Lecciones Aprendidas y Lecciones por Aprender: Derecho y Desarrollo para Países Desarrollados

Rodrigo Polanco Lazo

El movimiento "Law & Development" (Derecho y Desarrollo) se basó originalmente en la idea de que el Derecho es un proceso en virtud del cual las reglas que gobiernan la vida social están formuladas de manera consciente y son aplicadas de forma consistente, de manera que la sociedad es efectivamente gobernada por reglas universales y funcionales. [1] El Estado es visto como un agente primario de cambio y control social, que utiliza el Derecho como un instrumento con el propósito de transformar la sociedad y que sin embargo, se encuentra a su vez también limitado por el Derecho.[2]

En ese contexto, algunas reglas parecían ser naturalmente mejores que otras, considerando que los estudios de Law & Development en los años 1960's avanzaron la idea que las naciones en desarrollo podían/debían aprender de los sistemas jurídicos de los países desarrollados. Este objetivo implicaba muchos cambios en los sistemas jurídicos de los países en vías de desarrollo, incluyendo la reforma de su educación legal, poder judicial y derecho sustantivo (y si era necesario, importar normas foráneas), teniendo como finalidad que la aplicación imparcial de las reglas jurídicas se volviera una realidad.[3]

¿Pero que sucedería si fuese todo lo contrario y los países desarrollados pueden/deben aprender de las soluciones jurídicas de los países en desarrollo?

[1] David M. Trubek, *Toward a Social Theory of Law*, 82 YALE LAW JOURNAL 1, 9 (1972).
[2] David M. Trubek y Mark Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, WISCONSIN LAW REVIEW 1062, 1079 (1974).
[3] David M. Trubek, *supra* nota 1, 9.

Utilizando las disputas en materia de inversiones como caso de estudio, podemos extraer ejemplos de lecciones aprendidas por países Latinoamericanos que naciones desarrolladas pueden/deben considerar como una experiencia de aprendizaje, mientras se enfrentan cada vez más a los desafíos planteados por el actual régimen de Solución de Controversias Inversionista-Estado.

Cuando los flujos de inversión corrían en su mayoría desde países desarrollados a países en desarrollo, la reacción sobre el nivel de protección recibida en los países en desarrollo rara vez era buena. Los países desarrollados aseguraron el estatus de sus ciudadanos a través de tratados desiguales que garantizaban la aplicación extraterritorial del derecho y la jurisdicción de dichos países "civilizados",[4] o desafiaron el tratamiento sustantivo y procesal que los inversores extranjeros recibían en países en vías de desarrollo, si estimaban que no se ajustaba a un "estándar mínimo internacional". Como consecuencia de esto último, América Latina se convirtió en el principal ejemplo del uso (y abuso) primero de la "protección diplomática", y más tarde, de arbitraje inversionista-Estado.

En los últimos años, los flujos de inversión han cambiado y los países desarrollados son cada vez más, los destinatarios de la inversión de los países en desarrollo. Esto ha abierto la posibilidad de que ocurran disputas donde, en una inversión de los papeles tradicionales, un país desarrollado es desafiado por inversionistas extranjeros de países en desarrollo, por adoptar políticas o legislación que afecte su inversión. La reacción de los países desarrollados como Estados receptores de inversión no es diferente de la de los países en vías de desarrollo en el pasado. Algunos han buscado limitar la interpretación de ciertos estándares de derecho internacional de inversiones y otros

[4] ANTONY ANGHIE, IMPERIALISM, SOVEREIGNTY AND THE MAKING OF INTERNATIONAL LAW 85 (Cambridge University Press 2007).

están indignados de que sus tribunales nacionales sean descartados como foro natural de estas controversias. En este trabajo se analizará lo que los países desarrollados pueden aprender de la abundante experiencia en este campo de los países en desarrollo.

Lección # 1: La Reacción de Latinoamérica ante el Uso de la Fuerza por Países Desarrollados para Proteger a sus Inversionistas

Históricamente, las disputas en material de inversión eran resueltas por los tribunales locales del lugar donde la inversión se materializaba (Estado receptor) o a través de la protección diplomática.[5] La protección diplomática es un concepto de derecho internacional consuetudinario en donde un Estado ("Estado de origen"), invoca la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.[6]

La principal razón para el uso de la protección diplomática, fue que los Estados de origen no siempre estaban de acuerdo con el nivel de protección que los Estados receptores podían proporcionar a los inversionistas extranjeros a través de los tribunales locales, y la idea de un "Estándar Mínimo Internacional" de tratamiento para extranjeros fue propuesta por los países desarrollados en contraste con el "Trato Nacional" que sostenían ciertos países en vías de desarrollo, particularmente en Latinoamérica.[7]

[5] RUDOLF DOLZER Y CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 221–220 (2012).
[6] Jorge E. Viñuales y Dolores Bentolila, *The Use of Alternative (Non-Judicial) Means to Enforce Investment Awards Against States*, *in* DIPLOMATIC AND JUDICIAL MEANS OF DISPUTE SETTLEMENT 248, 267 (Laurence Boisson de Chazournes eds., Martinus Nijhoff Publishers 2012).
[7] SANTIAGO MONTT, STATE LIABILITY IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION 33 (Studies in international law, v. 26, Oxford ; Portland, Or, Hart Pub 2009).

Elihu Root, en su discurso en la Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional (ASIL) el año 1910, resumió la posición de Estados Unidos con respecto a la protección de sus ciudadanos en el extranjero: [8]

> *"Cada país está obligado a dar a los nacionales de otro país en su territorio el beneficio de las mismas leyes, la misma administración, la misma protección, y las mismas formas de reparación de perjuicios que se le da a sus propios ciudadanos, y ni más ni menos:* ***siempre que la protección que el país otorga a sus propios ciudadanos se ajuste al estándar establecido de civilización.***
>
> *Hay una norma de la justicia, muy simple, muy fundamental, y de aceptación general por parte de todos los países civilizados como para formar parte del derecho internacional del mundo. La condición sobre la que cualquier país tiene derecho a medir la justicia que le corresponda a un extranjero por la justicia que les otorgue a sus propios ciudadanos, es que su sistema de derecho y de administración debe ajustarse a este estándar general. Si el sistema de derecho y administración de cualquier país no cumple ese estándar, aunque sus ciudadanos puedan aceptarlo o encontrarse obligados a vivir bajo él, ningún otro país puede ser obligado a aceptarlo como la entrega de una medida satisfactoria de tratamiento a su ciudadanos".*

En este tiempo, el uso de protección diplomática incluía tanto los medios pacíficos y no pacíficos de solución de controversias, y en los hechos los países poderosos podían decidir llevar la controversia a un tribunal internacional o utilizar la fuerza de manera unilateral. Cuando esto último ocurría – tal como Paulsson ha famosamente reconocido – la parte "diplomática" de la "protección diplomática" era una "ficción irónica y apenas sutil".[9] Los países latinoamericanos se vieron especialmente afectados por el abuso de la protección diplomática y enfrentaron intervenciones armadas y ocupaciones de fuerzas militares enviadas por los gobiernos del Estado de origen del inversionista.[10]

La percepción de abusos en el uso de la protección diplomática, llevó a los países de la región a tomar la posición que los extranjeros no tenían mayores derechos que los

[8] Elihu Root, *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*, 4 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 517, 20–21 (1910).
[9] JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 15 (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures (No. 17), Cambridge University Press 2005).
[10] Ibrahim F. I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes*, 1 ICSID REVIEW 1, 1 (1986).

reconocidos a los ciudadanos del Estado de origen, [11] especialmente en casos de pérdida de vidas o de propiedad.[12] Por esa razón, la mayoría de los Estados receptores de inversión en Latinoamérica trataron de confinar los recursos judiciales en esta materia, a los disponibles en sus tribunales e instituciones locales, declarando que sus tribunales nacionales tenían un rol primario en la solución de controversias de inversión extranjera, y rechazando la protección diplomática excepto en casos de denegación de justicia o evidente violación de los principios de derecho internacional. [13] Esta idea ha sido llamada la "Doctrina Calvo" siguiendo los escritos del diplomático argentino Carlos Calvo, en especial su tratado "Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América" (1868),[14] aunque existe evidencia que otro prominente jurista Latinoamericano, el venezolano Andrés Bello, fue en realidad el primero que avanzó la idea de esta doctrina.[15] En cualquier caso, Calvo explícitamente señaló que las naciones Europeas seguían un principio de intervención diferente en sus relaciones con los Estados de Latinoamérica, en comparación con el que empleaban en sus relaciones recíprocas, donde invariablemente habían seguido la regla que "el cobro de deudas y la atención de reclamaciones de particulares no justifica *de plano* la intervención armada de parte de los gobiernos".[16]

Pero pronto los países de Latinoamérica fueron más allá de la idea de aceptar la protección diplomática como un recurso subsidiario, y desarrollaron la llamada

---

[11] ANDREAS F. LOWENFELD, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 395 (Oxford University Press 2003).
[12] Jorge L Esquirol, *Latin America*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW 553, 568 (Bardo Fassbender and Anne Peters eds., Oxford University Press 2012).
[13] SANTIAGO MONTT, *supra* note 7, at 40–41.
[14] 1 CARLOS CALVO, DERECHO INTERNACIONAL TEÓRICO Y PRÁCTICO DE EUROPA Y AMÉRICA (D'Amyot 1868). Estas ideas fueron elaboradas con más detalle en la edición francesa de este libro en 1896 ("*Le Droit International Théorique et Pratique*"). Véase: Manuel R. Garcia-Mora, *The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law*, 33 MARQ. L. REV. 205, 206 (1949).
[15] Frank Griffith Dawson, *The Influence of Andres Bello on Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility*, 57 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 253, 273 (1987).SANTIAGO MONTT, *supra* note 7, at 42.
[16] Carlos Calvo, *Le Droit International Théorique et Pratique*, §205, pp. 350-351, cited by Amos S. Hershey, *The Calvo and Drago Doctrines*, 1 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 26, 27 (1907).

"Cláusula Calvo", la que fue incorporada en contratos entre inversionistas extranjeros y Estados receptores, y en virtud de la cual, los extranjeros aceptaban renunciar a su derecho a requerir la protección diplomática de su Estado de origen, respecto de cualquier disputa que surja relacionada con el contrato.[17] En este descendiente de la Doctrina Calvo – que tal como Montt ha señalado, tampoco fue inventada por Calvo[18] – hay una clara intención de restringir la protección diplomática de manera efectiva, incluso si ella se implementa a través de medios pacíficos.

La Doctrina Calvo y especialmente la Cláusula Calvo fueron cuestionadas por los países desarrollados y exportadores de capital, y especialmente por Estados Unidos.[19] En 1873, después de recibir una nota del ministro mexicano de Relaciones Exteriores afirmando que México no era responsable de los daños causados a los extranjeros durante la guerra civil, usando como referencia los escritos de Calvo, el embajador de EE.UU. en México respondió que "el Dr. Calvo era un joven abogado cuyas teorías no habían sido aceptadas internacionalmente".[20] En relación con la Cláusula Calvo, se debatió acerca de si los inversionistas extranjeros podían renunciar al derecho a la protección diplomática que era reconocido en favor de su Estado de origen y no del propio inversionista.[21] La mayoría de los países europeos siguieron una oposición menos estricta a la Doctrina Calvo, e incluso reconocieron la validez parcial de la Cláusula Calvo, sosteniendo que un compromiso contractual por una persona privada de no recurrir a la protección

[17] CHITTHARANJAN FELIX AMERASINGHE, DIPLOMATIC PROTECTION 192 (Oxford; New York, Oxford University Press 2008).
[18] Según Montt, la evidencia más temprana de esta cláusula es un decreto que Perú emitió en 1846 y también fue incluida en un contrato para la terminación de la línea de ferrocarril más importante de Chile en 1861, ambos varios años antes de la primera edición del tratado de Calvo. SANTIAGO MONTT, *supra* note 7, at 46.
[19] DONALD RICHARD SHEA, THE CALVO CLAUSE 37 (University of Minnesota Press 1955).
[20] JAN PAULSSON, *supra* note 9, at 21.
[21] ZACHARY DOUGLAS, THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS 366 (Cambridge University Press).

diplomática no vincula al Estado de origen, si hay una violación de las normas generalmente reconocidas del derecho internacional. [22]

Pero la Doctrina Calvo y la Cláusula Calvo no fueron la única vía explorada por los países de América Latina para oponerse a la protección diplomática por vías violentas. Cuando no les fue posible sostener la jurisdicción interna como exclusiva para disputas en materia de inversión extranjera, la mayoría de los países latinoamericanos acordaron resolver dichas disputas mediante métodos pacíficos de protección diplomática, principalmente arbitrajes ad – hoc y comisiones de reclamaciones binacionales o mixtas. La solución por medio de arbitraje, de todo conflicto internacional que surgiera entre los Estados de América Latina, fue incluso propuesto como un "Principio de Derecho Público Americano" en diversas Conferencias Panamericanas, y el arbitraje se utilizó comúnmente en la región hacia fines del siglo XIX[23] y principios del siglo XX. [24] Entre 1794 y 1938, los países de América Latina participaron en cerca de 200 arbitrajes. [25] La mayor parte de ellos se llevó a cabo durante el primer siglo después de la independencia de los países latinoamericanos a partir de 1829 hasta 1910. En ese período, los Estados latinoamericanos celebraron 160 arbitrajes, incluyendo casi 80 arbitrajes con Estados europeos, cerca de 40 con Estados Unidos, alrededor de 40 entre ellos, y 1 con Japón. [26]

Se ha afirmado que los países latinoamericanos no favorecían necesariamente el arbitraje, cuando los conflictos involucraban países desarrollados, ya que se les impuso con frecuencia como la única alternativa a la intervención por la fuerza, [27] o como una

[22] DONALD RICHARD SHEA, *supra* note 19, at 46–56.
[23] Alejandro Alvarez, *Latin America and International Law*, 3 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 269, 301, 303, 328–30 (1909).
[24] CHRISTOPHER F. DUGAN ET AL., INVESTOR-STATE ARBITRATION 36 (New York, Oxford University Press 2008).
[25] ALEXANDER MARIE STUYT, SURVEY OF INTERNATIONAL ARBITRATIONS (Martinus Nijhoff Publishers 1990).
[26] Lionel M. Summers, *Arbitration and Latin America*, 3 CAL. W. INT'L L.J. 1, 7 (1972).
[27] SANTIAGO MONTT, *supra* note 7, at 38.

mera extensión de la "diplomacia de las cañoneras", ya que los Estados de origen de los inversionistas extranjeros "eran vistos como controladores del proceso de arbitraje de manera que permitía su utilización simplemente como una herramienta para extraer concesiones del país anfitrión". [28] Para Summers, dado que un gran número de conflictos se resolvieron con eficacia a través del arbitraje, no tiene sentido discutir si "fueron celebrados por un genuino respeto por el proceso arbitral, o por el miedo a la fuerza, o por una combinación de ambos factores". [29]

Sin embargo, un análisis más detallado de los resultados de estos mecanismos pacíficos de solución de diferencias, muestra que estaban lejos de ser una "justicia del vencedor", y que también hubo un interés de los países en desarrollo para mejorar la protección diplomática cuando fue utilizada de manera pacífica.

Para empezar, es cierto que los Estados de América Latina fueron a veces obligados a someter sus diferencias al arbitraje de soberanos europeos, "cuyas predisposiciones y simpatías no siempre inspiraban confianza entre los países en desarrollo", [30] pero normalmente el arbitraje tuvo lugar bajo árbitros designados por las partes, aunque esto no siempre garantizaba imparcialidad. En algunos de los primeros arbitrajes, cada parte seleccionaba y pagaba sus propios árbitros, por lo que el árbitro nombrado "se sentía casi necesariamente obligado a ser el representante especial de su país en lugar de un juez". [31] Además, el Presidente del Tribunal Arbitral a veces se seleccionaba por sorteo, un método que fue cuestionado como azaroso y causa probable de injusticia e

[28] Guillermo Aguilar Alvarez and William W. Park, *New Face of Investment Arbitration*, 28 YALE J. INT'L L. 365, 367 (2003).
[29] Lionel M. Summers, *supra* note 26, at 6.
[30] Guillermo Aguilar Alvarez and William W. Park, *supra* note 28, at 367.
[31] JACKSON H. RALSTON, INTERNATIONAL ARBITRATION FROM ATHENS TO LOCARNO 224 (Stanford University Press 1929).

insatisfacción. [32] En cualquier caso, rara vez juristas latinoamericanos tuvieron participación como árbitros. [33] Arbitrajes posteriores mostraron una mejora sustantiva, con el nombramiento de árbitros y los presidentes de tribunales arbitrales de manera "neutral" o independiente. [34]

Con respecto a las reclamaciones de comisiones binacionales, en un principio eran esencialmente "unilaterales", con un país de América Latina siempre como la parte demandada. Una explicación a este desequilibrio podría ser el hecho de que había más inversiones europeas y americanas en América Latina que a la inversa, y que los inversionistas se vieron efectivamente afectados por revoluciones y disturbios en América Latina que causaron graves daños personales y materiales. [35] Sin embargo, posteriormente se crearon comisiones de reclamaciones binacionales para escuchar reclamos de los ciudadanos de ambos lados.

Un ejemplo de esta evolución es proporcionada por las comisiones de reclamaciones entre México y Estados Unidos. La primera comisión binacional de reclamaciones entre ambos países fue establecida en virtud del Tratado de 11 de abril de 1839, para conocer las causas de centenares de ciudadanos estadounidenses, y de millones de dólares en daños en su propiedad, sobre todo durante la guerra de independencia de México. [36] Esta comisión sesionó en Washington desde el 25 agosto 1840 al 25 febrero 1842 y examinó 109 reclamaciones, siendo adjudicado a los reclamantes un total de USS $ 2.026.139,68. Sin embargo, la comisión dejó sin resolver un gran número de casos y en los años

[32] *Id.* at 225.
[33] Lionel M. Summers, *supra* note 26, at 8. Summers ofrece una explicación a este desbalance: los Estados Latinoamericanos tradicionalmente preferían soberanos europeos como árbitros, incluso en disputas intra-latinoamericanas.
[34] JACKSON H. RALSTON, *supra* note 31, at 225.
[35] Lionel M. Summers, *supra* note 26, at 8.
[36] Peter Mark Jonas, United States Citizens Vs. Mexico, 1821-1848 1–2 (1989) (unpublished Ph.D., Marquette University).

siguientes nuevos reclamos se multiplicaron. Como el gobierno de México no pudo pagar la totalidad de las sumas establecidas los laudos, éstos se convirtieron en una fuente de conflicto entre los Estados Unidos y México que finalmente derivó en la guerra México-Americana entre 1846-1848. [37]

Una nueva Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos y México se constituyó posteriormente, a través de una Convención del año 1923, con la intención de resolver los conflictos entre ambos países desde 1868, incluyendo las reclamaciones presentadas contra un gobierno por parte de nacionales del otro, por las pérdidas o daños que se originaron a partir de los actos de los funcionarios de gobierno o de otras personas actuando en su representación. La comisión funcionó entre 1924-1931 y desde 1934 a 1937, hasta alcanzar un acuerdo definitivo en 1941. [38] Un total de 3.617 reclamaciones fueron presentadas ante esta Comisión Generales de Reclamaciones, de las cuales 2.781 fueron reclamaciones contra México y 836 en contra de Estados Unidos. [39]

También se ha señalado que las sumas totales adjudicadas por las comisiones de reclamación eran desproporcionadamente grandes en favor de los EE.UU. y Europa. [40] Sin embargo, debemos también comparar las cantidades concedidas en relación a las cantidades reclamadas. Por ejemplo, el bloqueo y bombardeo de puertos venezolanos en 1902 por Alemania, Inglaterra e Italia tras la negativa de Venezuela para pagar deudas pendientes e indemnizaciones por daños a los extranjeros, [41] terminó con un acuerdo posterior para arbitrar con los Estados de origen que participaron en la intervención por la fuerza, pero también con otros que mantenían reclamaciones similares contra

[37] *Id.* at 3–4.
[38] ANDREAS F. LOWENFELD, *supra* note 11, at 401, 402.
[39] United States of America, United Mexican States, *U.S. - Mexico General Claims Commission*, *in* REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS - RECUEIL DES SENTENCES ARBITRALES, VOLUME IV 3 (United Nations 2006).
[40] Lionel M. Summers, *supra* note 26, at 8.
[41] CHITTHARANJAN FELIX AMERASINGHE, *supra* note 17, at 191.

Venezuela (Bélgica, Francia, Países Bajos, España, México, Estados Unidos y Suecia - Noruega). [42] Los resultados de tales arbitrajes se encuentran muy lejos de las cantidades reclamadas por los inversionistas. Por ejemplo , los demandantes norteamericanos se adjudicaron alrededor del 3% de lo demandado ; los alemanes en torno al 27 %, y los ingleses un 63% (un resultado que pudiera derivarse del hecho de que el Reino Unido decidió filtrar las reclamaciones sometidas a arbitraje , permitiendo sólo las consideradas de "buen carácter"). [43]

La Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos es también un buen ejemplo de esto. Dentro del período que finalizó el 30 agosto de 1931, examinó sólo 148 reclamaciones (de un total de 3.617 reclamaciones presentadas ante la Comisión). Se adjudicaron laudos favorables a los reclamantes estadounidenses en 89 casos, por una suma total de US$4.607.926,59. Laudos favorables a reclamantes mexicanos se otorgaron en 5 casos, por una suma total de US$ 39.000,00. [44]

Pero, por una convención de 19 de noviembre de 1941, México se comprometió a pagar en cuotas, un total de US$ 40.000.000,00 como suma global para la solución de los reclamos presentados ante la Comisión, además de otras reclamaciones pendientes en cuestiones agrarias e internacionales. Sobre ese monto, en virtud de la Ley sobre Reclamaciones contra México, aprobada el 18 de diciembre de 1942, una comisión de reclamaciones interna se constituyó en Estados Unidos y dictó las decisiones finales en las reclamaciones de los ciudadanos estadounidenses contra México. Esta comisión local funcionó hasta el 4 de abril de 1947, y consideró 1.397 casos y otorgó laudos por la suma total de $ 37.948.200,05, dinero que fue dividido entre los reclamantes, sin

[42] JACKSON H. RALSTON, *supra* note 31, at 223.
[43] *Id.* at 224.
[44] United States of America, United Mexican States, *supra* note 39, at 3.

considerar pago de interés alguno. [45] Así que, de hecho, del total de 2.781 reclamaciones presentadas en contra de México, sólo en 1545 se adjudicó una suma en favor de ciudadanos estadounidenses, un 55,5% del total, los que recibieron un promedio de US$ 24.561,9 sin interés, aunque algunos de estos casos surgieron de disputas iniciadas en el siglo XIX.

Por otra parte, algunas de estas reclamaciones comisiones y arbitrajes ad - hoc, incluso dieron reconocimiento a la Cláusula Calvo. Probablemente la decisión más influyente en este sentido fue la formulada en el caso *North American Dredging Company of Texas* (1923), por la mencionada Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México.[46] En este caso, la comisión reconoció una validez limitada de la Cláusula Calvo en virtud de las normas de derecho internacional, estableciendo que es jurídicamente vinculante para el individuo, requiriéndole obtener reparación de los perjuicios sufridos en los tribunales locales; pero que eso no era vinculante para el gobierno del Estado de origen de la misma persona, en casos de denegación o retardo de justicia. [47] Decisiones arbitrales posteriores siguieron el mismo razonamiento de *North American Dredging Co*. sosteniendo que una cláusula Calvo podría ser eficaz, salvo en casos de "denegación de justicia", en situaciones en que la conducta del Estado era grave y los intereses involucrados considerables. [48]

Si analizamos este ejemplo en el marco conceptual de Law & Development, tenemos que los Estados de América Latina - como países en desarrollo - no aceptaron las teorías legales procedentes de países desarrollados exportadores de capital, con respecto al uso

[45] *Id.* at 4.
[46] For a detailed analysis of this jurisprudence, especially in the US-Mexico General Claims Commission, see DONALD RICHARD SHEA, *supra* note 19, at 194–257.
[47] North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States (March 31, 1926), IV [2006] Reports of International Awards 26, ¶ 14 (us).
[48] Christopher K. Dalrymple, *Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause*, 29 CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL 161, 168 (1996).

de la protección diplomática como medio legal para proteger a sus inversionistas extranjeros y sus inversiones en países en desarrollo, ya sea por medio de la fuerza o vías diplomáticas.

Lo hicieron en su mayoría utilizando el razonamiento jurídico en contra de la protección diplomática, que tuvo lugar en la región durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Entre las herramientas utilizadas por estos países en este proceso, nos encontramos con la proclamación de principios del derecho internacional (como la Doctrina Calvo) y la mejora de los mecanismos de protección diplomática pacífica (como las comisiones de reclamaciones binacionales).

Un aspecto clave de la oposición de los países latinoamericanos fue particularmente exitosa: la proscripción legal del uso de la fuerza para la ejecución de deudas privadas. [49] En el Convenio relativo a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales de 1907, también conocido como "Convenio de La Haya II" o "Convención Drago-Porter", [50] los Estados contratantes se comprometieron a no recurrir a la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales que fueran reclamadas por parte del gobierno de un país como adeudadas a sus nacionales, contra el gobierno de otro país, excepto si el Estado deudor rechazara o se negara a responder a una oferta de arbitraje, evita cumplir cualquier "acuerdo de arbitraje" de ser acordado, o no se niega a cumplir un laudo. [51] Una restricción más absoluta del uso de la fuerza llegó finalmente con la Carta de Naciones Unidas en 1945, y hoy conforme a su artículo 2(4) el uso de la fuerza armada no es un método permisible para el ejercicio del derecho de la protección

[49] SANTIAGO MONTT, *supra* note 7, at 49.
[50] Wolfgang Benedek, *Drago-Porter Convention (1907)*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Jan. 2007), http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e733?rskey=s0r2Cp&result=1&prd=OPIL.
[51] *Convention Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts*, 2, 82 81 (1908).

diplomática, [52] encontrándose ésta limitada formalmente para dar efecto a las decisiones del Consejo de Seguridad en caso de cualquier amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión o en casos de legítima defensa, individual o colectiva. [53]

Los países de América Latina también fueron parcialmente eficaces en afirmar el principio de que los tribunales nacionales deben ser el foro principal para conocer las disputas sobre inversión extranjera, excepto en casos justificados, como la denegación de justicia. Con todo, como veremos en la siguiente sección, este logro fue sustituido por la amplia aceptación del arbitraje internacional como medio para resolver las controversias entre inversionistas y Estados, que tuvo lugar en América Latina a fines del siglo XX.

Lección # 2: Latinoamérica y el arbitraje Inversionista-Estado

Después de la Guerra Fría, los países en desarrollo cambiaron rápidamente su enfoque acerca de los estándares de protección de la propiedad de extranjeros, llegando en Latinoamérica a extremos más radicales que sus posiciones previamente moderadas. En el cuarto de siglo después del final de la Segunda Guerra Mundial, una ola de expropiaciones tuvo lugar en Europa del Este, las antiguas colonias y también en América Latina. [54] De defender el trato nacional en oposición al mínimo estándar internacional, los países de la región pasaron al principio de compensación de acuerdo con lo que el Estado receptor considerara adecuado - incluso si ello era diferente al

[52] CHITTHARANJAN FELIX AMERASINGHE, *supra* note 17, at 27. El Artículo 2(4) de la Carta de Naciones Unidas establece que "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas" United Nations, Charter of the United Nations (Jun. 26, 1945), http://www.un.org/en/documents/charter/.
[53] United Nations, Charter of the United Nations, *supra* note 53.
[54] ANDREAS F. LOWENFELD, *supra* note 11, at 405–6.

estándar aplicable a los nacionales, pasando de hecho, a la expropiación sin compensación. [55] En este marco, el tribunal naturalmente competente para conocer una demanda en materia de inversiones eran los tribunales nacionales del Estado receptor.

A comienzos de los años 60, las dificultades para lograr un consenso en torno a las obligaciones de los Estados receptores hacia los inversionistas extranjeros se habían puesto de manifiesto para los países desarrollados. En ese contexto, el Banco Mundial comenzó a trabajar en una alternativa para la solución de controversias relativas a inversiones, diferente de los tribunales nacionales – los que eran declarados por los países en desarrollo como el foro natural de estas disputas, y distinta de la solución de controversias Estado-Estado utilizando la protección diplomática – la que era defendida por los países desarrollados, cuando no se había respetado el estándar mínimo internacional de trato a extranjeros en los Estados receptores.

El resultado de los varios años de trabajo y negociaciones en el Banco Mundial, fue el Convenio que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), [56] el que establece un mecanismo de solución de diferencias de las controversias, no entre Estados, pero entre inversionistas privados de un lado y Estados receptores por el otro. [57]

El anteproyecto y primer borrador de la Convención CIADI fueron elaborados en los años 1963-1964. En la Reunión Anual de la Asamblea de Gobernadores del Banco Mundial que se celebró en Tokio en septiembre de 1964, se aprobó una resolución en la que se solicitó a los Directores Ejecutivos del Banco la elaboración del texto final de la

[55] SANTIAGO MONTT, *supra* note 7, at 56.
[56] Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 17 UST 1270, TIAS 6090, 575 UNTS 159.
[57] ANDREAS F. LOWENFELD, *supra* note 11, at 456–57.

convención, con la asistencia de expertos jurídicos invitados designados por los países miembros. [58]

Por primera vez en la historia del Banco se adoptó una importante resolución con una oposición sustancial de sus miembros, puesto que en su votación final, 21 países votaron en contra de la propuesta[59] (todos los Estados de América Latina, Filipinas e Irak). Durante esa reunión, el 9 de septiembre de 1964, el representante de Chile en la Junta de Gobernadores del Banco Mundial, Sr. Félix Ruiz, en representación de 19 países de América Latina hizo la siguiente declaración, luego conocida como "el No de Tokio":[60]

> *En particular, quisiera destacar la opinión de los países a los cuales yo aquí represento con respecto al proyecto de Acuerdo de Conciliación y Arbitraje.*
>
> *Consideramos deseable la resolución presentada a la Junta de Gobernadores, que recomienda, y encomienda a los Consejos de Administración del Banco, la elaboración de un acuerdo internacional para crear un centro de conciliación y arbitraje al que los inversionistas privados extranjeros puedan recurrir para el arreglo de sus controversias con los gobiernos de los países miembros,* ***sin que sea necesario tener que agotar los trámites y procedimientos de los tribunales nacionales****. Se cree que esto estimularía la inversión privada en las economías subdesarrolladas.*
>
> ***En la actualidad, los sistemas legales y constitucionales de todos los países latinoamericanos que son miembros del Banco ofrecen al inversionista extranjero los mismos derechos y protección que a sus nacionales****; ellos prohíben la confiscación y la discriminación y exigen que cualquier expropiación sea justificable por motivos de interés público y deberá ir acompañada de una justa indemnización fijada, en última instancia, por los tribunales de justicia.*
>
> ***El nuevo sistema que se ha sugerido daría al inversionista extranjero, sólo en virtud del hecho de que es un extranjero, el derecho a demandar a un Estado soberano fuera de su territorio nacional, prescindiendo de sus tribunales de justicia****. Esta disposición es contraria a los principios jurídicos aceptados de nuestros países y, de hecho, otorgaría un privilegio al inversionista extranjero, colocando a los nacionales del país de que se trate en una posición de inferioridad.*

[58] ANTONIO R. PARRA, THE HISTORY OF ICSID 67–68 (Oxford, Oxford University Press 2012).
[59] ANDREAS F. LOWENFELD, *supra* note 11, at 460.
[60] 2 INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID), HISTORY OF THE ICSID CONVENTION, 606 (Washington D.C, International Centre for Settlement of Investment Disputes 1968).

> *Debo decir, señor Presidente, que el procedimiento propuesto no cumple con la aprobación de nuestros países, ya que contraviene principios constitucionales relativos a esta cuestión que no pueden ser ignorados.*

Esta declaración afirma lo que los países latinoamericanos defendían en ese momento: los tribunales nacionales como el foro natural para resolver las controversias sobre inversiones, con la protección diplomática pacífica sólo permitida eventualmente, siempre previo agotamiento de los recursos internos. En este momento, incluso el arbitraje no fue apoyado por los países latinoamericanos. De 1910 a 1939, hubo sólo 30 arbitrajes en que participaron los Estados de América Latina, y desde la Segunda Guerra Mundial, los únicos arbitrajes significativos en la zona fueron los relacionados con las fronteras entre Chile y Argentina, y Honduras y Nicaragua. [61]

El contexto político probablemente contribuyó a esta tendencia decreciente, como también la práctica del arbitraje basado en contratos por diferencias relativas a inversiones utilizada en los años 50, donde las decisiones arbitrales concluyeron que los contratos entre los Estados receptores y las empresas extranjeras se encontraban "internacionalizados", y por ello no se regían por la legislación interna ley del país receptor de la inversión. [62]

A finales de los años 80 y principios de los 90, una importante reversión de esta política tuvo lugar en América Latina, ya que algunos países empezaron a firmar tratados bilaterales de inversión (TBI) [63] con el fin de estimular el crecimiento económico a través de la inversión extranjera directa (IED) y al mismo tiempo se privatizaron

[61] Lionel M. Summers, *supra* note 26, at 7.
[62] ANTONY ANGHIE, *supra* note 4, at 225–26.
[63] Los tratados bilaterales de inversión se definen como "un acuerdo legal recíproco celebrado entre dos Estados soberanos para la promoción y protección de las inversiones realizadas por inversionistas de un Estado ("Estado de origen") en el territorio del otro Estado ("Estado receptor"). Marc Jacob, *Investments*, *Bilateral Treaties*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (May 2011), http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1061.

empresas estatales de energía y servicios públicos[64] en la búsqueda de intereses económicos, y con la intención de convertirse en un lugar atractivo para posibles inversionistas extranjeros. [65]

Aunque inicialmente, los TBIs se concluyeron entre un país en desarrollo y un país desarrollado, por lo general, a iniciativa de este último; [66] con la creciente integración de la economía mundial y la liberalización del comercio, este patrón cambió sobre todo durante los años 90, cuando los países en desarrollo y las economías en transición comenzaron a firmar acuerdos bilaterales de inversión entre sí y en gran número. [67] Además, sólo algunos años más tarde, capítulos de inversión comenzaron a ser incluidos dentro de ciertos tratados de libre comercio (TLC), siguiendo el ejemplo del Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN), [68] cuyo capítulo 11 fue elaborado, en muchos aspectos, sobre la base de los TBIs. [69] De hecho, el TLCAN puso al régimen en un nuevo contexto, y podemos considerar su Capítulo 11 como el primer tratado de inversión firmado entre dos países desarrollados, Canadá y los Estados Unidos. [70]

Actualmente, los países desarrollados pueden ser demandados en un arbitraje inversionista-Estado. Y no les gusta. [71] En el caso del TLCAN, cabe destacar que este cambio de roles no se produjo inicialmente porque los inversionistas de México

---

[64] Katia Fach Gómez, *Latin America and ICSID*, SSRN Scholarly Paper ID 1708325 2 (Social Science Research Network, Rochester, NY), Nov. 12, 2010.

[65] Andrew T. Guzman, *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them*, 38 VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 639, 643–44 (1998).

[66] Pakistan and Germany signed the first BIT on November 25, 1959. Other European countries soon followed the German example.

[67] See UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, SOUTH-SOUTH COOPERATION IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARRANGEMENTS. (New York, United Nations 2005).

[68] Canada-Mexico-United States, *North American Free Trade Agreement (NAFTA), Dic. 17, 1992*, 32 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 289 (1993).

[69] ANDREAS F. LOWENFELD, *supra* note 11, at 473. Normalmente se utiliza el término genérico "Acuerdos Internacionales de Inversiones" (AIIs) para referirse a los tratados de inversiones, independientemente de si forman parte de un TLC o son un BIT independiente.

[70] Charles H. Brower, II, *International Law in Ferment*, 94 PROCEEDINGS OF THE ANNUAL MEETING (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW) 13, 14 (2000).

[71] Guillermo Aguilar Alvarez and William W. Park, *supra* note 28, at 368–69.

comenzaron a presentar demandas en contra EE.UU. y Canadá. En cambio, fueron los inversionistas de Canadá y los Estados Unidos los que comenzaron a presentar demandas en contra del otro país "desarrollado". Hoy en día, las posibilidades de los países desarrollados para ser demandado en el arbitraje inversionista-Estado están aumentando, ya que los flujos de IED de las economías en desarrollo están creciendo. En 2012 su participación mundial como países de origen de IED alcanzó un récord de 31%, ascendiendo a US$426 mil millones, aunque la región también representó una participación récord del 52% de la recepción de IED. Con todo, Estados Unidos sigue siendo el mayor receptor de IED en el mundo y varios países desarrollados se encuentran en las 20 principales economías receptoras. [72]

Después de que los estadounidenses y canadienses comenzaron a experimentar la perspectiva del Estado receptor, la confianza en el arbitraje comenzó a desvanecerse, siendo reemplazado por las quejas sobre violación de la soberanía nacional, la democracia y la transparencia. Como señalan Aguilar y Park: [73]

> *"Los grupos ambientalistas y de consumidores, así como los medios de comunicación y el Congreso, empezaron a tomar la posición de que el TLCAN había debilitado las legítimas regulaciones gubernamentales, desafiado las potestades legislativas, y abierto el proceso de toma de decisiones a tribunales extranjeros mal informados. El proceso del TLCAN fue atacado por el secreto de sus deliberaciones («falta de transparencia»), la incertidumbre y la ausencia de rendición de cuentas a la comunidad nacional. Un proceso de solución de controversias que había sido justo para el resto del mundo llegó a ser visto como una herramienta para poner negocios antes de interés público"*

En 2013, un número inusualmente alto de casos de arbitraje entre inversores y Estados se presentaron contra Estados desarrollados, la mayoría de ellos miembros de la Unión Europea. El Estado demandado más frecuentemente en este período fue la República Checa, seguido por Egipto, España, Uzbekistán y Canadá. De un total de 57 nuevos casos,

[72] UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), WORLD INVESTMENT REPORT 2013. GLOBAL VALUE CHAINS: INVESTMENT AND TRADE FOR DEVELOPMENT. 2–4 (2013).
[73] *Id.* at 370–71.

45 fueron iniciados por inversionistas de países desarrollados y el resto por inversionistas de países en desarrollo. [74]

Los críticos de arbitraje inversionista-Estado, en general, han hecho hincapié en que dicho sistema permite a los inversionistas extranjeros iniciar una disputa contra el Estado receptor sin agotar previamente los recursos internos en los tribunales nacionales, [75] con lo que árbitros privados pueden decidir la legalidad de los actos soberanos mediante una subcontratación de la función judicial de derecho público. [76] También existen preocupaciones acerca de las calificaciones y la independencia de los árbitros, reclamaciones frívolas, la "nationality- planning" y el "treaty-shopping", los altos costos del sistema, su falta de transparencia y coherencia, con interpretaciones amplias o inconsistentes de las disposiciones de tratados, así como una creciente percepción de la falta de legitimidad del sistema. [77]

Independientemente de si tales percepciones son válidas o no – lo que es sin duda materia de otra investigación – es interesante analizar la reacción de los países desarrollados a esta "amenaza". Para algunos, un doble estándar parece existir en la actitud de los países desarrollados hacia el arbitraje Inversionista-Estado: es bueno cuando corrige el mal comportamiento de los Estados receptores extranjeros (en su mayoría países en desarrollo), pero no es tan deseable cuando las reclamaciones se presentan por supuesta mala conducta de un Estado desarrollado. [78]

---

[74] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA ISSUES NOTE, Apr. 2014, at 2.
[75] Michael E. Schneider, *Investment Disputes - Moving Beyond Arbitration*, *in* DIPLOMATIC AND JUDICIAL MEANS OF DISPUTE SETTLEMENT 119, 120 (Laurence Boisson de Chazournes eds., Martinus Nijhoff Publishers 2012).
[76] *Véase* GUS VAN HARTEN, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW 4 (Oxford University Press, USA 2008).
[77] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap* 12, 2–4 (International Investment Agreements - Issues Notes, 2013).
[78] Guillermo Aguilar Alvarez and William W. Park, *supra* note 29, at 368–69.

Pero al parecer, algunos países desarrollados han "aprendido las lecciones" de las experiencias pasadas de los países de América Latina con respecto a la solución de controversias de inversiones. Ahora alaban la Doctrina Calvo – la mayoría de las veces sin utilizar ese nombre, por supuesto. También hay dudas entre los países desarrollados en general acerca de la eficacia de los tratados de inversión y de su sistema de arbitraje en particular. [79]

En 2002, el entonces senador por Nevada John Kerry, presentó al Senado de los EE.UU. la denominada "Enmienda Kerry" con el objeto de asegurar que cualquier barrera artificial que distorsione el comercio en relación con la inversión extranjera, fuera eliminada en cualquier acuerdo comercial pactado bajo la Bipartisan Trade Promotion Authority Act de 2002. Esta propuesta fue bastante controvertida, ya que refleja las posiciones de varias organizaciones que se han opuesto más fervientemente a los tratados de inversión en general y a la solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular.

In 2002, the then Senator from Nevada John Kerry, presented to the US. Senate what has been known as "the Kerry Amendment" to ensure that any artificial trade distorting barrier relating to foreign investment was eliminated in any trade agreement entered into under the Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002. It was quite controversial, as it reflected the positions of various organizations that have been most ardently opposed to investment treaties in general and to investor-State dispute

[79] Leon Trakman, *Investor State Arbitration or Local Courts*, 46 JOURNAL OF WORLD TRADE 83 (2012).

settlement in particular. Entre otras cosas, la Enmienda Kerry establecía que un acuerdo comercial que incluyera disposiciones sobre inversión debía: [80]

> *D)* ***asegurarse de que a los inversionistas extranjeros no se conceden más derechos legales que los ciudadanos de los Estados Unidos*** *poseen en virtud de la Constitución de los Estados Unidos;*
> *(...)*
> *(F)* ***asegurar que las normas de tratamiento mínimo****, incluido el principio de trato justo y equitativo,* ***no concederán derechos legales mayores que los ciudadanos estadounidenses poseen*** *en virtud de la cláusula del debido proceso de la Constitución de los Estados Unidos;*

La propuesta también estaba destinada a mejorar los mecanismos utilizados para resolver las controversias entre un inversionista y un gobierno, en materias tales como la selección de los árbitros, la transparencia, amicus curiae, y el establecimiento de un único órgano de apelación. Sin embargo, requería que un inversionista debía pasar por un procedimiento previo de admisibilidad en su Estado de origen, antes de presentar una demanda de arbitraje contra el Estado receptor:[81]

> *(H) se asegurará de que-*
> > *(i)* ***una reclamación por un inversionista en virtud del tratado no podrá ser presentada directamente a menos que el inversionista haya presentado la reclamación primero a la correspondiente autoridad competente en el país del inversionista****;*
> > *(ii) dicha entidad tiene la potestad de rechazar la búsqueda de cualquier reclamación únicamente sobre la base de que carece de valor jurídico; y*
> > *(iii) si dicha entidad no ha actuado para rechazar el reclamo dentro de un período de tiempo definido, el inversionista podrá proceder a la reclamación;*

La Enmienda Kerry fue finalmente rechazada. [82] Sin embargo, la Administración Obama ha declarado recientemente su adhesión al arbitraje inversionista-Estado, sobre la base de la premisa de que ofrece "*protecciones legales básicas para las empresas*

[80] John Kerry, Amendment No. 3430 to the Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002 § 4529 (Congressional Record - Senate 2002).
[81] *Id.*
[82] U.S. SENATE, BIPARTISAN TRADE PROMOTION AUTHORITY ACT OF 2002 60 (Diane Publishing 2002).

estadounidenses en el extranjero ***que se basan en las mismas garantías de los Estados Unidos proporciona en casa***". [83]

En el seno del TLCAN, Canadá y Estados Unidos han promovido la "clarificación" de las normas de Trato Justo y Equitativo (TJE) y Protección y Seguridad Plenas (PSP) establecidas en su artículo 1105, y la Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha declarado que ellas "no requieren un trato adicional o más allá de aquél exigido por el nivel mínimo del derecho internacional consuetudinario de trato a los extranjeros". [84] Sin embargo, sorprendentemente varios tribunales arbitrales han desafiado esta interpretación, haciendo hincapié en el carácter evolutivo de estas normas, y reconociendo, al menos en teoría, un nivel de protección a los inversionistas extranjeros superiores a la interpretación tradicional del nivel mínimo de trato. [85]

En Europa, la discusión sobre el arbitraje inversionista-Estado ha dominado las primeras negociaciones del Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP) con los EE.UU., y varios comentaristas preguntan si es realmente necesario tener un arbitraje inversionista-Estado en ese tratado, ya que los sistemas administrativos y judiciales desarrollados en la UE y los EE.UU. debieran ser considerados suficientes para proteger los derechos legales de los inversionistas extranjeros que están en desacuerdo con la intervención reguladora del Estado y buscan interponer recursos legales. [86]

---

[83] Office of the United States Trade Representative, The Facts on Investor-State Dispute Settlement: Safeguarding the Public Interest and Protecting Investors (Mar. 27, 2014), http://www.ustr.gov/about-us/press-office/blog/2014/March/Facts-Investor-State%20Dispute-Settlement-Safeguarding-Public-Interest-Protecting-Investors.

[84] North American Free Trade Agreement (NAFTA) - Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (Jul. 31, 2002), http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx.

[85] Patrick Dumberry, *The Emergence of a Consistent Case Law: How NAFTA Tribunals have Interpreted the Fair and Equitable Treatment Standard*, KLUWER ARBITRATION BLOG (Oct. 30, 2013), http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/10/30/the-emergence-of-a-consistent-case-law-how-nafta-tribunals-have-interpreted-the-fair-and-equitable-treatment-standard/.

[86] See among others, Jan Kleinheisterkamp, *Is There a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)?*, SSRN Scholarly Paper ID 2410188 (Social Science Research

Aunque el arbitraje inversionista-Estado sigue siendo parte de las negociaciones en curso, la UE está llevando a cabo una consulta pública en línea sobre la protección de inversiones y el sistema de solución de controversias inversionista-Estado en el TTIP, con el objetivo de mejorar el sistema. [87]

El Gobierno de Australia anunció en abril de 2011 que ya no incluirá procedimientos de solución de controversias inversionista-Estado en futuros acuerdos comerciales, declarando que "si las empresas australianas están preocupadas por el riesgo soberano en los países socios comerciales de Australia, tendrán que hacer sus propias evaluaciones en cuanto a su interés de comprometerse a invertir en esos países". [88]

Por el contrario, y acogiendo por completo la "Doctrina Calvo", el Gobierno Gillard declaró su apoyo al principio de trato nacional de "que las empresas nacionales y extranjeras reciben el mismo trato ante la ley", negando el apoyo a las normas "que confieren más derechos legales a las empresas extranjeras que aquellas disponibles para las empresas nacionales", ya que "eso limitaría la capacidad del gobiernos de Australia para hacer leyes sobre asuntos sociales, ambientales y económicos en los casos en que esas leyes no discriminen entre empresas nacionales y extranjeras". [89] Si se implementa esta política, los tribunales nacionales australianos tendrán la competencia exclusiva para conocer las controversias sobre inversiones, respecto de los inversionistas de países que no tienen actualmente tratados de inversión con arbitraje inversionista-Estado.

Network, Rochester, NY), Feb. 14, 2014; and Consumers International, *Resolution on Investor -State Dispute Resolution in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, DOC No: Trade 15/13 Oct. 2013.

[87] European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP) - Trade - European Commission (Apr. 29, 2014), http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179.

[88] Gillard Government Trade Policy Statement, Trading Our Way to More Jobs and Prosperity 14 (2011).

[89] *Id.*

Aunque Australia ya notablemente había logrado no ser obligado por un arbitraje inversionista-Estado en el TLC entre Estados Unidos-Australia, haciendo presente la fiabilidad de su propio sistema legal para resolver disputas relacionadas con los inversionistas estadounidenses, [90] eso no impidió que la estadounidense Philip Morris – a través de su rama en Hong-Kong – iniciara un famoso arbitraje contra Australia el 21 de noviembre 2011[91] alegando que las regulaciones gubernamentales sobre el etiquetado plano de cigarrillos violaron el TBI entre Hong Kong-Australia.[92] Sin embargo, el nuevo gobierno en Australia ha dado señales de cambio de esta política, como lo sugiere el reciente acuerdo de libre comercio acordado con Corea en diciembre de 2013, que contempla una vez más, el arbitraje entre inversores y Estados. [93] Sin embargo, en el aún más reciente TLC entre Australia-Japón no se incluyen disposiciones de arbitraje entre inversionistas y Estados. [94]

Los ejemplos de EE.UU., la UE y Australia antes mencionados pueden ser comparados con las actitudes de los países en desarrollo de América Latina contra las mismas críticas formuladas respecto del arbitraje entre inversionistas y Estados. Y hay un fuerte contraste.

Hoy en día, como muestran las estadísticas del CIADI, América Latina es la región con el mayor número de casos registrados bajo el Convenio CIADI y las Reglas de su

[90] Luke Eric Peterson, *In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements*, INVESTMENT ARBITRATION REPORTER (IAREPORTER) (Apr. 14, 2011), http://www.iareporter.com/articles/20110414.
[91] *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, UNCITRAL (Hong Kong/Australia BIT).
[92] International Institute for Sustainable Development (IISD), *Philip Morris Files for Arbitration over Intellectual Property Dispute with Australia*, 2 INVESTMENT TREATY NEWS QUARTERLY 13 (2011).
[93] Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade, Korea-Australia Free Trade Agreement (KAFTA) - Key outcomes, http://dfat.gov.au/fta/kafta/fact-sheet-key-outcomes.html.
[94] Luke Nottage, Why no investor–state arbitration in the Australia–Japan FTA? | East Asia Forum (Apr. 7, 2014), http://www.eastasiaforum.org/2014/04/09/why-no-investor-state-arbitration-in-the-australia-japan-fta/.

Mecanismo Complementario, considerado el número de Estados demandados (34%).[95] En los últimos años, varios países de la zona han respondido a uno o más arbitrajes de tratados de inversión, siendo Argentina[96] el demandado más frecuente en las estadísticas generales, seguido de Venezuela, Ecuador y México. [97] Ecuador también ha recibido el laudo más alto en contra de un Estado de acogida (US$ 1,77 mil millones),[98] aunque un procedimiento de anulación se encuentra pendiente a su respecto desde octubre de 2012. Mientras que algunos inversores de países de América Latina han iniciado procedimientos de arbitraje ante el CIADI, sobre todo de México, Argentina y Chile, [99] los inversionistas extranjeros de los Estados de la región, en general no figuran como los demandantes más frecuentes.

Tal escenario ha propiciado comprensiblemente inquietudes y críticas sobre este régimen de solución de controversias inversionista- Estado en América Latina, y en especial contra el CIADI que se ha convertido en el foro más relevante de diferencias relativas a inversiones para la región. Mientras que algunos países han adoptado la postura más radical de salirse del sistema, otros han decidido agotar todos los recursos dentro del mismo antes de cumplir con el laudo, [100] o incluso han empujado los límites

[95] Al 31 de diciembre de 2013, este porcentaje representa el 27% de América del Sur y el 7% para América Central y el Caribe. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *The ICSID Caseload - Statistics*, ISSUE 2014-1 11, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet.

[96] La mayor parte de los casos de la Argentina surgieron de la crisis económica y el colapso social de 2011 y las medidas adoptadas por el Estado argentino para compensar la misma y sus consecuencias. Ignacio Torterola and Diego Brian Gosis, *Argentina*, *in* LATIN AMERICAN INVESTMENT PROTECTIONS: COMPARATIVE PERSPECTIVES ON LAWS, TREATIES, AND DISPUTES FOR INVESTORS, STATES AND COUNSEL 5, 15 (Jonathan C. Hamilton eds., Martinus Nijhoff Publishers 2012).

[97] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA ISSUES NOTE, Mar. 2013, at 4.

[98] Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012. Unless otherwise indicated, all Investor-State arbitration cases are available at Investment Treaty Arbitration (ITA), http://www.italaw.com/

[99] Guido Santiago Tawil, *Schiedsgerichtsbarkeit - Arbitration in Latin America - Current Trends and Recent Developments*, 15 EUROPAISCHES WIRTSCHAFTS UND STEUERRECHT 15 (2004).

[100] Véase el caso *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, el arbitraje más largo en la historia del CIADI, que abarca más de 15 años a partir de la presentación de la solicitud de arbitraje con un procedimiento pendientes, incluso después de un laudo de anulación.

del régimen "negándose a pagar de manera proactiva", [101] antes de llegar acuerdos en varios casos – como es el caso de Argentina, [102] que ha conseguido un arreglo en cinco laudos pendientes de pago[103] y llegó a un acuerdo preliminar sobre la compensación[104] en el caso de *Repsol*. [105]

Después de enfrentarse a básicamente el mismo problema que en Australia – el cuestionamiento de su política de etiquetado plano de los cigarrillos en el marco de las medidas generales contra el tabaco – Uruguay no ha amenazado con dejar de negociar acuerdos con cláusulas de arbitraje entre inversionistas y Estados, o de retirarse del CIADI. Cabe destacar que este es el primer arbitraje ante el CIADI tanto para Uruguay[106] como para Australia, encontrándose ambos procedimientos arbitrales pendientes.

Como se ha mencionado, otros países de la región han adoptado una postura más firme en contra del arbitraje entre inversionistas y Estados basado en un tratado de inversiones. Este es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, la República del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela, quienes han denunciado el Convenio CIADI, y terminado varios tratados de inversión. Sin embargo, es interesante analizar lo que estos Estados están proponiendo como alternativas. La más obvia es la jurisdicción de los

[101] Luke Eric Peterson, *Argentina by the numbers*, INVESTMENT ARBITRATION REPORTER (IAREPORTER) (Feb. 1, 2011), http://www.iareporter.com/articles/20110201_9.

[102] También es interesante observar que a pesar de que la mayoría de los TBI de Argentina ya han expirado de su duración original, y que podrían ser terminados efectivamente un año después de su notificación, ya que no incluyen un período de renovación, la Argentina no ha decidido poner fin a ellos todavía. Federico M. Lavopa et al., *How to Kill a BIT and Not Die Trying*, 16 J INT ECONOMIC LAW 869, 12 (2013).

[103] Se ha informado de que Argentina ha transado en cinco casos CIADI: con la francesa Vivendi SA, compañía de electricidad y gas británica National Grid PLC, Continental Casualty Company (una unidad de la empresa de Chicago CNA Financial Corp), Azurix (compañía de agua con sede en EE.UU.) y Blue Ridge Investments (subsidiaria de Bank of America Corp).Luke Eric Peterson, *After settling some awards, Argentina takes more fractious path in bond-holders case, with new bid to disqualify arbitrators*, INVESTMENT ARBITRATION REPORTER (IAREPORTER) (Dec. 30, 2013), http://www.iareporter.com/articles/20131230.

[104] *Argentina, Repsol reach preliminary pact on compensation for YPF*, FOX NEWS LATINO (Nov. 25, 2013), http://latino.foxnews.com/latino/news/2013/11/25/argentina-repsol-reach-preliminary-pact-on-compensation-for-ypf/.

[105] *Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/12/38).

[106] Jonas Bergstein and Alicia Gambetta, *Uruguay*, *in* LATIN AMERICAN INVESTMENT PROTECTIONS: COMPARATIVE PERSPECTIVES ON LAWS, TREATIES, AND DISPUTES FOR INVESTORS, STATES AND COUNSEL 535, 552 (Jonathan C. Hamilton eds., Martinus Nijhoff Publishers 2012).

tribunales nacionales, lo que ha sido manifestado expresamente por Bolivia, Ecuador y Venezuela. Con todo, curiosamente, estos países no están proponiendo automáticamente al volver a la jurisdicción doméstica como el único foro competente para la solución de diferencias relativas a inversiones extranjeras, como en los tiempos en que la "Doctrina Calvo" prevaleció en América Latina.

De hecho, Ecuador ha sido el principal impulsor de la propuesta de crear un tribunal regional de inversiones con un órgano de apelación y la promoción de los mecanismos de solución alternativa de conflictos, como la mediación, en el marco de la UNASUR (Unión de Naciones de América del Sur) – proyecto que ha sido también apoyado por el ALBA (Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América). [107] Por otro lado, estos tres países no han rechazado el arbitraje internacional siempre que tenga su origen en contratos con inversionistas extranjeros, figura que está desempeñando un papel cada vez más importante en la región. [108]

La oposición al arbitraje inversionista-Estado y a los tribunales nacionales como herramientas para decidir las controversias inversionista-Estado no es algo excepcional. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha estimado que tanto los tribunales nacionales como el arbitraje inversionista-Estado son mecanismos excesivamente costosos y dilatorios para resolver las controversias de inversiones, y han comenzado a promover medidas de prevención de conflictos y otras soluciones alternativas. [109]

Por otro lado, la confianza de los países desarrollados en sus tribunales nacionales para resolver los conflictos con inversionistas extranjeros no necesariamente les

[107] Silvia Karina Fiezzoni, *The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration*, 02 BEIJING LAW REVIEW 134 (2011).
[108] See: Rodrigo Polanco Lazo, *Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention?*, 11 TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT (TDM) (2014).
[109] UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), INVESTOR-STATE DISPUTES, at xvi (United Nations Publications 2010).

proporcionará la protección que están buscando para sus políticas públicas. Los inversionistas extranjeros pueden también presentar costosas demandas contra países desarrollados ante sus tribunales nacionales, como lo harían a través de un arbitraje entre inversionista-Estado, y esos Estados receptores no tienen una seguridad razonable de que prevalecerán sobre los inversionistas extranjeros ante un tribunal nacional o que sus inversores nacionales tendrán similar éxito ante los tribunales nacionales de otro Estado receptor. [110]

Tal como Trakman ha señalado, respecto del rechazo por parte de Australia a incluir cláusulas de arbitraje Inversionista-Estado en las negociaciones del TPP, esta conducta contraria al arbitraje de inversiones de parte de los países desarrollados, puede exponer a sus inversionistas en el extranjero a los tribunales extranjeros de Estados receptores con deficientes estándares de transparencia. [111] Kantor ha calculado que aproximadamente el 76% de los casos donde se han emitido laudos en virtud de tratados de inversión (hasta junio de 2006), se referían a países involucrados que se encontraban clasificados en o por debajo de 50 en el Índice de Percepción de Corrupción (CPI) de Transparencia Internacional del año 2008, y que el 68% de esos países se encontraban en el 60% inferior del indicador de "Estado de derecho" del Índice Mundial de Gobernabilidad (IMG) del Banco Mundial. [112]

Los inversionistas extranjeros pueden tener buenas razones para no confiar en todos los tribunales de un país, incluso de países desarrollados. En el famoso laudo del caso *Loewen*, en relación con la conducta del tribunal de primera instancia de Mississippi y el

[110] Leon E. Trakman, *Investor-State Dispute Settlement Under the Trans-Pacific Partnership Agreement*, *in* TRADE LIBERALISATION AND INTERNATIONAL CO-OPERATION: A LEGAL ANALYSIS OF THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT 179, 194–95 (Tania Voon ed., Edward Elgar Publishing 2013).
[111] *Id.* at 201.
[112] Mark Kantor, The Transparency Agenda for UNCITRAL Investment Arbitrations: Looking in All the Wrong Places 10 (Institute for International Law and Justice, New York University School of Law 2011).

Tribunal Supremo de Mississippi, y a la apreciación sus actos constituían una violación del TLCAN, respecto de un inversionista extranjero, el tribunal arbitral concluyó que: [113]

> *"Después de haber leído la transcripción y habiendo considerado los escritos de las partes con respecto a la realización del juicio,* ***hemos llegado a la firme conclusión de que el desarrollo del juicio por el juez de primera instancia fue tan defectuoso que constituye una denegación de justicia equivalente a una injusticia manifiesta como esa expresión se entiende en el derecho internacional****".*

Durante la última década se ha producido un "revival" del movimiento de Law & Development, con un resurgimiento del interés en el uso de la ley para promover el desarrollo, y un debate en curso sobre cuestiones fundamentales tales como si la ley es un factor importante en la determinación de resultados sociales o económicos en materia de desarrollo, o si hay insuperables obstáculos económicos, políticos o culturales para una reforma judicial efectiva. Sin embargo, el enfoque que se sigue dando por parte de los académicos y profesionales involucrados, ha sido la promoción del desarrollo en Asia, Europa del Este, África Subsahariana y América Latina. [114]

Tal vez es el momento de estar abierto a la posibilidad de que los países desarrollados también pueden aprender sobre el desarrollo de los países en desarrollo. La larga experiencia de América Latina con las controversias entre inversionistas y Estados extranjeros es un buen ejemplo de ello.

[113] *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award (Jun. 26, 203), §54.

[114] Kevin E. Davis and Michael J. Trebilcock, *The Relationship Between Law and Development*, 56 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 895 (2008).