

## **ARBITRAJE INVERSIONISTA - ESTADO: LA NECESIDAD DE REFORZAR SU LEGITIMIDAD MIENTRAS SE FORJAN CAMBIOS MAYORES**

### **1. Introducción**

La evidencia indica que el derecho internacional de las inversiones va camino hacia una reconfiguración importante. En estos momentos, los gobiernos de las más importantes economías del planeta se encuentran analizando qué tipo de derechos sustantivos y remedios procesales están realmente dispuestos a conceder a los inversionistas extranjeros. Protecciones clásicas como Trato Justo y Equitativo, Protección y Seguridad Plenas y contra la Expropiación son consideradas tan ambiguas y expansivas que colocan a los inversionistas en una posición privilegiada y limitan el poder regulatorio y soberano de los Estados.

El arbitraje inversionista-Estado como remedio procesal es también objeto de sospechas. Se le acusa de ser un mecanismo que goza de excesiva privacidad, lo que permite que los procesos arbitrales se conduzcan fuera del alcance de todos los grupos de interés que resultan afectados por lo que se decide en ellos: ciudadanía y sociedad civil.

Esta opacidad procesal ha generado otro tipo de acusaciones mucho más subjetivas y nocivas para la viabilidad del sistema: que los árbitros estarían aplicando interpretaciones expansivas de las protecciones sustantivas en favor de los inversionistas, emitiendo decisiones contradictorias e inconsistentes,

sin rendir cuenta a nadie. Aun cuando algunas de las críticas sustantivas y procedimentales contra el régimen internacional de protección de inversiones pueden ser producto de percepciones inexactas, lo cierto es que la coyuntura internacional y los procesos multilaterales actualmente en curso revelan que una reconfiguración del régimen es inevitable.

La revisión de las protecciones sustantivas y del sistema de arbitraje de inversiones es un asunto central en las negociaciones de acuerdos macroregionales como son el Trans-Pacific Partnership entre los doce países del anillo del Pacífico, el Transatlantic Trade Investment Partnership entre la Unión Europea y los Estados Unidos y el Regional Comprehensive Economic Partnership entre diez Estados del sudeste asiático conjuntamente con Japón, China, Corea del Sur, India, Nueva Zelanda y Australia. De igual forma, organizaciones internacionales como la Unión Europea y las Naciones Unidas han colocado este asunto como punto prioritario en sus agendas.

Esto nos hace pensar que los acuerdos que resultarán de las negociaciones en curso marcarán la pauta de la reconfiguración del derecho de las inversiones por medio de una nueva generación de compromisos de protección de inversión extranjera.

---

\*Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de esta misma universidad, graduado con honores del LLM en International Economic Law por Warwick University (Inglaterra). Asociado senior del Estudio Paitan & Asociados. Como miembro del equipo de arbitraje de esta firma, se ha desempeñado en el patrocinio directo de arbitrajes de inversiones ante el Ciadi y bajo reglas Uncitral, así como en diversos arbitrajes comerciales internacionales.

El presente artículo explora la necesidad de reforzar la debilitada legitimidad actual del arbitraje de inversiones mientras se produce la reconfiguración global del régimen. Así, la Parte 2 expone que, debido a la forma como el derecho internacional de las inversiones está actualmente diseñado, el arbitraje de inversiones tiene un rol normativo y de gobernanza trascendental para el sistema. La Parte 3 analiza los elementos fundamentales para la legitimidad de todo orden legal, como es el arbitraje de inversiones. El déficit de legitimidad del régimen y las delicadas consecuencias de su inestabilidad son abordados en la Parte 4.

La Parte 5 se ocupa de repasar la evidencia que muestra que se avecina la reconfiguración global del régimen y sostiene que, aun cuando este parece inminente, cualquier cambio significativo tomará varios años en ser aplicado. Finalmente, en la Parte 6 proponemos la implementación de reglas de transparencia procesal como medida de apuntalamiento de un régimen que ha sido llamado a revisión pero que aún ejercerá influencia normativa por algunos cuantos años más.

## **2. La Importancia del Arbitraje Inversionista-Estado en el Régimen Internacional de las Inversiones Actual**

El derecho internacional de las inversiones contemporáneo se nutre principalmente de una densa red de tratados de protección de inversiones y ya no exclusivamente del derecho consuetudinario internacional como solía ser en el pasado.

Este proceso de tratadización, como algunos lo han denominado, se refleja en los más de 3,271 acuerdos internacionales de inversión actualmente vigentes, que vinculan a más de 200 naciones del planeta, según el reporte más reciente publicado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

Dos rasgos de esta arquitectura de tratados han generado el surgimiento y la propagación del arbitraje inversionista-Estado como fuente normativa y de gobernanza en el sistema internacional de las inversiones. Primero, su uniformidad de contenido y, segundo, la poca precisión textual de las protecciones sustantivas que confieren. La uniformidad de contenido es atribuible a que la vasta mayoría de los tratados vigentes hoy en día se basaron en tratados modelo desarrollados por los Estados Unidos y ciertos países europeos.

Esta homogeneidad explica por qué la generalidad de tratados reproduce una cláusula de consentimiento al arbitraje, que otorga a los inversionistas extranjeros poder para accionar contra un Estado receptor ante un tribunal arbitral privado, derecho inexistente bajo derecho internacional tradicional.

La segunda característica mencionada asignó a los tribunales arbitrales, quizá indeliberadamente, la tarea de interpretar las vagas protecciones sustantivas y resolver su ambigüedad textual caso por caso.

---

<sup>1</sup> RYAN, Christopher M, “Meeting Expectations: Assessing the long-term legitimacy and stability of international investment law”, *University of Pennsylvania Journal of Law*, Vol. 29 (2008), p. 730 («During this period (70’s) [...] the international community shifted from reliance on customary international law to treaties as the basis for protecting foreign investments. This shift was caused principally by a belief that customary international law could not adequately protect foreign investments.»); SALACUSE, Jeswald, “The Treatification of International Investment Law”, *Law and Business Review of America*, Vol. 13 (2007), p. 157

Ya en su reconocida obra sobre legitimidad del derecho internacional, el profesor Thomas Franck advertía que esta falta de claridad textual, característica de los tratados internacionales de inversión de hoy en día, podía ser salvada mediante procesos de precisión interpretativa (interpretative determinacy). Franck sustentó que la carencia de claridad textual de los tratados no los deslegitimaba per se, pues su vaguedad literal podía ser superada mediante la interpretación del significado y sentido de las reglas a cargo de una autoridad reconocida como legítima y coherente.

Dicho entorno, que se mantiene hasta hoy, ha determinado que el arbitraje de inversiones asuma el crucial rol de ser fuente normativa y de gobernanza en el derecho internacional de las inversiones, ya que los tribunales definen los estándares de tratamiento que los Estados se han obligado a aplicar a los inversionistas extranjeros.

Diversos autores coinciden en que el arbitraje de inversiones es fuente de gobernanza global. Entre otros, Kingsbury y Schill, en su estudio sobre la emergencia del arbitraje de inversiones, sostienen lo siguiente:

*Investor-State arbitral tribunals implement broadly phrased international standards set out in very similar terms in many investment treaties, [...] so that they increasingly define for the majority of States of the world standards of good governance and of the rule of law that are enforceable against them by foreign investors [...] The standards thus reinforced or created by arbitral tribunals reflect general principles for the exercise of public power that are applicable not only to State conduct, but likely will be applied over time, mutatis mutandis, to the activities of arbitral tribunals themselves. Investor-State arbitration is thus developing into a form of global governance.*

---

(«Today, unlike the situation that prevailed in the immediate post-World War era, foreign investors in many parts of the world are protected primarily by international treaties, rather than by customary international law alone»); SCHILL, Stephan, “From Sources to Discourse: Investment Treaty Jurisprudence as the New Custom?”, 16th Investment Treaty Forum Public Conference on “Is There an Evolving Customary International Law on Investment?”, British Institute of International and Comparative Law (6 de Mayo de 2011) («At present, traditional customary international law only plays a minor role in resolving international investment disputes. Outside of the investment treaty context, there are few proceedings under international law relating to the resolution of investment disputes; within investment treaty arbitration, reference to customary international law is the exception rather than the rule»), [http://www.bicil.org/files/5630\\_stephan\\_schill.pdf](http://www.bicil.org/files/5630_stephan_schill.pdf), (consultado el 21/07/2015).

<sup>2</sup> Cf., por ejemplo, SALACUSE, Jeswald, supra pie de página 1; ALVAREZ, Jose, “The Public International Law Regime Governing International Investment”, Hague Academy of International Law (2011), p. 407 («fragmentation [of international economic law] is the dark side of treatification»); D’ASPREMONT, Jean, “International Customary Investment Law: Story of a Paradox”, Sources of Transnational Investment Law, Martinus Nijhoff (2012), p. 17 («the repetitive failures to multilateralize investment protection triggered a general move toward bilateral treatification»).

<sup>3</sup> UNCTAD, World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance, (2015), p. xi.

<sup>4</sup> BISHOP, R. Doak, et al, “Foreign Investment Disputes: Cases, materials, and commentary”, Kluwer Law International (2005), p. 8 («While differences in some standards may be found among [BITs], there is an astonishing similarity in the most important rules»); SCHILL, Stephan, “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, Virginia Journal of International Law, Vol. 57, No. 1 (2011), p. 62 («Despite some differences between the various international investment treaties, they follow rather uniform principles with regard to their structure, content, and mechanism of dispute settlement»).

<sup>5</sup> BROWER, Charles, “Structure, Legitimacy, and NAFTA’s Investment Chapter”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36 (2003), p. 53 («the complexity of international relations inevitably required the inclusion of certain vague, flexible, and conflicting provisions»).

<sup>6</sup> RYAN, Christopher, supra pie de página 1, p. 732

El ejercicio de poder normativo de los tribunales arbitrales es innegable ya que, por medio de sus decisiones, los tribunales complementan un cuerpo normativo global que influye en el comportamiento de los Estados y en las expectativas de los inversionistas. Por esta razón, mientras que la arquitectura del derecho internacional de las inversiones se cimienta en los miles de tratados actualmente vigentes, el régimen de arbitraje de inversiones será una pieza fundamental para el sistema.

### 3. Factores que Determinan la Legitimidad de Todo Orden Legal

La legitimidad de un orden legal se cimienta en la percepción de validez de la autoridad de quien ejerza poder normativo en dicho orden y de las reglas y decisiones que ésta emane, lo que propicia su acatamiento por parte de aquellos a quienes gobierna, sin necesidad que medie coerción. Habermas entendía legitimidad como *«la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo»* y que lo hace *«merecedor de reconocimiento»*. Por su parte, Franck, en su estudio de ciencia política acerca de la obediencia de reglas en las relaciones internacionales definió legitimidad como *«aquella propiedad de una regla o de una institución reguladora de*

*inducir su cumplimiento en aquellos a quienes se dirige, pues éstos confían que la regla ha sido creada y opera de conformidad con los principios generalmente aceptados del debido proceso»*. Por lo tanto, la forma como los tribunales arbitrales se conducen en ejercicio de su poder es fundamental para generar una percepción de validez del sistema en su conjunto, lo que a su vez garantiza su estabilidad.

Desde la perspectiva de la ciencia política, son tres los componentes que construyen la legitimidad de un sistema normativo y de interpretación de reglas como lo es el del arbitraje de inversiones. Primero, el régimen debe generar claridad normativa. Segundo, en ejercicio de su autoridad, debe manejarse conforme a una práctica coherente y consistente. Y tercero, su adherencia democrática debe ser percibida por la comunidad a la que gobierna. Debe tenerse en cuenta que en el arbitraje de inversiones, la comunidad gobernada por este régimen trasciende de las partes del proceso: inversionista demandante y Estado demandado. En efecto, en la medida que los tribunales ejercen una función normativa y deciden sobre materias relacionadas al interés público de los Estados demandados, los ciudadanos y contribuyentes de dichos Estados también parte afectada y, portanto,

---

<sup>7</sup> FRANCK, Thomas, "Fairness in International Law and Institutions", Oxford University Press (1997).

<sup>8</sup> Cf., por ejemplo, MUCHLINSKI, Peter, "A Coherent International Investment System", *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum* (R. Ehandi & P. Sauvé, eds.), Cambridge University Press (2013), p. 431 («International investment arbitration is not just a system of dispute resolution but is also a structure of global governance»); ALVAREZ, José & BRINK, Tegan, "Revisiting the Necessity Defense", *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011* (K. Sauvant, ed.), Oxford University Press (2012), p. 362 («For most of us, it matters greatly that investor-State decisions adhere to the rising expectations we have for other forms of global governance [...]»).

<sup>9</sup> KINGSBURY, Benedict & SCHILL, Stephan, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", *IILJ Working Paper 2009/6* (Global Administrative Law Series), p.2, <http://www.iilj.org/publications/documents/2009-6.KingsburySchill.pdf> (c. 21/07/2015).

<sup>10</sup> SCHILL, Stephan, *supra* pie de página 1, p. 10 («The vagueness of the principles of investment protection [...] de facto involve[s] a substantial delegation of law-making power from States to tribunals in the international investment context. Thus, it is much more the jurisprudence of investment treaty tribunals concretizing the meaning of the standards of investment protection that determines the interpretation of international investment law, than any guidance provided by the Contracting States in their investment treaties or classical customary international law»).

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen, "La Reconstrucción del Materialismo Histórico", Madrid, Taurus (1981), p. 243 y 249.

<sup>12</sup> FRANCK, Thomas, "The Power of Legitimacy Among Nations", Oxford University Press (1990), p. 24, traducción libre.

alcanzada por la autoridad del arbitraje de inversiones.

Claridad normativa es la capacidad de las reglas de transmitir claramente su significado y alcance. Franck la definió como «*la habilidad de un régimen legal de transmitir señales claras acerca de los estándares de conducta que demanda*», otorgándole a los sujetos que gobierna «*una oportunidad idónea de entenderlos y adaptar su conducta como corresponde.*» Ahora bien, como vimos más arriba, es muy escasa la claridad textual de los estándares de tratamiento a los que los Estados se han comprometido en los tratados de inversión, por lo que el esclarecimiento de su ámbito de aplicación y contenido corre a cargo del arbitraje de inversiones. Los tribunales deben por tanto dotar de claridad normativa al sistema mediante decisiones que a su vez sean claras. Esto significa que los fallos deben guardar coherencia entre la motivación empleada y lo sentenciado, de modo que la interpretación normativa sea descifrable. Se hace evidente entonces que la percepción de claridad normativa de las decisiones adoptadas en el ámbito del arbitraje de inversiones depende en gran medida de la información y grado de acceso que la comunidad gobernada tenga al proceso. Una práctica coherente y consistente supone la interpretación y aplicación uniforme de las reglas de juego. Esto significa que, aun cuando en el régimen del arbitraje de inversiones no existe el principio del precedente vinculante o *stare decisis*, casos iguales deberían recibir tratamientos iguales.

Algunas veces, sin embargo, la aplicación de una misma regla en dos casos aparentemente similares puede aparecer inconsistente. Esta percepción es particularmente fácil de ocurrir en el arbitraje de inversionista-Estado, donde tribunales distintos deben decidir casos distintos, aplicando determinada protección sustantiva contenida en tratados distintos, pero que ha sido redactada idénticamente en todos ellos. Pensemos en el caso del estándar de protección Trato Justo y Equitativo. Su redacción en la vasta mayoría de tratados bilaterales de inversión es, con ligeros matices idiomáticos, la siguiente: «Cada parte contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte contratante». Pues bien, este mismo estándar podría ser invocado por dos inversionistas, en procedimientos distintos, contra un mismo Estado; y ambos tribunales podrían llegar a resultados abiertamente opuestos: ordenando el pago de una compensación a favor del inversionista afectado, en uno, y rechazando la demanda en el otro. Esta interpretación aparentemente inconsistente podría sustentarse razonablemente en una serie de particularidades legales y fácticas de cada caso: e.g. validez de las “*expectativas legítimas*” invocadas por los demandantes, la intensidad del daño ocasionado a las inversiones o, inclusive, singularidades en el contexto y negociación de los tratados invocados. La potencialidad de este escenario de inconsistencia aparente, fue reconocida por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el caso Mox Plant:

---

13 Esta dimensión de legitimidad ha sido denominada legitimidad conductual o también legitimidad de ejercicio. Cf., por ejemplo, D'ASPREMONT, Jean & DE BRABANDERE, Eric, “The Complementary Faces of Legitimacy in International Law: The Legitimacy of Origin and the Legitimacy of Exercise”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, No. 2 (2011); BUCHANAN, Allen, “The Legitimacy of International Law”, *The Philosophy of International Law*, Vol. 80 (2009).

14 BROWER, Charles, *supra* pie de página 5, p. 51 (nominando predictability, conformance to historical practice [i.e. coherencia] y sharing of fundamental values como los tres pilares de la legitimidad); FRANCK, Thomas, “Legitimacy in the International System”, *American Journal of International Law*, Vol. 82 (1988), p. 712 (identificando determinacy, coherence y symbolic validation [i.e. valores percibidos como fundamentales] como determinantes para la legitimidad de un sistema legal).

15 FRANCK, Thomas, *supra* pie de página 7, p. 48 y 52, traducción libre.

16 Caso Mox Plant (Irlanda v. Reino Unido), Order on Provisional Measures, 3 de diciembre de 2001, parra. 51.

*[T]he application of international law rules on interpretation of treaties to identical or similar provisions of different treaties may not yield the same results, having regard to, inter alia, differences in the respective contexts, objects and purposes, subsequent practice of parties and travaux préparatoires.*

Así las cosas, siempre y cuando una aparente inconsistencia entre decisiones alcanzadas en casos superficialmente similares pueda ser genuinamente clarificada, la percepción de coherencia y consistencia del arbitraje de inversiones no será afectada. Una vez más, resulta evidente que esta percepción depende en gran medida del nivel de escrutinio que se pueda lograr de los hechos y particularidades de los procedimientos.

Por último, adherencia democrática es la cualidad por la cual la comunidad gobernada entiende que la autoridad se está conduciendo con arreglo a valores democráticos concebidos como fundamentales, siendo participación pública y rendición de cuentas los dos rasgos democráticos fundamentales cuando de regímenes de adjudicación de derechos y solución de disputas se trata<sup>17</sup>.

La participación pública involucra el acceso público al proceso de adjudicación y a las decisiones que se adopten, para lo cual son necesarios mecanismos que garanticen la transparencia de dicha información. Rendición de cuentas significa el control que pueden ejercer los gobernados sobre quienes los gobiernan. En el caso de regímenes como el arbitraje de inversiones, esto demanda la existencia de mecanismos para que la comunidad pueda supervisar la conducta de los encargados del proceso, enterarse cuando hayan errado en el ejercicio del poder conferido y adoptar medidas para que tales anomalías no vuelvan a suceder.

Del análisis de estos tres componentes, fluye que el nivel de transparencia procedimental y el acceso a la información que ciudadanos y contribuyentes puedan tener es gravitante para forjar la percepción de legitimidad del arbitraje de inversiones. Colocar el proceso de toma de decisiones fuera del alcance de todas las partes que resultarán afectadas por la decisión impedirá la consolidación de legitimidad del régimen, generará una percepción de desbalance de poder y el arbitraje será percibido como opaco y potencialmente parcializado.

#### **4. El Déficit de Legitimidad del Arbitraje Inversionista-Estado, sus Síntomas y Consecuencias**

---

17 SCHNEIDER, Andrea, "Getting Along: The Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade Organizations", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 20 (1999), p.709-10; BROWER, Charles, *supra* pie de página 5, p. 56; CARON, David, "The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council", *American Journal of International Law*, Vol. 87 (1993), p. 561; CHAYES, Abram & HANDLER, Antonia, *The New Sovereignty – Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press (1995) p. 22.

18 CHOUDHURY, Barnali, "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 41 (2008), p. 784 («a governance system that curtails public participation, including the public's ability to hold decision makers accountable, will always be vulnerable to attacks based on its legitimacy»).

19 STEPHAN, Paul, "Accountability and International Lawmaking: rules, Rents and Legitimacy", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 17 (1997), p. 681.

20 STEIN, Eric, "International Integration and Democracy: No Love at Forts Sight", *American Journal of International Law*, Vol. 95 (2001), p. 493 («The presence of core democratic principles, such as public participation and accountability, in a decision-making process also confers legitimacy upon a system of governance»).

La multiplicación de tratados de protección inversiones trajo como consecuencia natural la proliferación del empleo del arbitraje inversionista-Estado. En muchos de estos casos, los tribunales han tenido que resolver demandas relacionadas con el ejercicio regulatorio estatal en materias muy sensibles tales como medio ambiente, estabilidad económica y salud pública, cuyos resultados generaron resonancia social en la opinión pública. Existe también la percepción que los tribunales han aplicado interpretaciones muy expansivas a las protecciones otorgadas a los inversionistas extranjeros, lo que ha incrementado la aprensión hacia el sistema. En este contexto, las críticas contra la configuración actual del derecho internacional de las inversiones también se han multiplicado, siendo posible clasificarlas en dos categorías: las que enfilan hacia la entidad y contenido sustantivo del sistema, que podemos denominar críticas sustantivas, y aquellas que se dirigen contra el régimen del arbitraje inversionista-Estado, que llamaremos críticas procedimentales.

Entre las críticas sustantivas podemos mencionar las acusaciones que sostienen que los tratados de protección no influyen significativamente en la atracción de inversiones, que las protecciones otorgadas a los inversionistas son demasiado vagas y que restringen la capacidad regulatoria de los Estados receptores.

Por su parte, las críticas procedimentales al arbitraje de inversiones sostienen que los tribunales tienden a interpretar las protecciones de los tratados expansivamente para favorecer a los inversionistas, que se suelen alcanzar decisiones inconsistentes sin que exista un mecanismo idóneo para prevenirlas, que no existe un sistema de apelaciones para rectificar errores en las decisiones y que los procedimientos se conducen alejados de principios democráticos fundamentales como son la participación pública y transparencia, a pesar de la naturaleza pública de las materias en disputa

Algunos autores señalan que todas estas percepciones han generado que el régimen del arbitraje de inversiones padezca de actualmente de un grave déficit de legitimidad. Cierta evidencia empírica respalda este diagnóstico. Por ejemplo, Rusia, Tailandia, Zimbawe y Venezuela han mostrado su descontento hacia el sistema de arbitraje de inversiones y demorado, inclusive rehusado, el cumplimiento de algunos laudos emitidos en su contra.

La desobediencia de las decisiones emanadas por un orden legal son síntomas de la falta de legitimidad del mismo, como vimos anteriormente. Estas posturas se suman al retiro de Ecuador, Venezuela y Bolivia del convenio CIADI y al de Rusia del Energy Charter Treaty luego del fallo desfavorable en el conocido caso Yukos Oil.

---

21 Cf. TOBIN, Jennifer & ROSE-ACKERMAN, Susan, "Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties", Yale Law & Economics Research Paper No. 293 (mayo 2005), <http://ssrn.com/abstract=557121>; HALLWARD-DRIEMEIER, Mary, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... and They Could Bite", *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press (2009), p. 374.

22 Cf. TIENHAARA, Kyla, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press (2009); SCHILL, Stephan, "Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation To Mitigate Climate Change?", *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, No. 5 (2007), p. 469; BARRET, Emily, "Biofuels, Sustainability, and Trade-Related Regulatory Chill", *Journal of International Economic Law*, Vol. 15 (2012), p. 157.

23 SORNARAJAH, M., "A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (K. Sauvart & M. Chiswick-Patterson eds.), Cambridge University Press (2008), p. 51.

24 FRANCK, Susan, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, Vol. 73 (2005), p. 1521.

Pero las reacciones adversas hacia el arbitraje de inversión no han sido exclusivas de países en desarrollo. Recientemente, el parlamento de la Unión Europea votó en contra de incluir el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias en el marco del Transatlantic Trade and Investment Partnership en negociación con los Estados Unidos. En su lugar, el parlamento votó a favor de crear un sistema que «*estuviera sujeto a principios democráticos y escrutinio público*», donde se manejara los casos «*de forma transparente*» y en «*audiencias públicas*», a cargo de «*jueces profesionales, independientes, públicamente designados*» y sujeto a algún mecanismo de apelación. *independientes, públicamente designados*» y sujeto a algún mecanismo de apelación. En un sentido similar, muchos acuerdos recientes han prescindido del arbitraje como remedio procesal, dejando las disputas a cargo de las cortes domésticas del Estado receptor. Tal es el caso del Economic Partnership Agreement (EPA) de 2014 entre Australia y Japón, del Acuerdo de Libre Comercio de 2012 entre Australia y Malasia, del EPA de 2011 entre Australia y Nueva Zelanda, por mencionar algunos.

Como vimos anteriormente, contar con una autoridad percibida como legítima garantiza el acatamiento de las decisiones emitidas en ejercicio de esa autoridad. En este sentido, Franck sostiene que la percepción de legitimidad de una autoridad normativa es particularmente importante en regímenes de derecho internacional, donde generalmente no existen otros mecanismos de coerción y cumplimiento. Sin embargo, garantizar que los inversionistas vencedores cobren las compensaciones ordenadas por los tribunales no es la única ni la más importante de las razones de la importancia de contar con un régimen de arbitraje inversionista-Estado legítimo.

En nuestra opinión, la precaria legitimidad actual del régimen de arbitraje coloca a los Estados en una situación muy delicada. Si bien, de un lado algunos inversionistas podrían repentinamente encontrarse con la difícil misión de ejecutar una decisión arbitral válida pero emitida en un procedimiento percibido como ilegítimo; del otro lado muchos gobiernos tendrán que afrontar el costo político de explicar a los contribuyentes por qué deberán pagar indemnizaciones por mandato de tribunales que no gozan de prestigio ante la ciudadanía. Vemos entonces que la inestabilidad del régimen de inversiones puede irradiarse peligrosamente hacia el espacio político doméstico de los Estados.

---

25 CHOUDHURY, Barnali, *supra* pie de página 18.

26 Cf. FRANCK, Susan, *supra* pie de página 24; BROWER, Charles & SCHILL, Stephan, “Is Arbitration a Boon to the Legitimacy of Investment Law?”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.9, No. 2 (2009), p. 471.

27 Actualmente, Rusia resiste el pago de USD 50 billones ordenado en *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (Uncitral, PCA No. AA 227). Ver “Yukos shareholders declare war on Russia’s assets”, *Politico* (19 de junio de 2015), <http://www.politico.eu/article/yukos-oil-russia-khodorkovsky-mikhail-putin/> (c. 21/07/2015).

28 Tailandia rehusó cerca de dos años el pago de la compensación ordenada en *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand* (Uncitral, 1 de julio de 2009) hasta que se vio forzada por el embargo de una aeronave de la corona tailandesa en territorio alemán. Ver “Thai govt pays €38m to Walter Bau, gets royal plane back”, *Asian Correspondent* (10 de agosto de 2011), <http://asiancorrespondent.com/62084/thai-govt-finally-pays-the-e38m-to-walter-bau-finally-gets-royal-plane-back/> (c. 21/07/2015).

29 “US court upholds \$25mln compensation award to Dutch farmers against Zimbabwe banks, firms over seized land”, *The Telegraph* (5 de junio de 2015), [http://www.newzimbabwe.com/news-22976-US+hits+Zimbank+for+\\$25m+over+farm+grab/news.aspx](http://www.newzimbabwe.com/news-22976-US+hits+Zimbank+for+$25m+over+farm+grab/news.aspx) (c. 21/07/15).

30 Nos referimos a la compensación ordenada en *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, (ICSID ARB(AF)/09/1). Ver “Gold Reserve intenta cobrar en Luxemburgo laudo en arbitraje con Venezuela”, *El Universal* (14 de abril de 2015), <http://www.eluniversal.com/economia/150414/gold-reserve-intenta-cobrar-en-luxemburgo-laudo-en-arbitraje-con-venez> (c. 21/07/2015).



La aversión al costo político de acatar fallos podrá inducir a los gobiernos, particularmente a aquellos que se encuentren en situaciones de crisis o período electoral, a incumplirlos. Una vez inmersos en una situación de desacatos, los gobiernos no tendrán los mismos incentivos que en una situación de normalidad del sistema para seguir observando las protecciones sustantivas del régimen de protección de inversiones. La resignación estatal a desatender el sistema puede llevar a los gobiernos a ejercer su imperio y poder regulatorio ya sin ninguna medida, permitiendo abiertamente arbitrariedades contra la inversión extranjera.

De otro lado, el incumplimiento de compromisos internacionales por parte de un Estado quiebra el balance de reciprocidad, que es uno de los principios fundamentales del derecho internacional. Colegimos entonces que ello podría desencadenar el incumplimiento de otros Estados – por ejemplo aquél del cual es nacional el inversionista vulnerado- de sus obligaciones en materia de protección de inversiones, como medida de retaliación. En dicho escenario, la estabilidad del sistema sufriría arremetidas por varios frentes. Ahora bien, en el caso de gobiernos más moderados, el potencial costo político de obedecer decisiones arbitrales desfavorables quizás no los induzca al desacato, pero se podrán ver impulsados a dismantelar la red de tratados de protección de inversión que los sujeta a estándares y mecanismos de solución de controversias que no están dispuestos a seguir observando. Países importadores de inversión extranjera, como los latinoamericanos, se encontrarán entonces en la necesidad de reemplazar los tratados renunciados por otros que produzcan atracción y confianza en los inversionistas, y percepción de legitimidad en su sociedad.

La urgencia de contar con instrumentos que aseguren el flujo de inversión llevará a dichos gobiernos a cerrar apresuradamente los nuevos acuerdos, relajando la negociación de aspectos claves para el surgimiento de una nueva generación de tratados internacionales que sean capaces de dotar al sistema internacional de las inversiones de la estabilidad que hoy no tiene.

## 5. El Llamado a Revisión del Sistema

Las fallas detectadas en el actual régimen del derecho internacional de las inversiones han llevado a académicos, políticos y organizaciones no gubernamentales a elaborar y proponer diversas soluciones posibles para esta problemática. En cuanto al aspecto sustantivo del régimen, se ha planteado, por mencionar algunas, circunscribir el concepto de “*inversiones protegidas*”; limitar el alcance de los estándares de protección mediante la especificación exhaustiva de las conductas estatales que podrían dar lugar a su vulneración; incorporar salvaguardas al derecho de los Estados receptores a regular en materia de protección del medio ambiente, salud pública, seguridad nacional, derechos humanos y situaciones de emergencia; agregar cláusulas de denegación de protecciones a “*empresas cascarón*” para evitar el treaty shopping; establecer mecanismos de deferencia para los Estados receptores menos desarrollados; instituir el valor justo de mercado como método de cuantificación de compensación en caso de expropiación; etc. En cuanto al aspecto procedimental del régimen las propuestas son también diversas. Se ha planteado la creación de mecanismos de apelación y de colegiados permanentes, la obligatoriedad del agotamiento de los remedios domésticos como precondition para acceder al arbitraje, la instauración de mecanismos de solución alternativa de disputas, etc.

---

31 Ver nota de prensa de la sesión plenaria del 8 de julio de 2015, European Parliament News, <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20150702IPR73645/html/TTIP-ease-access-to-US-market-protect-EU-standards-reform-dispute-settlement> (c.10/7/2015)

32 UNCTAD (2015), p.152

33 FRANCK, Thomas, supra pie de página 14, p. 706

Ahora bien, ni las críticas contra el régimen internacional de protección de inversiones ni las propuestas de cambio son un asunto completamente nuevo. Sin embargo, hoy más que nunca, parece haber cierto consenso global acerca de la necesidad de reforma sustancial del sistema. Este ha sido, por ejemplo, el mensaje de fondo del más reciente informe anual de la UNCTAD, que califica al 2014 como un «*período de reflexión, revisión y ajuste*» en la práctica de los tratados de inversión, y reconoce la necesidad de introducir «*reformas sustantivas, procedimentales y sistémicas*» para que los futuros tratados sean capaces de «*salvaguardar el derecho (de los Estados) a regular en pos de objetivos de desarrollo sostenible, reformar el régimen de arreglo de arreglo de controversias de inversión [...] y mejorar de la consistencia sistémica*». En la presentación del informe, las palabras del Secretario General, no dejaron dudas acerca de la convicción de las Naciones Unidas acerca de la urgencia de reforma del sistema: The case for reform is clear. [...] The (investment protection) agreements have also had a number of unintended and sometimes far-reaching consequences for the right, of developed and developing countries alike, to regulate. 'Old style' international investment agreements have increasingly come to a dead end. Reform should make the global network of international investment agreements better fit the needs and realities of today and tomorrow.

Las voces por una reforma holística del régimen internacional de protección de inversiones se producen en un momento en el que tres tratados regionales mayúsculos de libre comercio e inversión están siendo negociados: el Transatlantic Trade Investment Partnership (TTIP) entre la Unión Europea y los Estados Unidos, el Trans-Pacific Partnership (TPP) entre doce países del anillo del Pacífico y el Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) entre los diez Estados miembros de la Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) conjuntamente con Japón, China, Corea del Sur, India, Nueva Zelanda y Australia. El poderío económico conjunto de los países involucrados en estas negociaciones, sumado a que varias de las naciones involucradas vienen sosteniendo desde hace algunos años una aproximación restrictiva al régimen internacional de protección de inversiones, nos llevan a concluir que los acuerdos que resultarán de las negociaciones en curso marcarán la pauta de la reconfiguración del derecho de las inversiones.

A pesar del creciente consenso sobre la necesidad de introducir reformas al sistema, y de ser un tema actual en la agenda de los países y organizaciones internacionales más influyentes en la disciplina del derecho internacional de las inversiones, que esta reforma significativa se produzca en el corto plazo es poco probable.

---

34 Este es el caso del más reciente borrador del Tratado de Inversión Modelo elaborado por India que, entre otras innovaciones, contiene muy detalladas definiciones de “enterprise”, “real and substantial operations”, “investment”, ([https://mygov.in/sites/default/files/master\\_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf](https://mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf))

35 UNCTAD (2015), p. 136-40.

36 Id., p. 140-42. Ver también, “Investment in TTIP and beyond – the path to reform”, European Commission, Concept Paper (2015), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF) (c. 21/07/2015).

37 Ver art. 6 del SADC (Southern African Development Community) Model Bilateral Investment Treaty Template, 2012, <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> (c. 21/07/2015).

38 Tal es el caso de una reciente propuesta del gobierno francés ante la Comisión Europea, en el marco de las negociaciones del Transatlantic Trade Investment Partnership entre los Estados Unidos y la Unión Europea, para la inclusión de una corte permanente de arbitraje que se encargaría de resolver las controversias derivadas de dicho tratado. Esta corte, según la propuesta, dispondría también de una instancia de apelaciones. Ver, “Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs”, mayo 2015, <https://www.april.org/sites/default/files/267400569-20150530-isds-Papier-Fr-Vf.pdf> (c. 21/07/2015).

Las naciones que llevan la delantera en las tratativas para alcanzar acuerdos multilaterales de avanzada en materia de inversión necesitan armonizar sus posiciones y lograr convergencia en cuanto al sentido que tendrán los tratados resultantes. Esta tarea ha demostrado tener un avance lento y no exento de desencuentros y estancamientos prolongados. Por ejemplo, la primera reunión negociadora del TPP ocurrió en marzo de 2010 y hoy, tras más de 5 años, 19 rondas de negociación y 22 reuniones de comisionados oficiales, no existe aún un borrador oficial del acuerdo avanzado. El caso del TTIP no es muy diferente tras diez rondas oficiales de negociaciones que arrancaron en julio de 2013.

Asimismo, es razonable pensar que economías menos desarrolladas que las involucradas en dichas tratativas adoptarán una estrategia de prudencia y observación de los resultados que los tratados regionales resultantes puedan obtener. Precisamente, en su reporte anual del 2014, UNCTAD adelantó que esta podría ser justificadamente la postura a ser adoptada por muchos países ya que «*las vacilaciones para embarcarse en reformas holísticas y de largo alcance responden a un dilema gubernamental:*

*cambios sustantivos podrían minar el atractivo de un país para la inversión extranjera, y particularmente los primeros países en adoptarlos podrían sufrir en este sentido».*

Pues bien, no solamente el proceso de convergencia, adopción y entrada en vigor de referidos tratados de nueva generación será dilatado. Transcurrido el tiempo suficiente para observar sus resultados (y de resultar favorables, como se espera), los países que decidan adoptar las reformas introducidas en aquellos y replicarlas en sus instrumentos de inversión con otros Estados, deberán embarcarse en una tarea no menos ardua: el desmantelamiento de la extensa red de tratados bilaterales aún existentes. Esta labor no estará exenta de complejidades. Muchos tratados bilaterales de inversión contienen plazos de cumplimiento obligatorio previo a su denuncia u otras protecciones especiales para estos escenarios: cláusulas con plazos de duración forzosa o las denominadas survival clauses, que extienden la vigencia de las protecciones del tratado por hasta 15 años para aquellas inversiones existentes a la fecha de su denuncia.

---

39 UNCTAD (2015), p. 147-55.

40 Cf., por ejemplo, CHUNG, Olivia, “The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47 (2006-2007), p. 953; WONG-MOG, Choi, “The Present and Future of The Investor-State Dispute Settlement Paradigm”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 10 (2007), p. 725; SALACUSE, Jeswald, “Is there a better way? Alternative methods of treaty-based, investor-State dispute resolution”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 31 (2007-2008), p. 138.

41 Cf., por ejemplo, GRUNER, Dora, “Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41 (2002-2003), p. 923

42 Para un compendio pormenorizado de las propuestas de reforma más contemporáneas, ver “Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System - Journeys for the 21st Century”, *Nijhoff International Investment Law Series*, Vol. 4 (2015).

43 UNCTAD (2015), p. 120, traducción libre.

44 UNCTAD/PRESS/PR/2015/011, Suiza, 24 de junio de 2015, <http://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=254>, (c. 15/7/2015)

45 Por ejemplo, el Producto Bruto Interno (PBI) conjunto de los 12 países participantes de las negociaciones del TPP alcanza casi el 40% del PBI global (UNCTAD, *Global Investment Trends Monitor*, No. 15 (2014), p. 2); mientras que los 16 participantes de las negociaciones del RCEP concentran el 33% del PBI global, el 45% de la población mundial y el 30% de las exportaciones del planeta (STEPHENSON, Sherry, “Impact of Mega-regionals on the Asia-Pacific Region”, *World Economic Forum Global Agenda Council on Trade and Foreign Direct Investment, Mega-regional Trade Agreements: Game-Changers or Costly Distractions for the World Trading System?* (2014), p. 33)

Por lo tanto, es muy necesario apuntalar la autoridad y legitimidad del régimen actual del arbitraje inversionista-Estado que por varios años más continuará interpretando las reglas de protección de inversiones vigentes.

## **6. La Implementación de Reglas de Transparencia Procesal como Medida para Superar el Déficit de Legitimidad**

Mientras que una convergencia global en cuanto al alcance de las protecciones sustantivas y remedios procedimentales puede ser alcanzada mediante el nacimiento de nuevos instrumentos multilaterales de inversión, los tribunales de inversión aún concentran la tarea de interpretar el sentido de las reglas vigentes. El análisis de la problemática del arbitraje de inversiones desde la disciplina de la ciencia política, como desarrollamos en la Parte 3, determina que mejorar la transparencia del procedimiento arbitral puede resultar beneficioso.

Muchas de las críticas procedimentales tienen una fuerte carga subjetiva originada en lo sensible de las materias que le ha tocado resolver a los tribunales y en la percepción de opacidad y secretismo del arbitraje inversionista-Estado; más no necesariamente en la objetividad de los hechos. Por ejemplo, estadísticas recientes contradicen en cierta medida la idea generalizada de la existencia de un parcialización por parte de los tribunales hacia los inversionistas. En su informe anual 2015, la UNCTAD reportó que *«concluido el 2014, el número total de casos (de arbitraje de inversión) concluidos alcanzó 405.*

*De ellos, 36 por ciento (144 casos) fueron decididos a favor del Estado [...], y 27 por ciento (111) casos concluyeron a favor del inversionista».* No solamente las estadísticas de la UNCTAD muestran que los Estados siguen ganando más casos que los inversionistas; según los índices más recientes publicados por el CIADI (2015-2), el 55 por ciento de todas las decisiones emitidas por este centro rechazó las demandas contra los Estados, ya sea por falta de jurisdicción o por carecer de méritos. Finalmente, en aquellos casos en los que los inversionistas obtuvieron sí un fallo favorable, menos de un tercio de la compensación reclamada les fue reconocida por los tribunales. Lo anterior nos lleva a pensar que la legitimidad del arbitraje inversionista-Estado puede ser reforzada mediante la implementación de reglas de transparencia procedimental que eliminen la excesiva privacidad del arbitraje en tres niveles. Primero, la publicidad de la existencia de demandas y detalles del caso. Segundo, el libre acceso a documentos del proceso y laudos. Y tercero, el libre acceso a audiencias.

La publicidad de la existencia de demandas y detalles del caso es la escala esencial de transparencia pues, a menos que estén al tanto de su existencia, los ciudadanos que puedan resultar afectados por el resultado de una disputa de inversiones no estarán en capacidad de determinar si cuentan con intereses legítimos que proteger y cómo adecuadamente protegerlos. Conocer la existencia, materias controvertidas, calendario y etapas del proceso permite a los grupos de interés suficiente entendimiento como para decidir su participación y determinar las materias y especialidades que podrían tener que enfatizarse.

---

46 FELDMAN, Mark, "The Emerging Harmonization of the International Investment Law Regime", Kluwer Arbitration Blog, 20 de julio de 2015 («Recent treaty practice by many of the States negotiating those agreements—including China, the EU, the US, Canada, Mexico, Japan, Korea, and the ASEAN States—reflects an emerging consensus on many important issues of international investment law. Such issues include policy goals (investment liberalization), substantive obligations (fair and equitable treatment, expropriation, and regulatory transparency), as well as responses to so-called "treaty shopping" by investors»), <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/07/20/the-emerging-harmonization-of-the-international-investment-law-regime/>, (c. 21/7/15).

La publicación de laudos es tal vez la forma más efectiva y menos costosa de mejorar el nivel de transparencia del arbitraje de inversiones. De similar modo, permitir el acceso a los documentos del proceso (i.e., escritos, pruebas, informes de expertos y órdenes procesales) permite un entendimiento más cercano de la disputa, sin los cuales el análisis de los casos se enfrenta a lagunas informativas. Ausente la información de los detalles fácticos y legales de los casos, percepciones de inconsistencia en las interpretaciones a cargo de los tribunales son más fáciles de producirse. Los tribunales, no obstante, deben conservar discrecionalidad suficiente para proteger información sensible, siempre que los argumentos sobre la necesidad de su confidencialidad hayan sido debidamente sustentados por las partes.

En cuanto al acceso a audiencias, si bien la mayoría de hechos y argumentos de un caso están disponibles en el expediente arbitral, permitir a los grupos de interés seguir la dinámica de la fase oral de los procedimientos, ya sea de forma presencial o por medios virtuales, contribuye a una percepción de apertura y adherencia democrática.

Estos tres niveles de transparencia procesal han sido adoptados en las nuevas Reglas de Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral, por sus siglas en inglés), que entraron en vigor el primero de abril de 2014.

Sin duda, se trata de un avance importante para el apuntalamiento de la legitimidad del arbitraje de inversiones.

Estos tres niveles de transparencia procesal han sido adoptados en las nuevas Reglas de Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral, por sus siglas en inglés), que entraron en vigor el primero de abril de 2014. Sin duda, se trata de un avance importante para el apuntalamiento de la legitimidad del arbitraje de inversiones. No obstante, creemos que resulta insuficiente para dotar de la transparencia que requiere el sistema debido a su aún limitado nivel de obligatoriedad. Efectivamente, el nuevo Reglamento es aplicable a los arbitrajes inversionista-Estado bajo reglas Uncitral que se entablen en virtud de un tratado de inversiones celebrado con posterioridad al 1 de abril de 2014 (artículo 1). Para arbitrajes de entablados de conformidad con tratados anteriores a dicha fecha, ambas partes deberán expresamente someterse a la aplicación del Reglamento (artículo 1.3). El rango de aplicabilidad del nuevo Reglamento es por lo tanto aún tenue al depender de, en la mayoría de los casos, que el inversionista demandante y el Estado al que enfrenta concilien en su aplicación. Introducir al sistema reglas de transparencia procesal mandatorias y que sean de aplicabilidad generalizada no será una tarea sencilla.

---

47 SCHILL, Stephan, “Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward”, E15 Initiative, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum (2015) («These debates are likely to have global repercussions, as megaregionals increasingly serve as standard-setters for IIA (international investment arbitration) making worldwide [...] these processes will determine the global contours of the ISDS (investor-State dispute settlement) system for decades to come»).

48 UNCTAD, World Investment Report 2014 – Investing in the SDGs: An Action Plan, p.126, traducción libre.

49 LAVOPA, Federico, et al, “How to Kill a BIT and Not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties”, Journal of International Economic Law, Vol. 16, No. 4 (2013), p. 869. Para un estudio detallado sobre las reglas internacionales de terminación de tratados, HELFER, Laurence, “Terminating Treaties”, The Oxford Guide to Treaties (D. Hollis, ed.) (2012), p. 634.

La modificación de las reglas de arbitraje más empleadas en las disputas de inversión, como son las de Ciadi, Uncitral y la Cámara de Comercio Internacional, parecería ser la alternativa más inmediata. Sin embargo, como acabamos de ver en el caso del nuevo Reglamento Uncitral, esta opción confiere una aplicabilidad limitada, ya que cualesquiera nuevas reglas arbitrales no serán vinculantes para la oferta a arbitrar contenida en los tratados de inversión celebrados con anterioridad a su modificación.

Para el caso de las Reglas de Arbitraje del Ciadi, la implementación de nuevas reglas con las tres dimensiones de transparencia propuestas presenta una dificultad adicional. Nos referimos específicamente a la publicación de laudos. Al respecto, la Regla de Arbitraje 48 establece que los laudos Ciadi serán publicados únicamente cuando medie acuerdo entre las partes. Modificar esta regla enfrentaría un obstáculo adicional. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966 que creó al Ciadi (Convenio Ciadi), establece categóricamente en su artículo 48(5): «*El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes*». Por lo tanto, modificar la Regla de Arbitraje 48 con el objeto que los laudos sean publicados obligatoriamente no tendría ninguna eficacia mientras que el artículo 48(5) del Convenio Ciadi continúe vigente.

Aquí radica la impracticabilidad de esta alternativa: el propio Convenio Ciadi, en su artículo 66(1) establece que la modificación del convenio requiere la aprobación unánime de todos sus miembros (i.e. 159 Estados, a la fecha de redacción de este artículo). Resulta evidente que lograr el asentimiento unánime de todos los gobiernos miembros del Ciadi sería una tarea política de enorme dificultad.

Ante esta situación, dos alternativas se nos presentan viables. Primero, la adopción de una convención multilateral según la cual los Estados consientan aplicar las reglas de transparencia propuestas a los arbitrajes que surjan en virtud de acuerdos de protección de inversiones ya existentes.

Esta convención tendría efecto sobre todos los tratados de inversión existentes entre los Estados que decidan adoptarla. Mientras más Estados se sumen a la convención, mayor será el número de tratados de inversión bajo su influencia. De este modo, los Estados tendrían que firmar un único nuevo instrumento – la convención multilateral-, en lugar de renegociar y modificar individualmente cada uno de los cientos de tratados de protección que tienen firmados.

---

50 UNCTAD (2015), p. 116, traducción libre.

51 Carga de Casos del Ciadi - Estadísticas - Edición 2015-2, p. 14, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20%28Spanish%29.pdf> (c. 21/4/2014).

52 FRANCK, Susan, “Conflating Politics and Development? Examining Investment Treaty Arbitration Outcomes”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 55 (2014).

53 MAGRAW, Daniel & AMERASINGHE, Niranjali, “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 15 (2009) p. 349-50 («Transparency promotes the awareness of the disputes, which is vital to realizing the right to information and participation [...].

Additionally, allowing some access to the details of the dispute [...] would make any participation more meaningful, thereby providing higher quality decisions».)

54 COE, Jack, “Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, adaptation, and NAFTA Leadership”, *Kansas Law Review*, Vol. 54 (2006), p. 1361 (“in the public arena in which symbols can be important, an open hearing signifies that neither the host state nor the tribunal has anything to hide”).

55 Regla 48(4) «El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes [...]».

Es importante tener en cuenta que, en términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), esta convención multilateral tendría plenos efectos sobre los tratados firmados antes de su adopción, lo que hace de esta una alternativa bastante practicable. Segundo, para franquear el ya mencionado obstáculo que representa la modificación del Convenio Ciadi, se puede elaborar un protocolo al Convenio que establezca la adopción de reglas de transparencia procesal, específicamente, la publicación de laudos. Nuevos signatarios podrían ir progresivamente adhiriéndose a dicho instrumento, incrementando el número de Estados dispuestos a introducir reglas de transparencia en los arbitrajes Ciadi de los que vayan a ser parte. En términos de la Convención de Viena, el protocolo propuesto calificaría como una modificación efectiva al Convenio Ciadi, perfectamente aplicable a las relaciones mutuas de los Estados que decidan ingresar al protocolo.

## 7. Conclusiones

La inminencia de la reconfiguración hacia la que se dirige el régimen internacional de las inversiones no debe ser una justificación para abandonar los esfuerzos necesarios para mejorar la legitimidad del arbitraje inversionista-Estado. El debilitamiento progresivo que ha ido afectando su nivel de autoridad y aceptación pone en apuros al sistema en su conjunto. En este escenario, la implementación de reglas de transparencia procesal puede apuntalar la legitimidad del arbitraje de inversiones, siempre que dichas reglas sean introducidas con fuerza mandatoria y resulten de aplicación generalizada. El desacato de las decisiones arbitrales no es el único riesgo ante la precaria legitimidad del régimen ya que este incumplimiento puede desencadenar mayores reacciones adversas en la esfera política doméstica y en las relaciones internacionales de los Estados involucrados.

---

### 56 Artículo 31.- Regla General de Interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. [...]

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones. [...]

57 Tomamos prestada la idea del protocolo de Christian Tams, quien en su ensayo del 2006 acerca de la implementación de un mecanismo de apelaciones para el Ciadi, exploró la utilidad de este instrumento. Ver TAMS, Christian, "An Appealing Option? The Debate About an ICSID Appellate Structure", Essays in Transnational Economic Law Working Paper No. 57, junio de 2006, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1413694](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1413694) (c.21/7/2015).

### 58 Artículo 41.- Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente

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 está prevista por el tratado; o

b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:

i) No afecte el 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 fin del tratado en su conjunto. [...].