 1.2 millones de dólares americanos, monto superior al esperado para 2021.

En Latinoamérica el acusado declive es aún más notorio. En 2019 el flujo de IED creció en 10%, alcanzando la cifra de USD 164.000 millones de dólares americanos. En 2020 el flujo de inversión extranjera hacia la región alcanzó una reducción del 45%; no obstante, en el transcurso de 2022 se observa un aumento que, siendo optimistas, llegaría al nivel de IED alcanzado en 2019.

Si al factor del «declive» de la inversión extranjera a escala global, se agrega la ocurrencia de la pandemia, conflictos bélicos y se suma la presión de los gobiernos por recuperar sus economías, tenemos que es inevitable que se acuda a los Estados como actores fundamentales a todo nivel, y más aún en cuanto a las políticas de inversiones extranjeras.

Este escenario complica gravemente la atracción de IED a la región y a nuestro país. Según CNUCYD, ya había una brecha de crecimiento entre el nivel de crecimiento del comercio internacional y la inversión. Se podría afirmar pues, y más aún luego de la crisis sanitaria, que habrá una pugna para atraer inversiones, más aún cuando la tendencia es al declive de las mismas. Los Estados naturalmente exhibirán un rol mucho más activo como parte de una pugna que implica el mantenimiento y desarrollo de sus economías.

También será notable la voluntad política de los Estados, los cuales dependiendo de sus intereses y situaciones particulares, determinarán su política externa de cara a la inversión extranjera: o bien se opte por políticas más proteccionistas, o bien haya una apertura para las inversiones, tanto para llevarlas a cabo, como para su recepción. Lo que sí es una realidad es que, sin importar el escenario, la internacionalización de la producción ha disminuido, razón por la cual los recursos son más escasos.

No obstante resulte innegable que el estado actual del sistema de solución de controversias de inversión presente una serie de «fisuras» que deben ser atendidas, somos de la opinión que no puede haber un «cambio de sistema» disruptivo; ya que el actual sistema de protección de inversiones tiene como fundamento los más de tres mil tratados de inversión, lo cual supone que no haya un mismo cuerpo normativo. Mientras no haya un sistema único del tratamiento de las inversiones, lo cual lógicamente justificaría que se establezca un único sistema de solución de controversias de inversión; un cambio de sistema significaría un «mero reemplazo» y no una reforma realmente profunda. Este «reemplazo» generaría una serie de complicaciones innecesarias, ya que dependería de la voluntad de los Estados acogerse o no a este nuevo sistema, con las dificultades teóricas y prácticas que ello implica y que analizamos en capítulos anteriores.

En tanto los tratados de inversión continúen siendo el fundamento para que se «active» un sistema de resolución de controversias de inversión, consideramos que el sistema de arbitrajes *ad hoc* aún puede resultar un mecanismo eficiente, no obstante sean necesarias una serie de reformas. En tal sentido, los actuales AII deben adecuarse a las nuevas exigencias que se han hecho palpables a lo largo de la experiencia en el uso del arbitraje de inversión. Los nuevos tratados deberían tener especial grado de deferencia con la soberanía de los Estados en determinadas materias, consideraciones sobre derechos humanos, disposiciones para evitar la corrupción en las controversias de inversión y códigos de ética para el actuar de los árbitros.

Si bien el debate que nos convoca nos remite a la discusión de aspectos doctrinarios, tiene inequívocamente también una incidencia práctica, tanto a nivel internacional como doméstico. Esta discusión es relevante para nuestro país, puesto que naturalmente el Perú se encuentra insertado en un sistema internacional de inversiones.

Hay que considerar que no todos los problemas o críticas al actual sistema que están siendo discutidos en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, afectan de igual modo a todos los Estados. Es por ello que afirmamos que la *flexibilidad* debe ser un valor especialmente valioso al momento de adecuar las futuras reformas a los intereses de cada Estado.

Continuado con el hilo argumentativo, habrá que señalar que el grado de *flexibilidad* dependerá incluso de las características de cada Estado, siendo pues, evidente que los intereses variarán dependiendo; si estamos ante un Estado desarrollado o no, el número de las demandas en materia de inversiones, el origen y desarrollo de estas, o las agendas políticas de cada Estado.

4.2.2 La perspectiva peruana

Durante las últimas décadas el Perú ha sido consistente en su política de protección de las inversiones extranjeras y también ha sido usuario del arbitraje de inversión como mecanismo de solución de controversias. Según el reporte estadístico del CIADI (al año 2022), América del Sur es la segunda región geográfica más demandada, con el 22% de casos registrados. El Perú es el país más demandado de América del Sur y del mundo en los dos últimos años, con 27 procedimientos activos. Adicionalmente, según la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), el Perú presenta tres procedimientos nuevos. Históricamente, entre 1998 hasta 2016 se concluyeron un total de 19 procesos, de los cuales se tuvo un resultado adverso en tres. De estos tres casos, se puede extraer una serie de lecciones en cuanto a las medidas estatales que fueron demandadas por los inversionistas, de modo que el Estado peruano evite incurrir en conductas que más adelante le pudieran valer cuestionamientos. De los casos Duke (2008), Tza Yap Shum (2011) y Bear Creek (2017), se pueden tomar las siguientes ideas:

- (i) La administración tributaria debe ser harto prudente con las medidas que se adopten, dada la reducción de flujos fiscales y la contracción de la recaudación

que se avecina. En tal sentido, no por tratarse del afán recaudatorio del Estado, es que se tienen que emplear medidas que no cuenten con un debido análisis previo.

- (ii) Se debe ser especialmente cuidadoso con las variaciones en los criterios sobre los que se aplica determinada medida estatal. No pueden darse fluctuaciones entre medidas que resulten más flexibles o más exigentes, que a la postre pudieran resultar en medidas: antojadizas, desproporcionadas o antitécnicas.
- (iii) Se debe tomar en cuenta las diferencias entre niveles de gobierno (sea central, regional o local), dada la responsabilidad que puede asumir el Estado por el impacto de las regulaciones estatales en las legítimas expectativas del inversor.

El asunto de la legalidad de las inversiones podría cobrar particular relevancia, de cara al contexto actual de crisis económica e inestabilidad política. En ese sentido, muchas de las medidas estatales adoptadas con anterioridad serían susceptibles de una serie de «revisiones», para evaluar si es que efectivamente son legales o no. En esta instancia entra a tallar el argumento de la corrupción, que bien puede ser empleado para objetar la protección que un tratado le otorga a una inversión.

Considerando que nuestro país es uno eminentemente minero, también resulta relevante referirnos a la licencia social en las inversiones extractivas y su potencial implicancia con los derechos humanos, en tanto las poblaciones pueden alegar la vulneración de sus derechos fundamentales y dificultar la ejecución de las inversiones, lo cual conllevaría a que los Estados sean pasibles de una serie de demandas.

En base a esta experiencia, señalamos que la postura peruana de cara al debate sobre la pertinencia del establecimiento de una instancia de apelación o establecimiento de una corte multilateral de inversiones, debería decantarse por la *flexibilidad*. En tal sentido, expresamos que lo *pertinente* –dada las características de la totalidad del sistema de protección de las inversiones y de la coyuntura actual– es continuar con el sistema de solución de controversias de inversión actual, basado en arbitrajes de inversión, pero adoptando las mejoras necesarias que atiendan las principales críticas al sistema y que conduzcan a ganar la «legitimidad perdida» en las últimas décadas.

Caso aparte a tomar en cuenta es la ocurrencia de la pandemia, los conflictos bélicos, los estragos del cambio climático, la inestabilidad política; y las secuelas que de estas se deriven. Esto nos lleva a razonar que habrá una fuerte presión por parte de los

Estados para intentar recuperar sus economías de los embates que se han suscitado. En cuanto a nuestro país, las circunstancias han significado un «punto de quiebre» que ha desatado una suerte de «boom» de arbitrajes de inversión para el Perú.

Adicionalmente, cabe indicar que hay una serie de instrumentos dentro de los AII que podrían «salvar» el aparente desbalance entre la protección de las inversiones y el derecho a regular de los Estados. Vale decir, se puede optar por estos instrumentos de manera concomitante con otras propuestas de reforma del sistema.

Considerando que la gran mayoría de AII son de primera generación, los mecanismos disponibles son diversos, y van; desde la clarificación de las redacciones de los tratados; hasta la postura más extrema, de prescindir de la protección brindada a los inversionistas. Las alternativas son las siguientes:

- El empleo de notas interpretativas;
- La clarificación de los estándares de protección de las inversiones;
- Reducir la protección y considerarla como compromiso político; o bien
- Eliminar la protección.

Las notas interpretativas suponen la interpretación auténtica que debe dar un Estado parte de un tratado internacional, donde debería indicarse *expresamente* que lo estipulado se interprete en un sentido literal. En el Proyecto de Conclusiones sobre los Acuerdos Ulteriores y Práctica Ulterior en relación con la Interpretación de los Tratados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2018), en concordancia con la Convención de Viena, en los artículos 31. 3 y 32, las notas interpretativas son consideradas como «medios auténticos de interpretación». Según Santos (2017), en estas se puede hacer una declaración acerca del entendimiento de un asunto de una disposición específica de un tratado o de la interpretación de ella. Además se puntualiza que las declaraciones interpretativas, a diferencia de las reservas a los tratados, no tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado, sino el de aclarar el significado de determinadas disposiciones o bien de todo el tratado (p. 50).

Las notas interpretativas aportarían una serie de beneficios que bien podrían emplearse para «salvar» las redacciones de la inmensa mayoría de AII de primera generación. En ese sentido, las notas interpretativas: pueden emplearse a la par de otras reformas; son vigentes desde el momento mismo de su adopción; y constituyen un

mecanismo conocido y de sencilla aplicación, ya que contienen implícitamente el entendimiento de las partes, lo cual le otorga fuerza autoritativa.

No obstante los beneficios advertidos, habría que cuestionarse el por qué de la reticencia de los Estados a su uso. Quizás esté relacionada con el origen legal de este instrumento, a saber, el artículo 31.3 de la Convención de Viena (interpretación de los tratados), que señala que para interpretar un tratado se debe emplear una serie de métodos, entre los cuales, se debe incluir los acuerdos ulteriores o subsiguientes y la práctica subsiguiente en la aplicación del tratado. Esta redacción podría sugerir una práctica divergente de las notas interpretativas, pudiendo una de las partes consentir lo que pueda interpretarse como un acuerdo sobre determinada práctica. Se desprende pues, que las partes tienen menos control de los efectos de la interpretación pudiendo el resultado ser incierto o bien no acorde a lo deseado por los Estados.

Igualmente, podemos remitirnos a la real eficacia de este instrumento, puesto que hay una natural incertidumbre sobre el comportamiento de las partes, en tanto estas procedan de modo distinto al plasmado en la declaración.

Además, en concordancia con lo señalado líneas arriba, las interpretaciones declarativas no son «innovadoras»; en tal sentido, no se puede crear nuevas disposiciones a través de estas. Por otro lado, el límite es el contenido del tratado mismo, no pudiéndose aclarar «más allá» de lo dispuesto en el tratado, siendo que, a través de este mecanismo, no llega a haber modificación alguna del mismo.

La discusión académica en torno a si las notas interpretativas son meras aclaraciones o si llegan realmente a modificar las disposiciones de los tratados, podría «confundir» a los tribunales arbitrales, dándoles un amplio margen de discrecionalidad para interpretar los tratados. En esta instancia, se podría pensar que finalmente son los tribunales arbitrales quienes crearán derecho conforme a su total entendimiento, cayendo nuevamente en la supuesta falta de coherencia, afectándose la legitimidad del sistema.

Las notas interpretativas pueden constituir una auténtica ayuda para esclarecer lo que no se comprende del tratado, siendo este un instrumento que contiene el entendimiento precedente de los Estados quienes mediante el intercambio de notas expresan su voluntad, siendo lo suficientemente flexibles para adaptarse a las necesidades particulares de cada Estado.

Como experiencias recientes tenemos la declaración interpretativa conjunta del CETA, la declaración interpretativa conjunta de la India sobre sus TBI (2016), la declaración interpretativa del TBI entre la India y Bangladesh o en las declaraciones interpretativas de Colombia; en el marco del TLC entre Francia y Colombia y el TLC entre Israel y Colombia, ambas de 2020.

Señalado todo lo anterior, somos de la opinión que la posición peruana debe estar basada en: la modernización de los AII, mediante renegociaciones; y el empleo más proactivo de notas interpretativas.

Nuestro país, al iniciar una política de apertura y protección de las inversiones extranjeras en la década de los noventa, cuenta con una red de AII, los cuales deberían ser renegociados, considerando la experiencia peruana en el sistema actual de solución de controversias inversionista-Estado.

La posición peruana debe ser «pragmática» en el sentido que recoja la práctica y experiencia nacional como usuario del sistema de arbitrajes de inversión actual. Hay que considerar la situación política y económica nacionales y que el Perú, lamentablemente es hoy el protagonista de un *boom* de arbitrajes de inversión.

El optar por un modelo de solución de controversias *flexible* implica considerar también que se debe tener la suficiente apertura para elegir entre diferentes modelos de solución de controversias, dependiendo de las necesidades de los Estados. Habrá casos en los que tendremos que modernizar un AII; considerando la posibilidad de incluir una primera instancia de apelación o un tribunal permanente; en otros casos, se emplearán mecanismos de cooperación y facilitación en materia de inversión a través de un mecanismo de solución de controversias; en otros casos, se optará por el sistema de arbitraje de inversión de plano; y en otras circunstancias, se podrá emplear mecanismos *ad hoc*.

Asimismo, la inexorable reforma que pretenda implementarse debe ser escalonada, mediante un sistema de *building blocks*, en la medida que los Estados necesitarán cierto tiempo para adoptar las políticas con terceros países y adaptar sus políticas domésticas. Hay que considerar también que este proceso dependerá de los sistemas legales de solución de controversias de inversión que adopten otros Estados. Es así que, ninguna reforma se adoptará de manera instantánea o automática al derecho interno.

La nueva política de modernización de AII mediante renegociaciones debe encaminarse a perfilar el balance entre los derechos del inversionista y el imperio del interés público de los Estados y su derecho a regular, incluyendo disciplinas de nueva generación que no han sido incluidas en los primigenios tratados de inversión celebrados por el Perú. Aspectos como reclamaciones financiadas por terceros, disuasión de reclamaciones infundadas, transparencia de los procedimientos arbitrales, conducta de los árbitros o la corrupción, son de las principales preocupaciones que deberán ser consideradas en los AII venideros.

Habrá que señalar que no hay una «fórmula maestra» que logre abordar ni remediar todas las problemáticas que se presentan en el actual sistema de solución de controversias de inversión. Como ya lo expusimos, en tanto el tratamiento de la inversión extranjera esté basado en tratados de inversión –y más aún, siendo que estos tratados hoy resultan un tanto desfasados por ser de primera generación– para emplear un sistema de solución de controversias, sea el que fuere, no habrá una real reforma.

Si lo que *en realidad* se desea es proteger las inversiones extranjeras, el debate no debería circunscribirse a definir si un sistema basado en arbitrajes *ad hoc* o uno judicializado resultan pertinentes. El más ideal de los escenarios sería lograr un sistema multilateral uniforme de tratamiento de la inversión extranjera. Como toda transformación, dependerá de la voluntad política de los Estados, pues vendría bien que estos encuentren el momento propicio para establecer un sistema uniforme. Empero, este es aún un escenario quimérico, que dependerá de todas maneras de la disposición de los Estados, que como vimos, depende muchos de sus intereses y de la coyuntura.

Una alternativa más próxima para hallar un balance en la interrelación de los actores públicos y privados, podría consistir en emplear el derecho interno como una herramienta para propiciar un terreno fértil para las inversiones. Reconocer en la legislación nacional los estándares de protección contenidos en el derecho internacional de las inversiones, sumado a una gestión pública transparente y eficiente, asociada con leyes domésticas más modernas. En este escenario, todos se beneficiarían: habría más previsibilidad para los inversores, y los Estados verían protegidos sus legítimos intereses.

Esta es una alternativa que puede ser empleada por aquellos países que son escépticos a los tratados de inversión o bien a aquellos que ya han denunciado sus tratados de inversión. En tal sentido, “desde un punto de vista legal, se puede concluir que no es

necesario tener un Acuerdo Internacional de Inversión para proteger la inversión extranjera en el país de acogida” (Saco & Torres, 2018, p. 226).

Países que denunciaron sus tratados de inversión, como: Ecuador, Bolivia o Venezuela o aquellos que deciden no renovar sus tratados de inversión y alejarse de cualquier mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, legalmente pueden perfectamente otorgar garantías a los inversionistas extranjeros. Dependerá de la singularidad de cada país, de su voluntad política, confiabilidad en su estabilidad o temas reputacionales.

El no contar con tratados de inversión y conferir a los Estados –sobre todo a los menos institucionalizados– la gran responsabilidad de reformas estructurales, puede que sea también un escenario un tanto incierto. De cualquier modo, el hecho de que los Estados busquen mejoras internas en sus ordenamientos nunca estará de más.

La «corriente reformadora» debe ser, en el más real de los sentidos, amplia de miras y no concebir al privado –el inversor extranjero en este caso– como un «adversario». La sociedad civil, el Estado y también los inversores extranjeros deben participar activamente en el proceso de renegociación de los AII o en el de un cambio omnímodo, al ser los actores del sistema.

Como bien puntualiza Choudhury (2008), las disputas sobre inversiones centradas en el interés público han atraído a menudo un intenso escrutinio público y si bien las ONG y la sociedad civil en general deben participar más activamente en los arbitrajes de inversión, contrario a las posturas extremas de estas organizaciones y de algunos grupos de ciudadanos, los inversores y las inversiones deben seguir disfrutando de la protección que ofrecen los tratados de inversión y participar del proceso democrático que genera normativa de interés público. No obstante, las cuestiones de interés público también deben recibir protección cuando son materia de controversia. A mayor participación del privado, será más razonable que el público soporte una mayor carga de interés público que el inversor, siendo vital la ponderación entre intereses públicos y privados (pp. 830-831).

Cabe señalar que el mantener una política «flexible» en cuanto al mecanismo para resolución de controversias de inversión no implica oponerse a la «corriente» reformadora, ni a los motivos que la sustentan. Precisamente atendiendo a la flexibilidad que consideramos debería adoptar el Perú, es que no se puede optar por una posición

tajante ni negacionista. Por tanto, lo más indicado es que esta «flexibilidad» signifique buscar un balance entre un sistema de protección de inversiones y el ejercicio de la soberanía de los Estados. La alegada flexibilidad corresponde a la realidad de nuestro sistema actual de protección de las inversiones, basado en tratados de inversión.

Dicho todo lo anterior, la *real* solución para poder salvar las críticas del actual sistema va más allá de un cambio en los mecanismos de solución de controversias. No importará el sistema por el que se opte, ya que siempre nos tropezaremos con obstáculos que nos conducirán a cuestionar el sistema empleado. Ello lo apreciaremos en la interacción entre el sistema de arbitrajes de inversión *ad hoc* y el nuevo sistema propuesto con una corte de apelación o corte multilateral de inversiones.

Si en *realidad* estamos ante un «momento de cambio» donde haya una verdadera voluntad de regular las inversiones extranjeras de manera más integral, para *todos* los Estados, los inversores y otros usuarios de un sistema de solución de controversias, esto debería significar el lograr un cuerpo normativo unitario en materia de inversiones ¿Nos atreveremos a ser más audaces?

CONCLUSIONES

- El sistema de arbitrajes de inversión tiene una serie de características como: que el inversor extranjero pueda acceder a jurisdicción internacional para demandar a los Estados ante diversos foros internacionales; un periodo de «enfriamiento» previo para intentar solucionar el conflicto de manera amigable; la no obligatoriedad de agotamiento de una vía previa en la jurisdicción doméstica; la solución de controversias a través de tribunales *ad hoc*; la inapelabilidad de los laudos; la cláusula de ultractividad y la cláusula de la nación más favorecida. Además, el hecho que una de las partes en un arbitraje de inversión sea un privado (inversor extranjero) y un Estado y que se demanden medidas estatales adoptadas que habrían perjudicado a los inversionistas, nos sitúa ante una figura *sui generis*.
- Las críticas al actual sistema son: que el arbitraje internacional de inversiones responde a un sistema diseñado para atender intereses de naturaleza privada, donde no hay inconveniente en que un árbitro privado resuelva una disputa. El problema surge cuando este esquema de naturaleza privada se traslada a controversias, donde una de las partes no tiene naturaleza privada, por ser un Estado soberano, y cuando se discuten medidas estatales de interés público. También, que las medidas estatales se ven subordinadas a los tratados internacionales, por lo que se comprometería y subordinaría la soberanía internacional a criterios de interpretación propios del derecho privado y a una justicia privatizada. Luego, que los árbitros resuelven las controversias aplicando diversos procedimientos y normas y principios del derecho internacional. Por otro lado, habrá tantas jurisdicciones como tribunales arbitrales existan, pudiéndose analizar los mismos hechos, con resultados contradictorios. Así, el derecho internacional de las inversiones se basa en estándares propios del *Common Law*, los cuales han tenido un rol hegemónico, lo que es contradictorio ya que la mayoría de los países demandados se rigen por el sistema del *Civil Law*. Asimismo, los inversores nacionales no cuentan con un recurso «especial» como el arbitraje de inversiones, como los inversores extranjeros. Otra crítica es la complejidad de los procedimientos arbitrales, los costos, la conducta de los árbitros por conflictos de interés y la falta de transparencia. Estos elementos deberían ser relativizados en aras del interés público. Todas estas críticas derivan en una falta de apariencia de legitimidad del sistema.
- La aparente falta de legitimidad del actual sistema tiene como respuesta una propuesta que pretende salvar los aspectos criticables del sistema de arbitrajes *ad*

hoc. La Unión Europea propone una reforma multilateral del SCIE, que incluya una primera instancia y una corte apelación, así como la creación de una corte multilateral de inversiones. Esta nueva «tendencia» se ve reflejada en los AII celebrados más recientemente por este bloque de integración, tales como el CETA, el Acuerdo de Protección de Inversiones entre la UE y Singapur de 2018, el Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y Japón de 2019, así como también en el nuevo Tratado de Libre Comercio entre la UE y México.

- Hay tres variables a analizar para determinar si es pertinente o no un cambio de sistema. En cuanto a la primera variable: la desnaturalización del sistema, tenemos que nuestro actual régimen de solución de controversias de inversión se basa en la diversidad de AII –más de tres mil a la fecha– lo que ha supuesto que no exista un tratado unificado sobre inversiones, ni una institución que regule el derecho aplicable a las inversiones extranjeras. El establecimiento de una instancia de apelación o corte permanente se justificaría en caso existiera un cuerpo normativo. Además, en la práctica, las interpretaciones de los tribunales arbitrales de inversión ya guardan cierta uniformidad.
- Hay una serie de aspectos a analizar respecto a la ejecución y reconocimiento de los laudos, donde se aprecia la interacción entre el Convenio CIADI y la Convención de Viena. Así, para aquellos Estados miembros del CIADI y que sean territorio parte de la controversia, habrá que remitirnos a los artículos 52, 53 numeral 1 y 54 numeral 1, del Convenio CIADI, donde se establecen los requisitos para la ejecución del laudo. De la lectura conjunta, concluimos que una instancia de apelación o corte permanente no cumple con los requisitos establecidos en estos artículos. Por otra parte, para los Estados no miembros del CIADI y países que no formarían parte del sistema propuesto, debemos remitirnos al artículo 1 numerales 1 y 2 de la Convención de Nueva York, de donde podemos extraer que la decisión de una corte permanente no puede ser equiparable a un laudo arbitral. No obstante, los reformistas alegan que una decisión de este nuevo sistema puede llegar a equipararse a una sentencia arbitral, dependiendo de cada corte nacional y de los países que se adhieran al nuevo sistema; lo que significará más cortes y sometimiento voluntario a la Convención de Nueva York.
- Sobre si el nuevo sistema podría ser autónomo, siendo adoptado por los Estados que deseen adscribirse, contando con mecanismos de ejecución propios, cabe hacer

remisión al artículo 66 numeral 2 del Convenio CIADI y el artículo 41 numeral 1 de la Convención de Viena, relativos a las enmiendas de los tratados. El establecimiento de un nuevo sistema supondrá la convivencia con el arbitraje *ad hoc*, situación que no está proscrita por el Convenio CIADI. En tal sentido, hay que considerar que la entrada en vigor del nuevo sistema no implicará que se afecte retroactivamente el consentimiento previo de someterse a la jurisdicción del CIADI.

- La segunda variable: la consistencia, coherencia, posibilidad de exactitud y corrección del conjunto de decisiones del sistema. El solo establecimiento de una instancia de apelación o corte permanente supone incurrir en mayores costos; dado que son más instancias y la mayor duración de las mismas. Consideramos que asignar mayores recursos para establecer una corte permanente –en aras de una mayor corrección y coherencia– no garantiza que los inversores sean disuadidos de interponer demandas frívolas o evita «peligrosas arbitrariedades» por parte de los tribunales arbitrales.
- La tan atacada naturaleza dispersa de los AII donde se emplea al arbitraje *ad hoc*, en la práctica, ha generado una coherencia considerable en las interpretaciones por parte de los tribunales. También resulta simplista indicar que, como el recurso de anulación del actual sistema muchas veces «es empleado erróneamente» como una instancia de apelación, *ergo* resulte lo más conveniente «sincerar» tal situación y establecer directamente una instancia de apelación. Los tribunales arbitrales *ad hoc* analizan los casos atendiendo a principios del derecho internacional, además de aspectos técnicos. La uniformidad absoluta no existe, pues cada caso en concreto presenta circunstancias diversas y además podría haber riesgo de interpretaciones extremas, sea a favor de los Estados o de los inversionistas. No obstante, se tiene que llevar a cabo una serie de correcciones para que el actual sistema guarde la expectativa razonable de corrección que todo sistema de administración de justicia debe tener.
- La tercera variable: el interés público, es quizás la médula del análisis, en el sentido que se señala que la sola figura del arbitraje de inversiones con sus características intrínsecas supone una incompatibilidad con la potestad regulatoria del Estado. Consideramos que ello no tiene que ser necesariamente así. El concepto mismo del interés público es flexible, siendo el arbitraje de inversión, un mecanismo cuya principal característica sea justamente esa, la flexibilidad. Esta, corresponde a la

realidad de un vasto cuerpo normativo de AII. Existen herramientas disponibles como: las cláusulas de excepción o medidas no precluidas, que son la tendencia de los más modernos tratados de inversión, o el empleo de las notas interpretativas, que otorgan efectivamente y por voluntad de los Estados que las establezcan, mayor capacidad regulatoria a los Estados para regular sobre materias sensibles.

- Ante la inevitable coexistencia del arbitraje *ad hoc* y de una instancia de apelación o corte permanente, es pertinente también analizar las cuestiones operativas que podrían suscitarse al ser usuarios de ambos sistemas. En el actual sistema existen una serie de acuerdos, principalmente el Convenio CIADI y la Convención de Viena, que valdría analizar a fin de evaluar qué tan compatibles son con el sistema propuesto. Así, tenemos que, en cuanto a la procedencia para interponer excepciones, en el modelo de la Regla 41, párrafo quinto de las Reglas de Arbitraje del CIADI, ya contamos con un mecanismo de disuasión. Sería aconsejable insistir en su uso y así evitar las prácticas de mala fe procesal.
- Evidentemente el establecimiento de un sistema con vocación de permanencia implica mayor duración y mayores costos. En el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se ha analizado esta problemática, llegando a la conclusión que: los procesos prolongados y onerosos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, generalmente plantean dificultades y desafíos prácticos para los Estados y para los inversionistas, teniendo consecuencias financieras no deseables para los Estados en desarrollo, además de limitar el acceso a pequeñas y medianas empresas.
- Continuando, hay una serie de alternativas que se pueden adoptar para evitar incurrir en mayores costos, tales como: una buena elección de árbitros, de instituciones arbitrales, de abogados, y la adopción de calendarios procesales. Asimismo, también son importantes las negociaciones previas y gestiones diplomáticas. También puede ser una alternativa, el mayor empleo de la conciliación y la mediación, en la medida que la naturaleza de la controversia así lo permita.
- Asimismo, es necesario una ponderación entre el tiempo empleado y los gastos que podrían considerarse «excesivos» o «injustificados» y los que podrían calificarse de «necesarios» o «justificados». Tiene que haber una correlación entre; la calidad de los resultados, la duración y el costo de los procesos.

- Opinamos que se tiene que optar por redacciones más claras en los tratados de inversión y que las mismas partes sean quienes establezcan herramientas de interpretación del contenido de los tratados y ciertos mecanismos de examinación de las decisiones arbitrales.
- Otro aspecto a tener presente gira en torno al tratamiento de los errores de hecho y derecho y su relevancia, en tanto ameriten la apelación de una decisión. Hay posturas más restrictivas o permisivas, así: que un error de derecho debiera ser lo suficientemente «sustancial» y «perjudicial», o que no se permita la apelación respecto de cualquier error en la aplicación o interpretación del derecho aplicable, o incluso que se limite a causales o criterios más comunmente establecidos en los tratados de inversión, tales como: los principios de trato justo y equitativo, no discriminación o la protección en casos de expropiación.
- Respecto a los errores de hecho, encontramos que habría riesgos en caso se vuelvan a evaluar totalmente en una segunda instancia, incrementándose los costos del proceso, pudiendo provocar apelaciones dilatorias. En cuanto a los criterios para determinar que una decisión sea apelable, estos deben ser también bastante exigentes y sustanciales, evitando la simple alusión a una supuesta interpretación errónea, para evitar el abuso procesal, con una serie de apelaciones sistemáticas e infundadas. Ahora, el que nos refiramos a los errores como «sustanciales», «manifiestos» o «evidentes» nos sitúa también un escenario indefinido, siendo lo más óptimo el análisis caso por caso.
- El proceder de los decisores es uno de los más importantes motivos por el que se postula un cambio de sistema, en tanto de ellos resultan los laudos que presuntamente son carentes de corrección, de exactitud, de coherencia y de consistencia. Además, se cuestiona los serios problemas de conflictos de interés y corrupción, situación que devendría en un grosero sesgo a favor de los inversores extranjeros.
- La propuesta de cambio de sistema implica el establecimiento de un mecanismo con vocación de permanencia, en el cual las partes litigantes tengan poca o casi nula influencia en el nombramiento de los decisores del mecanismo permanente (similar figura a la de los tribunales o cortes internacionales ya existentes). Se busca el establecimiento de un órgano permanente, para asegurar la independencia de los decisores de las partes contratantes mediante los estatutos del órgano permanente.

Así, el proceso de selección debe conducir a que los decisores sean independientes de los Estados que constituyan el mecanismo permanente y evitar riesgos de politización de los procesos. La Unión Europea propone una lista de árbitros previamente seleccionados. También deberá depender de la naturaleza de la controversia, si surge producto de la violación de un tratado, un contrato o si se deriva de leyes de derecho doméstico.

- Consideramos que lo más idóneo es que las partes se involucren en la elección de los árbitros y que se establezca lineamientos para lograr un punto de «equilibrio» de los intereses de las partes, además de legitimidad del sistema. Se debe modificar los procesos de selección y nombramiento para que sean lo más transparentes. Además, para conseguir una mayor independencia e imparcialidad de los decisores, lo más indicado es identificar las causas específicas que provocan la acusada vinculación con una de las partes, entre ellas: contratos previos, funciones desempeñadas con una de las partes del proceso, o multiplicidad de nombramientos.
- Hay una serie de tendencias en los AII, como el estipular consideraciones sobre los DD.HH., donde se vincula la actividad empresarial con el rol de los Estados, debiendo ambos actuar en concordancia. En los más modernos tratados de inversión se adoptan mecanismos que otorgan un mayor margen al rol regulador de los Estados. Ambos sistemas, el de protección de los DD.HH. y el de las inversiones, están regulados de manera autónoma, mediante una serie de tratados internacionales. En la práctica surge un aspecto debatible, sobre si debería ser mandatorio que los tratados sobre derechos humanos deban ser analizados por los tribunales arbitrales, lo que implicaría incorporar las sentencias de las cortes de derechos humanos en el análisis de los tribunales arbitrales de inversión, para que estos definan si hubo violación de algún estándar o no. Este escenario excedería el análisis del sistema de protección de las inversiones.
- No obstante, hay tratados que no son de inversión y que han sido considerados por los tribunales arbitrales como tales, para atenuar la responsabilidad del Estado o verificar o no la razonabilidad del acto. Los mecanismos habilitantes para aquello son el artículo 42.1 del Convenio CIADI y el artículo 31 numeral 3, literal c) de la Convención de Viena. Esta situación nos lleva a ser reflexivos sobre si es realmente eficiente movilizar todo el sistema de protección de las inversiones, cuando quienes

consideren afectados sus derechos humanos pueden recurrir a mecanismos especializados para ejercer legítimamente sus reclamos.

- La doctrina del poder de policía es un principio por el que un Estado no es responsable del perjuicio económico que sea consecuencia de una regulación de buena fe, dentro del poder de policía aceptado de los Estados. Como se aprecia, los tribunales examinan aspectos subjetivos, razón por la cual, esta figura es vista como más favorable a los Estados. Muy posiblemente sea empleada como una defensa en los venideros casos, derivados de las medidas adoptadas para contener la emergencia sanitaria global.
- Como una suerte de contraposición, tenemos la doctrina de los *sole effects*, donde se postula que el núcleo del análisis de un tribunal arbitral debe versar en el efecto en el valor o control de la inversión, y analizar la magnitud y temporalidad de la medida adoptada. Es decir, se enfoca en el efecto de la medida en la inversión y no en la intencionalidad del Estado (elementos subjetivos de la conducta estatal). Esta doctrina es vista como proinversor. El resultado de los casos venideros será un interesante escenario donde apreciaremos cómo se interpretan estas dos doctrinas y si en realidad están confrontadas.
- Como parte de la tendencia global de protección de las inversiones extranjeras, tenemos el uso de medidas no precluidas. Estas consisten en que en la redacción de los AII se custodie la facultad regulatoria de los Estados, a través de regímenes de excepción. Sirven como una herramienta para establecer de manera más clara cuál es el límite o alcance de los diferentes estándares de protección de las inversiones. La razón de ser de estas medidas es la de resguardar la autonomía regulatoria de los Estados, restableciendo los riesgos y costos de las medidas estatales adoptadas y que estos se trasladen a los inversionistas. Generalmente, se protegen intereses públicos tales como: la salud pública, seguridad pública, orden público, patrimonio cultural, medioambiente, entre otros. Es importante tener presente que estos instrumentos no son *carte blanche* para los Estados, debiendo haber un nexo entre las medidas adoptadas y el objetivo deseado. Las medidas deberán ser: necesarias, relacionadas al fin, proporcionales, razonables, no discriminatorias, ni tampoco arbitrarias. Hay que considerar que, ante redacciones distintas, habrá distintos grados de deferencia y posibles interpretaciones por parte del decisor. Algunos de los más modernos AII las incluyen, así tenemos: el TBI Modelo de los Estados Unidos de América de 2012,

el Acuerdo Integral Económico y Comercial de Europa con Canadá (CETA), el Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de la India o el TLC entre Australia y el Perú.

- Hay una suerte de «paralelismo ineludible» en torno al debate de la reforma del SCIE. Primero, el volumen de las inversiones venía desacelerando, incluso antes de la emergencia sanitaria, lo cual impacta en la movilidad de los flujos de capital y el rol de los Estados en este escenario. Además, la pandemia misma ha supuesto que los Estados adopten medidas extraordinarias, muchas de las cuales pudieron haber afectado derechos de inversionistas, los cuales recurrirán al arbitraje de inversiones para resolver sus controversias con los Estados. Podríamos señalar que esta será una «prueba terminante» para el actual sistema. Con seguridad se apreciará con más claridad aún las fisuras del SCIE actual, lo que pudiera servir como impulso para que los Estados evalúen sus intereses y adopten una postura respecto del debate del establecimiento de una instancia de apelación o corte permanente. La variable de la politización del SCIE, cobrará especial importancia en nuestros días, en la medida que los Estados ejercerán sus políticas gubernamentales según su influencia real en las relaciones internacionales y a sus intereses, lo cual determinará qué nivel de apertura tendrán sus políticas de inversión. Asimismo, la tendencia a la renegociación de AII se hará más patente, dejando las redacciones más antiguas, y reemplazándolas por unas más modernas, más acordes y funcionales a las problemáticas actuales.
- En este contexto, la posición peruana debe estar basada en la flexibilidad. Al contar con una red considerable de AII, el Perú debería renegociar estos antiguos tratados, considerando la experiencia y práctica peruanas en el sistema actual de solución de controversias inversionista-Estado (postura pragmática). En este sentido, las notas interpretativas podrían resultar ser un instrumento útil. En estas se busca señalar expresamente que lo dispuesto en determinado tratado se interprete en un específico sentido. No obstante, habrá que ser conscientes que el optar por un modelo de solución de controversias flexible implica tener la apertura para elegir diferentes modelos de solución de controversias, dependiendo de las necesidades de los Estados, pudiéndose dar una serie de escenarios en esta «modernización», como: incluir una primera instancia de apelación o un tribunal permanente; establecer mecanismos de cooperación y facilitación en materia de inversión a través de un

mecanismo de solución de controversias; decantarse por el sistema de arbitraje de inversión de plano, o bien optar por mecanismos *ad hoc*.

- Consideramos que este debate no debería conducir a la eliminación del sistema actual basado en arbitrajes *ad hoc*, sino a corregir los aspectos que son los más criticables. Ello, porque mientras un sistema de solución de controversias no cuente con un cuerpo jurídico unificado, será más complicado el establecimiento de una instancia de apelación o corte multilateral de inversiones. Habrá Estados, que atendiendo a sus necesidades, opten por el arbitraje *ad hoc* con determinados Estados y simultáneamente adopten el mecanismo permanente con otros. Ello generará más incertidumbre y como consecuencia –paradójicamente– la pérdida de legitimidad.



REFERENCIAS

- Actis, E. (2014). Brasil y la promoción de tratados bilaterales de inversión: el fin de la disyuntiva. *Latin American Journal of International Affairs*, 6(1), 18-33.
https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/29970/CONICET_Digital_Nro.939d28ab-3ded-49f3-a961-d3791ca6548f_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá, 14 de enero de 2017,
https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement/ceta-chapter-chapter_en
- Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y Japón, 01 de febrero de 2019,
https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/es/content/acuerdo-de-asociacion-economica-ue-japon#toc_7
- Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación (Acuerdo Global), 06 de mayo de 1999 (UE) y 20 de marzo de 2000 (México),
http://www.sice.oas.org/tpd/mex_eu/Negotiations/Global_s.pdf
- Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur, 14 de noviembre de 2019,
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114(01)&from=EN)
- Organización Mundial del Comercio. (s.f.). Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Anexo 2.
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm#17
- Bas Vilizzio, M. (2018). Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales? *Relaciones Internacionales*, 27(54), 163-178.
<https://doi.org/10.24215/23142766e032>
- Brower, Ch. N., & Schill, S. W. (2009). Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? *Chicago Journal of international Law*, 9(2).
<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=cjil>
- Bohoslavsky, J. P. (2010, julio). *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/S2010545_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cano Valencia, J., Guzmán-Martínez, D., Castañeda Jiménez, L., & Sánchez Martínez, J. (2019). El precedente en el arbitraje internacional. *UNA Revista de Derecho*, 4.

<https://una.uniandes.edu.co/images/Volumen4/Bernal-para-publicar.pdf>

Cantero Martínez, J. (2016, abril-junio). Arbitraje Internacional de Inversiones y «derecho a regular». *Revista Española de Derecho Europeo*, 58.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>

Carta de las Naciones Unidas, 1945, <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

Caso CIADI N.º ARB/02/1 (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. República Argentina) (2007, 25 de julio)
<https://www.italaw.com/cases/621>

Caso CIADI N.º ARB/02/16 (Sempra Energy International c. República Argentina) (2007, 28 de setiembre de) <https://www.italaw.com/cases/1002>

Caso CIADI N.º UNCT/14/2 (Eli Lilly and Company c. el Gobierno de Canadá) (2017, 16 de marzo) <https://www.italaw.com/cases/1625>

Caso CNUDMI (Methanex Corporation c. Estados Unidos de Norteamérica) (2005, 3 de agosto). <https://www.italaw.com/cases/683>

Caso CNUDMI (S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada). (2002, 30 de diciembre)
<https://www.italaw.com/cases/969>

Caso CPA (National Grid plc c. República Argentina) (2008, 3 de noviembre)
<https://www.italaw.com/cases/732>

Caso CPA N.º 2009-23 (Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. la República del Ecuador) (2018, 30 de agosto)
<https://juiciocrudo.com/documentos/e8e9a7ffbf.pdf>

Caso CPA No. 2013-09 (CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited c. India). (2021, 16 de febrero). <https://www.italaw.com/cases/1962>

Caso L.F.H Neer and Pauline Neer c. Estados Unidos Mexicanos (1926, 15 de octubre)
https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf

Caso Pope & Talbot c. Canadá (2000, 27 de setiembre)
https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/data/can/pope_talbot_inc.html

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2011, 11 de marzo). *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany* (Caso N.º ARB/09/6).
<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/09/6>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2011, 07 de julio). *Tza Yap Shum v. Republic of Peru* (Caso N.º ARB/07/6).
<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/07/6>

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2003, 29 de mayo). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (Caso N.º ARB(AF)/00/2). [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/00/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/00/2)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2016, 04 de abril de). *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Caso N.º ARB(AF)/11/2) [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/11/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/11/2)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2000, 30 de agosto). *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Caso N.º ARB(AF)/97/1). [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/97/1](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/97/1)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2017, 28 de marzo). *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* (Caso N.º ARB/09/12) <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/09/12>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2007, 25 de octubre). *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (Caso N.º ARB/01/3). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/3>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2007, 25 de setiembre). *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (Caso N.º ARB/01/8). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/8>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2008, 18 de agosto). *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru* (Caso N.º ARB/03/28). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/28>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2006, 28 de marzo de). *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia* (Caso N.º ARB/02/3). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/02/3>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2014, 22 de setiembre de). *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic* (Caso N.º ARB/03/15). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/15>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2008, 05 de setiembre). *Continental Casualty Company v. Argentine Republic* (Caso N.º ARB/03/9). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/9>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2016, 26 de setiembre). *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A.*

(Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (Caso N.º ARB/10/7). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/10/7>

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2017, 30 de noviembre). *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (Caso N.º ARB/14/21). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/14/21>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2001, 31 de enero). *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (Caso N.º ARB/97/7). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/97/7>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2016, 9 de noviembre). *The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru* (Caso N.º UNCT/13/1). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=UNCT/13/1>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2004, 24 de agosto). *Total S.A. v. Argentine Republic* (Caso N.º ARB/04/1). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/04/1>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2019). Carga de casos del CIADI-estadísticas. [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/ICSID%20Web%20Stats%202019-1%20\(Spanish\)_rev.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/ICSID%20Web%20Stats%202019-1%20(Spanish)_rev.pdf)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2019). Carga de casos del CIADI-estadísticas (2.ª ed.). [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20\(2019-2%20Edition\)%20SPA.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20(2019-2%20Edition)%20SPA.pdf)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2020). Carga de casos del CIADI-estadísticas. [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20\(2020-1%20Edition\)%20SPA.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20(2020-1%20Edition)%20SPA.pdf)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2020). Carga de casos del CIADI-estadísticas (2.ª ed.). [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20\(2020-2%20Edition\)%20SPA.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20(2020-2%20Edition)%20SPA.pdf)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2021-1). Carga de casos del CIADI-estadísticas. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20SPA.pdf>

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2021). Carga de casos del CIADI-estadísticas (2^a ed.).
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition-SPA.pdf>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2022). Estadísticas de la carga de casos del CIADI.
https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_SPA.pdf
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2016, 9 de noviembre). *Total S.A. v. Argentine Republic* (Caso N.º ARB/04/1).
<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/04/1>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2022). *La Carga de Casos del CIADI – Estadísticas*.
<https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2004). *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*.
<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/possible-improvements-framework-icsid-arbitration>
- Choudhury, B. (2008). Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41(3). 775-832.
<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=vjtl>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2018, 26 de febrero). Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/029/92/PDF/V1802992.pdf?OpenElement>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2020, 12 de noviembre). *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)- Mecanismo de apelación y cuestiones relacionadas con la ejecución*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/42/PDF/V2006542.pdf?OpenElement>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2021, 17 de marzo). *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones (Viena, 8 a 12 de febrero de 2021)*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V21/016/81/PDF/V2101681.pdf?OpenElement>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2017, 18 de setiembre). *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)*.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/067/48/PDF/V1706748.pdf?OpenElement>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2022, 23 de marzo). *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (Nueva York, 14 a 18 de febrero de 2022)*.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V22/016/68/PDF/V2201668.pdf?OpenElement>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2020, 16 de noviembre). *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) - Selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/92/PDF/V2006592.pdf?OpenElement>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2018, 6 de noviembre). *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/075/15/PDF/V1807515.pdf?OpenElement>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2021). *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)- Mecanismo multilateral permanente: selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE y asuntos conexos*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V21/092/79/PDF/V2109279.pdf?OpenElement>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2020, 28 de enero). *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en la continuación de su 38º período de sesiones*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V20/007/36/PDF/V2000736.pdf?OpenElement>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2019, 24 de enero). *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/22/PDF/V1900422.pdf?OpenElement>

Comisión de Derecho Internacional. (2013). Los Acuerdos Ulteriores y Práctica Ulterior en relación con la interpretación de los Tratados. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_660.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). *Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados*. https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2009). *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*. https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20095_en.pdf

Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, 2014, <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency>

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969 https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

Convenio CIADI, Reglamento y Reglas, 1965, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

Convenio Europeo de Derechos Humanos (revisada) <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1249.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Corte Permanente de Arbitraje (consulta de procesos abiertos) <https://pca-cpa.org/es/cases/>

Declaración Interpretativa del TLC Francia-Colombia. (2020, 5 de agosto). http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/17523_DECLARACION%20C3%93N%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20APPRI%20FRANCIA.PDF

Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, 1948, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Devés, E., & Álvarez, S. (Eds). (2020). *Problemáticas Internacionales y mundiales desde el pensamiento latinoamericano. Teorías, escuelas conceptos, doctrinas, figuras*. Ariadna Ediciones https://www.researchgate.net/profile/Eduardo-Deves/publication/344043974_Problematicas_internacionales_y_mundiales_desde_el_pensamiento_latinoamericano_Teorias_Escuelas_Conceptos_Doctrinas_Figuras/links/5f4f8362299bf13a3197483f/Problematicas-internacionales-y-mundiales-desde-el-pensamiento-latinoamericano-Teorias-Escuelas-Conceptos-Doctrinas-Figuras.pdf#page=207

Dolzer, R. (2005). The impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law. *NYU Journal of International Law and Politics*, 37.

<https://www.iilj.org/publications/the-impact-of-international-investment-treaties-on-domestic-administrative-law/>

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. (2001)
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 01 de julio de 2002,
[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Fernández Masiá, E. (2013). Arbitraje inversor-Estado: De “bella durmiente” a “león en la jungla”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 26.
<http://www.reei.org/index.php/revista/num26/notas/arbitraje-inversor-estado-bella-durmiente-leon-jungla>

Fernandez Vásquez, E. (1981). *Diccionario de derecho público. Administrativo. Constitucional. Fiscal*. Astrea

Franck, S. (2005). The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, 73, 1521, 2005.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812964

Gaillard, E., Fernández Arroyo, D. P., Chatelain, L., & Alves, R. F. (2013). En E. Gaillard, D.P. Fernández Arroyo y L. Chatelain (Eds.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*. Editorial Universidad del Rosario. <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/ereader/ulima/69611?page=3>

González de Cossío, F. (2009). *Arbitraje de Inversión*. Editorial Porrúa.

Kaplan, R. D. (2000). *La anarquía que se viene. La destrucción de los sueños de la posguerra fría*. Ediciones B

Kundmüller Caminiti, F. (2007). La densidad de la última globalización y el arbitraje en las inversiones. *Agenda Internacional*, 13(24), 257-294.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7319>

Kundmüller Caminiti, F. (2009). Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Interés Público. *Revista De Derecho Administrativo*, 7, 285-296.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14028>

Langford, M., Potestà, M., Kaufmann-Kohler, G., & Behn, D. (2020). Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions. An Introduction. *The Journal of World Investment & Trade*.
https://brill.com/view/journals/jwit/21/2-3/article-p167_1.xml?ebody=citedby-49894

Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, 21 de junio de 1985.

Mairal, H. A. (2007). *The silence of the argentine courts*. <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/06/HectorMairal.TheSilenceoftheArgentinecourts.pdf>

- Marceddu, M., & Ortolani, P. (2020). What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments. *The European Journal of International Law*, 31(2), 405-428. <http://www.ejil.org/pdfs/31/2/3052.pdf>
- Ministerio de Economía y Finanzas. (s.f.). *Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión – SICRECI del Ministerio de Economía y Finanzas*
https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100906&lang=es-ES&view=article&id=3970
- Ministerio de Finanzas. (2017). *Declaración Interpretativa del BIT India-Bangladesh*.
<https://dea.gov.in/sites/default/files/Signed%20Copy%20of%20JIN.pdf>
- Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la India, 28 de diciembre de 2015,
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>
- Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos de Norteamérica, de 2012, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download>
- Modernización del TLC entre la UE y México (2020)
http://www.sice.oas.org/tpd/mex_eu/mex_eu_s.asp#Modernization_of_FTA
- Mostafa, B. (2008). The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law. *Australian International Law Journal*
<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/AUIntLawJl/2008/12.pdf>
- Neer and Neer (U.S.A.) v. United Mexican States. (1926).
<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-neer-and-neer-u-s-a-v-united-mexican-states-award-friday-15th-october-1926>
- Organización de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Organización de las Naciones Unidas. (2009). *Informe sobre las inversiones en el mundo: empresas transnacionales, producción y desarrollo*.
https://unctad.org/es/system/files/official-document/wir2009overview_sp.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2010, 2 de agosto). *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/79/chemtura-v-canada>
- Organización de las Naciones Unidas. (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*.
https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

- Organización de las Naciones Unidas. (2016). *Informe sobre las inversiones en el mundo: nacionalidad de los inversores. Retos para la formulación de políticas*. https://unctad.org/es/system/files/official-document/wir2016_Overview_es.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2017). *Informe sobre las inversiones en el mundo: la inversión y la economía digital*. https://unctad.org/es/system/files/official-document/wir2017_overview_es.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Septuagésimo segundo período de sesiones. Tema 73 b) del programa provisional. (2017, 18 de julio). *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/218/68/PDF/N1721868.pdf?OpenElement>
- Organización de las Naciones Unidas. (2018). Fact sheet #9: Foreign direct investment. *Handbook of Statistics 2018*. https://unctad.org/system/files/official-document/tdstat43_FS09_en.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2018). *Informe sobre las inversiones en el mundo: la inversión y las nuevas políticas industriales*. https://unctad.org/es/system/files/official-document/wir2018_overview_es.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2018). *Informe sobre la labor del 70º período de sesiones*. <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp4.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2019). Fact sheet #9: Foreign direct investment. *Handbook of Statistics 2019*. https://unctad.org/system/files/official-document/tdstat44_FS09_en.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2019). *Informe sobre las inversiones en el mundo: las zonas económicas especiales*. https://unctad.org/es/system/files/official-document/wir2019_overview_es.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2019). *Informe sobre las inversiones en el mundo: la producción internacional después de la pandemia*. https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2020). Fact sheet #9: Foreign direct investment. *Handbook of Statistics 2020*. https://unctad.org/system/files/official-document/tdstat45_FS09_en.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2021). Fact sheet #9: Foreign direct investment. *Handbook of Statistics 2021*. https://unctad.org/system/files/official-document/tdstat46_FS09_en.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2021). *Handbook of Statistics 2021*. <https://unctad.org/webflyer/handbook-statistics-2021>

- Organización de las Naciones Unidas. (2021). *Informe sobre las inversiones en el mundo: invertir en la recuperación sostenible*.
https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_overview_es.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (2022, 12 de abril). *Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos, puesta en práctica del Marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*.
<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHRSP.pdf>
- Protocolo relativo a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 25 de enero de 2004, <http://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/2-PROTOCOL-TO-THE-AFRICAN-CHARTER-ON-HUMAN-AND-PEOPLES-RIGHTS-ON-THE-ESTABLISHMENT-OF-AN-AFRICAN-COURT-ON-HUMAN-AND-PEOPLES-RIGHTS.pdf>
- Proyecto de Código de Conducta para decisores en controversias internacionales relativas a inversiones (segunda versión). (2021).
https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_es_final.pdf
- Saco, V., & Torres, P. (2018). ¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? Propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos. *Agenda Internacional*, 25(36), 217-233.
<https://doi.org/10.18800/agenda.201801.011>
- Santos Santos, G. (2017). *Manual de Derecho Internacional Público*.
- Schill, S. W. (2016). The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law? *American Society of International Law*, 20(9).
<https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposal-investment-court-system-ttip-stepping>
- Schill, S. W. (2017). International Investment Law and the Rule of Law. *Amsterdam Center for International Law*, 2017-15.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2932153
- Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company. (Caso N.º 128-129). (1987)
<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-sedco-inc-v-national-iranian-oil-company-and-the-islamic-republic-of-iran-award-award-no-309-129-3-tuesday-7th-july-1987>
- Transatlantic Trade and Investment Partnership Trade in services, investment and e-commerce - Chapter II – Investment. (s.f.).
https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf
- Tratado Bilateral de Inversiones entre Argentina y Catar, 06 de noviembre de 2016,
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5382/download>

- Tratado Bilateral de Inversiones entre Argentina y Estados Unidos de Norteamérica, 14 de noviembre de 1991, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>
- Tratado Bilateral de Inversiones entre la India y Mauricio, 04 de setiembre de 1998, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1577/download>
- Tratado Bilateral de Inversiones Estados Unidos de Norteamérica y República de Argentina, 1991, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>
- Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de la India, 25 de enero de 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download>
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 30 de marzo de 2010, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>
- Tratado de Libre Comercio entre Astralia y el Perú, 12 de febrero de 2018, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5720/download>
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, 17 de diciembre de 2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>
- Urioste, R. de. (2013). La expropiación indirecta en el derecho internacional de las inversiones y el derecho a la propiedad en la Corte Europea de Derechos Humanos. *Revista de Economía y Derecho* 10(39).
<https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/319>
- Van Harten, G. (2010). Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion. *Osgoode Hall Law School of York University*.
https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1694&context=scholarly_works

BIBLIOGRAFÍA

- Albanesi, C. (2017). Tendencias comunes en Arbitraje Internacional en América Latina. *Arbitraje PUCP*, 7, 52-54.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/18071>
- Beserman Balco, M. S. (2015). Una mirada a favor de las alegaciones sobre Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión. *Arbitraje PUCP*, 5, 157-163.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16707>
- Burgos-De la Ossa, M y Lozada-Pimiento, N. (2009). La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, 243-278.
<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n15/n15a09.pdf>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo. (2022, 11 de abril). *La inversión extranjera directa mundial se recuperó fuertemente en 2021, pero la recuperación es muy desigual*. <https://unctad.org/es/news/la-inversion-extranjera-directa-mundial-se-recupero-fuertemente-en-2021-pero-la-recuperacion>
- Higa Silva, C., & Saco Chung, V. (2013). Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo. *Derecho PUCP*, 71, 231-256.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8903>
- Kundmüller Caminiti, F. (2009). Apuntes sobre el Derecho Internacional de las inversiones y el interés público. *Revista de Derecho Administrativo*.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14028>
- Latorre Boza, D. (2016). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho internacional de las inversiones: una relación dialéctica. *Arbitraje PUCP*, 6, 127-141.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17031>
- Rizo Massu, C. (2020). International investment law and the right to health. *Revista Chilena de Derecho*, 47(1), 73-100.
<http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/14884>
- Urioste, R. de. (2020). El debate sobre la reforma del arbitraje como método de solución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros y las alternativas de un mecanismo de apelaciones y una corte multilateral de inversiones. *Agenda Internacional*, 27(38), 105-139.
<https://doi.org/10.18800/agenda.202001.005>

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y LA «DEFENSA» DE LOS ESTADOS EN NUESTROS TIEMPOS, ¿NECESIDAD DE REFORMA DEL SISTEMA?

INFORME DE ORIGINALIDAD

14%

INDICE DE SIMILITUD

14%

FUENTES DE INTERNET

7%

PUBLICACIONES

4%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
2	www.revistasmarcialpons.es Fuente de Internet	1%
3	repositorio.unican.es Fuente de Internet	1%
4	undocs.org Fuente de Internet	1%
5	publicaciones.uexternado.edu.co Fuente de Internet	1%
6	sedici.unlp.edu.ar Fuente de Internet	1%
7	core.ac.uk Fuente de Internet	<1%
8	www.uncitral.org Fuente de Internet	<1%