

Recibido: 4 abril 2017
Aceptado: 21 julio 2017

Arbitraje, vol. X, n° 2, 2017, pp. 435–464

El estándar de medios efectivos en el Derecho internacional de las inversiones: ¿un estándar autónomo o una creación antojadiza?: El caso Chevron II

María Bernarda CARPIO FRIXONE *

Martín FLORES MARTÍNEZ **

Sumario: I. Introducción. II. El origen del estándar de medios efectivos. 1. *Chevron v. Ecuador*. 2. *White Industries v. India*. 3. *Chevron y White Industries*: donde todo empezó. III. El estándar de medios efectivos: concepto y alcance. IV. El estándar de medios efectivos en relación con otros estándares de protección. 1. Entre el estándar de medios efectivos y el estándar de protección y seguridades plenas. 2. Entre el estándar de medios efectivos y el estándar de trato justo y equitativo: A) Legítimas expectativas; B) Transparencia; C) No discriminación; D) Procesos justos; E) Proporcionalidad. 3. Entre el estándar de medios efectivos y el estándar de trato justo y equitativo. 4. Entre el estándar de medios efectivos y el estándar de denegación de justicia. V. Conclusiones.

Resumen: El estándar de medios efectivos en el Derecho internacional de las inversiones: ¿un estándar autónomo o una creación antojadiza?: El caso Chevron II

Dentro del Derecho internacional de las inversiones, en los últimos siete años, ha surgido el estándar de medios efectivos como un estándar autónomo de protección. A pesar de ello, la existencia de cláusulas en las que los Estados receptores se comprometen a garantizar el acceso a medios judiciales efectivos, data de los años 80 y, desde ese entonces hasta la resolución en el caso *Chevron II*, los tribunales arbitrales han sabido dar respuesta a esta protección a través del empleo de otros estándares existentes en el Derecho Internacional de las Inversiones, tales como, el estándar de trato justo y equitativo o el estándar de denegación de justicia. Ante ello, el presente artículo busca analizar si el estándar de medios efectivos es realmente un estándar autónomo, o si por el contrario es tan solo una creación antojadiza.

Palabras clave: MEDIOS EFECTIVOS – DENEGACIÓN DE JUSTICIA – TRATO JUSTO Y EQUITATIVO – PROTECCIÓN Y SEGURIDADES PLENAS – TRATADO BILATERAL DE INVERSIONES (TBI).

* Universidad San Francisco de Quito, Ecuador (mbernarda.carpio@gmail.com)

** Universidad San Francisco de Quito, Ecuador (mfloresmartinez94@gmail.com)

Abstract: The Effective Means Standard in International Investment Law: an independent standard or just a whimsical creation

Since the 1980's bilateral investment treaties (BIT) have included clauses where States assume the obligation of providing effective means for the enforcement of investors rights. From that moment until Chevron II case was resolved, arbitration tribunals protected investors by invoking other standards in international investment law such as fair and equitable treatment or denial of justice. Therefore, this paper aims to determine whether effective means is a truly independent standard or just a whimsical creation.

Keywords: EFFECTIVE MEANS – DENIAL OF JUSTICE – FET – FULL PROTECTION AND SECURITY – BIT.

I. Introducción

Es conocido que en el mundo contractual “el contrato es ley para las partes”. Esta regla no difiere en el Derecho internacional público, pues al suscribir un TBI, los Estados se comprometen a asumir obligaciones únicamente en la medida en la que estas fueron concebidas. Por esa razón la interpretación del alcance de una cláusula dentro de un TBI, debe ser “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”¹.

A raíz de la resolución del tribunal arbitral en el caso *Chevron II* surge un nuevo estándar de protección en el Derecho Internacional de las Inversiones: el estándar de medios efectivos. Sin embargo, ¿este estándar fue realmente concebido como un mecanismo de protección autónomo por los Estados parte?

Con el objetivo de responder esta inquietud, el presente artículo analizará en primer lugar el origen del estándar de medios efectivos. Posteriormente se estudiará el concepto y alcance de este estándar. De este modo, una vez entendido ello, se realizará una comparación entre la protección que otorga el estándar de medios efectivos en relación con otros estándares de protección. Finalmente, a modo de conclusión y sobre la base del análisis realizado, se determinará si el estándar de medios efectivos amerita ser realmente un estándar de protección autónomo.

II. El origen del estándar de medios efectivos

Uno de los derechos que los Estados han tratado de asegurar, a través del desarrollo del comercio internacional, es el derecho de sus nacionales a obtener acceso a los tribunales del Estado donde están realizando actos de comercio. Este derecho fue incluido, inicialmente, dentro de los Tratados de Cooperación, Comercio y Amistad que datan de principios del siglo XIX².

¹ Art. 31 Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, 23 mayo 1969.

² *Vid.* K. Vandeveld, *U.S. International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 411–415.

Estos tratados proporcionaron a los ciudadanos de cada país un derecho de trato nacional con respecto al acceso a los tribunales de otra jurisdicción, así como el derecho de emplear al defensor de su elección³. Sin embargo, el derecho internacional de esa época ofrecía a los inversionistas extranjeros poca protección efectiva⁴.

El Derecho internacional consuetudinario no contenía reglas generalmente aceptadas, ni tampoco tenía un mecanismo vinculante para resolver cualquier controversia relacionada con la violación de los Estados a sus obligaciones internacionales. La propia naturaleza del Derecho internacional de esa época se convirtió en un tema de controversia en los años setenta⁵. Los países desarrollados solicitaban la creación de un nuevo orden internacional que establezca una mayor protección a sus nacionales al momento de promover y establecer una inversión en el extranjero. Es así, que los Tratados Bilaterales de Inversión aparecen “a finales de los años cincuenta, al igual que las primeras discrepancias sobre la aplicación de normas consuetudinarias. En comparación con otros mecanismos para proteger la inversión extranjera, los TBI’s han demostrado ser innovadores en varios aspectos”⁶.

Los TBI’s tienen como objetivo proteger la seguridad de la inversión después de que se establezca. En este sentido, estos tratados brindan protección contra las fuentes más importantes de riesgo no económico que enfrentan las inversiones extranjeras, específicamente la expropiación, y establecen mecanismos legales para hacer efectivas estas obligaciones del Estado y la protección al inversionista⁷. Los TBI’s se han convertido en normas internacionales a través de las cuales, los estados aseguran ciertos derechos y protecciones a los inversionistas del país con el que firmaron este acuerdo.

Si bien tanto dentro de estos tratados y del Derecho internacional consuetudinario ya se garantizaba, a un extranjero, el derecho a acceder a los tribunales del Estado receptor, el desacuerdo sobre el alcance y contenido de este derecho llevó a los Estados a solicitar la protección de este dentro de los Tratados Bilaterales de Inversión⁸. EE UU, en su primer borrador de TBI, del año 1983, ya determinó la protección para los inversores de acceder a sus cortes. El Secretario de Estado de EE UU, ha explicado que:

“Como los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TCN), que los precedieron (el programa de los TBI’s es un sucesor del programa de los TCN’s), los TBI proporcionan una base para

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Vid. Z. Elkins et al., “Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties 1960–2000”, Int’l Org., 2006, pp. 813–814.*

⁶ Traducción libre, *ibíd.*, p. 816.

⁷ *Vid. K. Vandavelde, “The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty”, Am. J. Int’l L., 1998, p. 613.*

⁸ K. Vandavelde, *U.S. International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 411.

que nacionales y empresas de la otra Parte denuncien violaciones a los tratados por parte de EE UU en cortes estadounidenses”⁹.

En este sentido, ya desde este modelo, EE UU determinó tres diferentes derechos de los inversionistas con respecto al acceso de justicia dentro de su país. El primero de ellos, era la obligación de los estados parte a proveer medios efectivos para que los inversionistas puedan realizar reclamos y hacer efectivos sus derechos provenientes del TBI. El objetivo de esta disposición es el mantener un ambiente favorable para la inversión y para que el inversionista pueda efectivizar los derechos que se le ha garantizado dentro del tratado¹⁰.

Este estándar, entonces, se ha desarrollado con el propósito de garantizar al inversor medios eficaces para que este pueda ejercer sus derechos y tenga certeza de que se van a respetar dentro del ordenamiento jurídico del estado receptor de la inversión. Dentro de la jurisprudencia relacionada con el Derecho de Inversiones, y para objetivos de este ensayo, analizaremos las repercusiones que tuvieron los casos: *Chevron v. Ecuador* [en adelante caso Chevron] y *White Industries v. India* [en adelante caso *White Industries*] al momento de aplicar este estándar dentro del Derecho Internacional.

Los tribunales dentro de estos casos determinaron y concluyeron que otorgar a los inversionistas acceso a medios efectivos para hacer valer sus derechos no son simplemente elementos o requisitos del estándar de Denegación de Justicia, contenido en el Derecho internacional consuetudinario. Los tribunales concluyeron que los retrasos en los procedimientos judiciales internos pueden infringir el estándar de medios efectivos, incluso si no equivalen a denegación de justicia¹¹. Debido al análisis que realizan dentro de estos casos, y la particularidad del trato a este estándar, como autónomo y distinto a la Denegación de Justicia, consideramos trascendental el análisis de estos como origen del estándar de medios efectivos, pues:

“Estos tribunales son parte de la tendencia reciente que protege el derecho al acceso a la justicia interna de cada país, al imponer obligaciones a los Estados para proporcionar a los inversores ‘medios efectivos para hacer valer sus reclamaciones y hacer cumplir derechos’. Como los únicos Tribunales que han analizado si los retrasos en los procedimientos internos violan el estándar de ‘medios efectivos’, los Tribunales en *Chevron v. Ecuador* y *White Industries v. India* concluyeron que este estándar protege a los inversionistas tanto de la denegación al acceso a los procedimientos internos como a las demoras en estos, pero el estándar de ‘medios efectivos’ es más que una exigencia a los Estados de que no denieguen la justicia. El estándar de “medios eficaces” puede ser violado por demoras relativamente cortas que no equivalen a una denegación de justicia (énfasis añadido)”¹².

1. Chevron v. Ecuador

⁹ Traducción Libre. Citado en: K. Vandeveld, “U.S. International Investment...”, *op. cit.*, p. 413.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ A. Karreman y K. Dharmananda, “Time to Reasses Remedies for Delays Breaching ‘Effective Means’”, *ICSID Rev.*, 2015, p. 118.

¹² Traducción libre. *Id.*, p. 118–119.

Dentro del Caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company*, ambas compañías estadounidenses, contra la República del Ecuador, las demandantes, solicitaron indemnización por incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversión Ecuador–EE UU y sus acuerdos de inversión con el Estado ecuatoriano, específicamente sus concesiones petroleras. El reclamo se basaba en un retraso injustificado en siete causas judiciales, iniciadas por uno de los demandantes, Texaco, contra Ecuador ante los tribunales ecuatorianos.

La decisión intenta aclarar y determinar el alcance de la obligación del Estado anfitrión de proporcionar al inversionista un medio efectivo para poder acceder a la justicia del Estado receptor y hacer valer sus derechos, tratándola como un estándar autónomo e independiente del estándar de Denegación de Justicia. En este sentido, el tribunal determinó que Ecuador incumplió sus obligaciones en virtud del art. II (7) del TBI y fue responsable de daños y perjuicios¹³.

En cuanto a la infracción del párrafo 7 del art. II del TBI, el tribunal concluyó que este artículo expresaba un estándar independiente, medios efectivos, y no era una mera reiteración de la denegación de justicia. Así, determinó que este estándar se caracteriza por una mayor especificidad que el estándar de denegación de justicia del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, cuando existe una violación al estándar de medios efectivos, este no constituye automáticamente denegación de justicia conforme al Derecho internacional consuetudinario.

“La naturaleza de *lex specialis* del párrafo 7 del art. II también se confirma por su origen y por su finalidad. Según Vandeveld, tales disposiciones de ‘acceso judicial’ surgieron en los tratados firmados por EE UU en un momento en que existía un desacuerdo sobre el contenido del derecho de acceso a los tribunales del Estado anfitrión, “haciendo deseable la protección bajo un tratado”. Así, el art. II (7) se creó como un estándar de protección independiente para abordar la falta de claridad, en materia de denegación de justicia, en el derecho internacional consuetudinario [...]

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y el texto del párrafo 7 del art. II, el Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que, en virtud de esta disposición, se realiza un test distinto y potencialmente menos exigente para el análisis de este estándar en comparación con el test que se deberá realizar para comprobar la denegación de justicia conforme al Derecho internacional consuetudinario¹⁴.

Asimismo, determinó que el incumplimiento de este estándar surge cuando los tribunales nacionales no actúan “efectivamente” para que los derechos de los inversionistas se respeten y se cumplan. Esto se contrasta con el test de la denegación de justicia, que exige la demostración de una deficiencia particularmente grave o impactante dentro del poder judicial. En este sentido, el tribunal determinó que:

¹³ Vid. *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Co. c. Ecuador*. Caso No. 2009–23 [en adelante “Caso Chevron”]. Laudo parcial sobre méritos, 30 marzo 2010, párr. 558.

¹⁴ Traducción libre. Caso *Chevron*. Laudo parcial sobre méritos, *cit.*, párr. 243.

“La prueba para establecer una violación al estándar de denegación de justicia establece, como ha argumentado la Demandada, un umbral alto. Si bien la norma es objetiva y no requiere una manifestación manifiesta de mala fe, requiere, sin embargo, la demostración de “una deficiencia particularmente grave” y una conducta atroz que “choque o al menos sorprenda al correcto funcionamiento de la función judicial”. Por el contrario, en virtud del Art. II (7), el hecho de que los tribunales internos no hagan cumplir “efectivamente” los derechos, constituirá una violación del párrafo 7 del art. II, elemento que no siempre es suficiente para encontrar una denegación de justicia conforme al Derecho consuetudinario¹⁵.”

Finalmente, determinó que el retraso en los siete casos judiciales fue irrazonable en el momento en que el arbitraje había comenzado. Para el inicio del arbitraje los casos ya habían estado pendientes durante al menos 13 años y ni su complejidad ni el comportamiento de los reclamantes justificaban tal demora. El tribunal estableció que existieron largos retrasos incluso después de que los tribunales reconocieron oficialmente que estaban listos para decidir los casos. La naturaleza del retraso y la aparente renuencia de los tribunales ecuatorianos a resolver las disputas hicieron el retraso indebido y constituyeron una violación del TBI. Así, el tribunal arbitral señaló que:

“[...] el párrafo 7 del art. II se aplica a las reclamaciones de los Demandantes por demoras indebidas en sus siete casos en los tribunales ecuatorianos. De acuerdo con el párrafo 7 del art. II, el sistema jurídico ecuatoriano debe proporcionar a los inversionistas extranjeros medios para hacer valer sus derechos legítimos dentro de un plazo razonable. El límite de la razonabilidad depende de las circunstancias del caso. [...] El Tribunal considera que la demora en cada uno de los siete casos judiciales se ha vuelto irrazonable y se ha completado una infracción del párrafo 7 del art. II en la fecha de la notificación de arbitraje de las Demandantes”¹⁶.

2. White Industries v. India

White Industries tenía un contrato para el suministro de equipo y desarrollo de una mina de carbón con Coal India, empresa estatal. De este contrato surgió una disputa entre las partes la cual fue sometida a arbitraje. Dentro del arbitraje se condenó a Coal India al pago de 4,08 millones de dólares. Sin embargo, Coal India solicitó al Tribunal Superior de Calcuta que anulase el laudo. Por otro lado, White Industries solicitó al Tribunal Superior de Nueva Delhi la ejecución del laudo. El Tribunal Superior de Calcuta rechazó la solicitud de White Industries para que la petición de Coal India de anular el fallo fuera desestimada. White Industries apeló esta decisión ante el Tribunal Supremo de India, con el fin de evitar decisiones contradictorias. Nueve años después de que el tribunal arbitral dictará un laudo a su favor, el inversor seguía esperando que los Tribunales de la India decidieran sus reclamaciones jurisdiccionales.

Como consecuencia de esto, White Industries presentó una solicitud de arbitraje contra India en virtud del TBI Australia–India. Dentro de esta alega que el Gobierno de la India, por las acciones de sus tribunales y de Coal In-

¹⁵ *Id.*, párr. 244.

¹⁶ Traducción libre. Caso *Chevron. Laudo parcial sobre méritos*, *cit.*, párr. 250.

dia, incumplió sus obligaciones del tratado al no conceder un trato justo y equitativo y al violar el estándar de medios efectivos para que el inversionista acceda a la justicia y proteja sus derechos.

White Industries se basó en la cláusula de nación más favorecida para beneficiarse de la obligación de proporcionar medios efectivos para acceder a la justicia y hacer efectivos sus derechos, contenida en el TBI India–Kuwait. El tribunal examinó por separado la solicitud de ejecución del laudo por parte de White Industries, y la actuación del Estado al dejar de lado los procedimientos del inversor y no decidir sobre ellos. En relación con la primera, señaló que, aunque el proceso no se lo ha llevado con la debida diligencia, los tres años y medio de retraso de los tribunales indios no violaron el TBI, en particular porque White Industries decidió no apelar la orden de suspender el procedimiento.

“En estas circunstancias, debido a que White Industries no pudo demostrar que una apelación de la orden de suspensión hubiera sido ineficaz o inútil, el Tribunal concluye que los otros seis años de demora no se tendrán en cuenta al evaluar si la India no proporcionó a White medios efectivos de hacer valer sus derechos determinados en el Laudo. Sobre la base de este análisis, el Tribunal sostiene que White no ha demostrado que la India no proporcionó medios efectivos para que hiciera valer sus derechos bajo el laudo”¹⁷.

Por el contrario, en lo que respecta a los procedimientos que la justicia india dejó de proveer, el tribunal concluyó que White Industries hizo todo lo que razonablemente se podía esperar de él para que la Corte Suprema proveyera su apelación de manera oportuna.

En consecuencia, el tribunal declaró que la incapacidad del sistema judicial indio para tramitar la demanda de White Industries, por más de nueve años y la incapacidad del Tribunal Supremo para resolver la apelación del inversor por más de cinco años equivale a una demora injustificada en el sistema judicial. Así, concluye que esta demora constituye una violación, por parte de India, de su obligación de proporcionar medios efectivos para hacer valer las reclamaciones y hacer cumplir los derechos de los inversionistas.

“Ya habiendo solicitado y obtenido una orden para la realización de las audiencias en 2006 y 2007, White Industries parece haber hecho todo lo que razonablemente se podría esperar de ella para que la Corte Suprema trate su apelación de manera oportuna. [...] En estas circunstancias, y aunque hemos decidido que los nueve años de procedimiento en la solicitud de ejecución no constituyen una denegación de justicia, el Tribunal no tiene ninguna dificultad en concluir la incapacidad del sistema judicial indio para hacer frente al reclamo de White Industries por más de nueve años, y la incapacidad del Tribunal Supremo para tramitar la apelación de White por más de cinco años, esto equivale a retrasos indebidos y constituye una violación de la obligación voluntariamente asumida por la India de proveer a White de “medios efectivos” para reclamar reclamos y hacer cumplir derechos”¹⁸.

¹⁷ Traducción libre. *White Industries Australia Limited c. India* [en adelante caso White Industries]. Laudo final, 30 noviembre 2011, párr. 11.4.19.

¹⁸ *Id.*, párr. 11.4.19.

3. Chevron y White Industries: *donde todo empezó*

Como se mencionó anteriormente, uno de los propósitos de los Estados, al momento de negociar un tratado en el que se establezcan derechos para sus nacionales, es garantizarles el acceso a la justicia en el otro Estado parte. Desde los primeros Tratados de Amistad, Comercio y Cooperación, los Estados tenían como premisa garantizar este derecho a sus nacionales, para que estos sientan un ambiente más favorable para la actividad económica que vaya a realizar en el extranjero. Es por esto, que dentro de los TBIs este derecho sigue siendo una constante. Se ha garantizado el derecho a los inversionistas de acceder a la justicia del Estado receptor de la inversión y se han propuesto medios para que este pueda hacer valer sus derechos dentro de este Estado.

El estándar de medios efectivos para hacer valer las reclamaciones y hacer cumplir los derechos de los inversionistas, ha garantizado a los ciudadanos extranjeros acceso a recursos eficaces que les permitan tener una mayor protección de sus derechos. Si bien este estándar no ha sido muy desarrollado a lo largo de la historia del sistema de inversiones, el análisis de este en los casos establecidos anteriormente ha sido el inicio de la aplicación de este estándar en el plano internacional. Estos laudos han determinado y han concluido la autonomía e independencia del estándar de medios efectivos, pues “el estándar de medios efectivos ha sido interpretado como *lex specialis* y distinto de la denegación de justicia. Este puede ser violado por retrasos más cortos y sin el agotamiento de los recursos internos”¹⁹.

Es por esta razón, que si bien puede entenderse que el origen del estándar se retrotrae al inicio de la celebración de los TBIs, su verdadero origen, como independiente a otros estándares, es el dictamen de los dos laudos analizados anteriormente. Ambos tribunales arbitrales, le dieron una razón de ser a este estándar y determinaron lo que puede consistir una violación al estándar de medios efectivos. Tanto el caso *Chevron* como el caso *White Industries* establecieron que este estándar no es un elemento más del estándar de denegación de justicia. Estos tribunales determinaron que es un estándar autónomo y que tiene su propia regulación.

III. El estándar de Medios Efectivos: concepto y alcance

A raíz del caso *Chevron* surgió el estándar de medios efectivos como un estándar autónomo de protección al inversionista. Tal como lo menciona Marc Allen, dada la falta de consenso a nivel internacional, es difícil proporcionar una definición exacta de este estándar²⁰.

¹⁹ Traducción libre. A. Karreman y K. Dharmananda, *loc. cit.*, p. 141.

²⁰ Vid. M. Allen, “Effective Means and the Perils of Standard-Setting”, *SPIL International Law Journal*, 2014, p.91.

Sin perjuicio de ello, es importante entender que lo que origina su existencia es la inclusión en un TBI de una cláusula a través de la cual el Estado receptor se compromete a garantizar al inversionista el acceso a medios judiciales efectivos para la protección de sus derechos²¹. En este sentido, “la inclusión del estándar de medios efectivos impone una obligación a las partes más allá del estándar de denegación de justicia, al proporcionar el derecho de acceso a los tribunales locales para los inversionistas”²².

El art. II (7) del TBI entre Ecuador y EE UU prescribe que: “Cada parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión”²³. El profesor David D. Caron, en la sección séptima de su opinión de experto, emitida en el caso *Chevron*, realiza una interpretación literal de esta cláusula.

En primer lugar se refiere al verbo “establecerá” y concluye que esta palabra denota el compromiso de los Estados de emprender acciones para proporcionar medios efectivos al inversionista extranjero. Así, señaló que “[...] ‘proveer’ y ‘establecer’ parecen requerir un acto positivo: el Estado debe adoptar medidas positivas para proveer los “medios efectivos”²⁴.

Por otro lado, analiza el significado de “medios” y de “eficaces” y concluye que “[...] los ‘medios eficaces’ pueden ser interpretados como medidas diseñadas para alcanzar una meta y ser exitosas para alcanzar la misma”²⁵. De igual modo, al analizar el sentido de la expresión “hacer valer las reclamaciones”, David Caron sostiene que “el sentido ordinario de “hacer valer las reclamaciones” puede interpretarse como hacer efectivo los derechos, a través de las acciones mediante las cuales se reclama la posesión o disfrute de un privilegio”²⁶.

Asimismo, concluye que la expresión “respetar los derechos relativos a” implica que el Estado receptor se compromete a garantizar medios para que el inversionista pueda reclamar los derechos que le han sido otorgados. En este sentido, señaló que:

[...] “respetar los derechos relativos a” significa que el Estado se compromete a proporcionar mecanismos a través los cuales el inversionista puede lograr el reconocimiento y la preservación, así como la ejecución, de los derechos y privilegios del inversor garantizados al inversionista por los diversos sistemas nacionales e internacionales en el que opera”²⁷.

Finalmente, interpretó la palabra inversión – y sus derivados: acuerdos de

²¹ Vid. A. Karreman y K. Dharmananda, *loc. cit.*, pp. 118–119

²² Traducción libre. J. Wirth, “Effective Means” Means? The Legacy of *Chevron v. Ecuador*”, *Columbia J. Trans’l L.*, 52, 2013, p. 332.

²³ Tratado Bilateral de Inversiones (Ecuador – EE UU), 23 agosto 1993. Art. II(7).

²⁴ Traducción libre. Caso *Chevron*. *Opinión de experto de David Caron*, 3 septiembre 2010, pár. 26. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0241.pdf> (acceso: 26/nov/2016).

²⁵ *Id.*, pár.30.

²⁶ *Id.*, pár. 33.

²⁷ *Id.*, pár. 37.

inversión y autorizaciones de inversión – conforme la definición que se otorga en el propio TBI. Es así que, sobre las base de esta interpretación literal del art. II(7), David Caron concluye que:

“En mi opinión, el párrafo 7 del art. II del TBI entre EE UU y Ecuador obliga a los dos Estados Partes a establecer y suministrar mecanismos que estén diseñados y, en la práctica, faciliten al inversionista: 1) interponer recursos frente a órganos administrativos, judiciales u otros órganos oficiales para el efectivo goce de sus derechos, y 2) para lograr el reconocimiento y la preservación, así como la ejecución, por parte del Estado, de los derechos del inversionista en relación con todo tipo de inversión realizada en el territorio de una Parte, que sea propiedad o controlada directa o indirectamente por nacionales o empresas de la otra Parte²⁸.

La opinión emitida por David Caron permite profundizar sobre el alcance del estándar de medios efectivos. Las cinco conclusiones a las que llega Caron son fundamentales para entender las implicaciones de dicho estándar.

En primer lugar, Caron sostiene que en razón que el TBI incluye esta protección en un numeral diferenciado a aquellos que contienen otros estándares de protección, el propio tratado da paso a que se configure un incumplimiento de dicha cláusula como una obligación autónoma²⁹. Por otro lado, afirma que la obligación de proporcionar medios efectivos es distinta al estándar de denegación de justicia y explica que así como ambos estándares son distintos lo son también los remedios para cada uno³⁰.

Además, afirma que la efectividad del medio se mide en su aptitud e idoneidad para alcanzar un fin determinado³¹. En cuanto al incumplimiento a dicho estándar explica que este se da ante la falta total de medios judiciales o, en caso de existir, ante la ineffectividad, ya sea estructural o práctica, del medio³². Finalmente, concluye que si bien la ineficiencia del medio se fija por la imposibilidad de tutelar el derecho del inversionista, el análisis debe darse caso por caso y para ello debe tomarse en consideración la complejidad del caso, los intereses en juego, la conducta de los litigantes y autoridades, así como el manejo del proceso³³.

²⁸ *Id.*, p. 41.

²⁹ *Id.*, p. 171: “First, given the placement of Article II (7) alongside other protections for investors in Article II, the Treaty contemplates that an investor may bring a claim for a breach of Article II(7)”.

³⁰ *Ibíd.*: “Second, the Treaty obligation to provide “effective means” and a claim alleging a breach of that obligation is distinct from a claim under customary international law for denial of justice; the standards are distinct as is the timing and potential remedies of each”.

³¹ *Ibíd.*: “Third, “effective” means are means that are designed to accomplish the intended ends, and ones that in practice are adequate to reach such ends”.

³² *Ibíd.*: “Fourth, the obligation to provide “effective means” may be breached by (1) governmental subversion in the particular case of the “means” formally provided or (2) failure of the “means” to be “effective” whether in their design or in practice”.

³³ *Ibíd.*: “Fifth, “means” are ineffective by design or in practice when on a case-by-case basis they are found to not provide an adequate basis for the investor to assert a claim or enforce a right. For example, a defense of *res judicata* implicitly entails a right to be free from re-litigation of a matter. To be free from re-litigation, a “means” to enforce such a right is effective *prima facie* only if it provides an avenue for enforcing the right before the re-litigation occurs. The timeliness of the

Dicha comprensión al art. II (7) del TBI entre Ecuador y EEUU se evidencia en el laudo parcial sobre méritos emitido en el caso *Chevron*. En este caso el tribunal arbitral, sobre la base de lo prescrito en el art. II (7) resolvió que “el estándar de “medios efectivos” constituye *lex specialis* y no es una mera reiteración del estándar de denegación de justicia en el tratado”³⁴.

Esta conclusión se basó en un ejercicio de interpretación por parte del tribunal en el que analizó que por el hecho de no haberse incluido una referencia expresa al estándar de denegación de justicia, el contenido del art. II (7) del TBI debe ser entendido como un estándar de protección autónomo. Así, el tribunal sostuvo que:

“[...] sin embargo, aparece en el TBI como una obligación independiente y específica del tratado y no hace ninguna referencia explícita a la denegación de justicia o al derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el párrafo 7 del art. II, que establece el estándar ‘medios efectivos’, constituye una *lex specialis* y no una mera reiteración de la ley sobre la denegación de justicia”³⁵.

A raíz de esta interpretación, en la sección quinta del laudo parcial sobre méritos, el tribunal arbitral sostuvo que a través de la incorporación de este estándar el Estado debe, por un lado, ofrecer un sistema judicial institucionalizado y, por otro lado, garantizar que este sistema sea efectivo en todos los casos³⁶. Además, estableció que para que se configure un incumplimiento, no es necesario que el inversionista demuestre que existió una interferencia del Estado en el proceso judicial³⁷, flexibilizando así este estándar en relación al de denegación de justicia.³⁸

De igual modo, señaló que la demora indefinida o indebida por parte de los tribunales del Estado receptor es causal para que se constituya un incumplimiento a este estándar³⁹. Por lo que, incluso en los casos en los que los tribunales del Estado receptor experimenten retrasos regulares y extensos,

consideration of a request for a preliminary decision may be assessed on a case-by-case basis taking into consideration all circumstances including but not limited to: (1) the complexity of the question presented, (2) the interests of the litigants and forum at stake, (3) the conduct of the litigants, (4) the conduct of the relevant authorities, and (5) the state of the proceedings”.

³⁴ Traducción libre. Caso *Chevron*. Laudo parcial sobre méritos, *cit.*, pár. 2.4.2.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Id.*, pár. 247: “While Article II(7) clearly requires that a proper system of laws and institutions be put in place, the system’s effects on individual cases may also be reviewed. This idea is reflected in the language of the provision. The article specifies “asserting claims,” so some system must be provided to the investor for bringing claims, as well as “enforcing rights,” so the BIT also focuses on the effective enforcement of the rights that are at issue in particular cases”.

³⁷ *Id.*, pár. 248: “Furthermore, the obligation in Article II(7) is stated as a positive obligation of the host State to provide effective means, as opposed to a negative obligation not to interfere in the functioning of those means”

³⁸ *Vid. Infra* sección 4.3.

³⁹ Caso *Chevron*. Laudo parcial sobre mérito, *cit.*, pár. 250: “For any “means” of asserting claims or enforcing rights to be effective, it must not be subject to indefinite or undue delay. Undue delay in effect amounts to a denial of access to those means. The Tribunal therefore finds that Article II(7) applies to the Claimants’ claims for undue delay in their seven cases in the Ecuadorian courts”.

fruto de un problema estructural en el sistema judicial, también podrá constituirse un incumplimiento del estándar medios efectivos⁴⁰.

Respecto a la forma de medir la efectividad de los medios proporcionados por el Estado receptor, el tribunal arbitral sostuvo que el estudio deberá responder a una norma internacional objetiva⁴¹. Por otra parte, en cuanto a la necesidad de agotar los recursos internos (requisito para la configuración del estándar de denegación de justicia⁴²) estableció que para que se configure el incumplimiento no es necesario que el inversionista los agote. Sin embargo, el reclamante debe demostrar haber utilizado adecuadamente los medios puestos a su disposición para hacer valer sus reclamaciones. Para ello, corresponderá al Estado receptor demostrar la disponibilidad de los recursos internos y corresponderá al reclamante demostrar que esos recursos fueron ineficaces o inútiles⁴³.

Finalmente, señaló que el establecer si el retraso en el tratamiento de una reclamación realizada por el inversionista cumple o no con el estándar, dependerá de los hechos de cada caso⁴⁴. Además, explicó que, al igual que en los casos de denegación de justicia, podrán considerarse ciertos factores como la complejidad del caso, el comportamiento de los litigantes, la importancia de los intereses en juego y el comportamiento de los propios tribunales⁴⁵.

El análisis realizado por el tribunal Arbitral en el caso *Chevron*, respecto al alcance del estándar de medios efectivos, es crucial, pues fue con base en ello que el tribunal arbitral en el caso *White Industries* decidió aplicarlo como un estándar autónomo al de denegación de justicia. Sin perjuicio de lo cuestionable que pueda ser el hecho que en este caso el tribunal arbitral empleó la cláusula de nación más favorecida para extraer la cláusula de medios efectivos y poder aplicarla al caso concreto; lo relevante a efectos de este artículo es destacar que, en su laudo final, el tribunal arbitral manifestó "el tribunal de Chevron realizó un análisis completo del significado y la aplicación del estándar de "medios efectivos". El Tribunal considera que este análisis es igualmente apropiado para la aplicación en este caso"⁴⁶. De este modo se evidencia, que en el caso *White Industries* se ratificó la existencia de un

⁴⁰ *Id.*, párr. 263: "To the extent that generalized court congestion could alone produce the persistent and long delays of the kind observed here, it would evidence a systemic problem with the design and operation of the Ecuadorian judicial system and would breach Article II(7) according to the systemic standard advocated by the Respondent itself".

⁴¹ *Ibid.*: "The question of whether effective means have been provided to the Claimants for the assertion of their claims and enforcement of their rights is ultimately to be measured against an objective, international standard".

⁴² *Vid. infra* sección 4.3.

⁴³ Caso Chevron. *Laudo parcial sobre méritos, cit.*, párr. 268: "The Claimants must, however, have adequately utilized the means made available to them to assert claims and enforce rights in Ecuador in order to prove a breach of the BIT".

⁴⁴ *Id.*, párr. 250: "The limit of reasonableness is dependent on the circumstances of the case".

⁴⁵ *Ibid.*: "as with denial of justice under customary international law, some of the factors that may be considered are the complexity of the case, the behaviour of the litigants involved, the significance of the interests at stake in the case and the behaviour of the courts themselves".

⁴⁶ Traducción libre. Caso *White Industries*. *Laudo final, cit.*, párr.11.3.2. y 11.3.3.

estándar de protección autónomo en el Derecho Internacional de las Inversiones. Ello es de suma importancia ya que marca un antes y un después respecto al alcance de los compromisos adquiridos por los Estados en los TBIs. Así, “después del Caso *White Industries*, el número de arbitrajes en los que se alega una violación al estándar de medios efectivos han aumentado”⁴⁷.

Es innegable que al incluir una cláusula de “medios efectivos” los Estados asumen una obligación en favor del inversionista, sin embargo, la discusión se presenta respecto al verdadero objeto de esta obligación. Como se ha expuesto anteriormente, en los casos *Chevron* y *White Industries* se entendió a dicha obligación como un compromiso del Estado receptor de otorgar medios que efectivamente permitan al inversionista reclamar sus derechos. Sin embargo, tal como lo expone Jessica Wirth existe otra forma de entender la intención de los Estados parte. Así, explica que:

“[...] Otros académicos han sugerido que los estados en vías de desarrollo pueden haber visto las cláusulas de medios efectivos como meras invitaciones abiertas para desplegar principios legales relevantes o generales, por ejemplo, principios para promover el debido proceso, transparencia o rendición de cuentas, incluidos los relativos a los derechos humanos⁴⁸”.

De este modo, se evidencia que la interpretación realizada en los casos *Chevron* y *White Industries* es discutible en la medida en la que podría pensarse que los Estados tan solo se comprometieron a mejorar la efectividad de su sistema judicial conforme los principios generales del Derecho y, que en realidad no buscaron adquirir un compromiso distinto y, mucho menos, uno que sea juzgado con menor rigurosidad que aquel de denegación de justicia.

En este sentido, vale recalcar que el surgimiento de este estándar fue una creación de oficio por parte del tribunal arbitral en el caso *Chevron*, pues ni en los argumentos de *Chevron* ni en los de Ecuador se pretendió otorgarle a esta cláusula un entendimiento distinto al de denegación de justicia⁴⁹. De hecho, el 8 junio 2010, dos meses después de haberse dictado el laudo parcial sobre méritos, el gobierno ecuatoriano envió una nota diplomática a EE UU (No. 135238–GM/2010) en la que manifestó su discrepancia respecto a la interpretación realizada por el tribunal arbitral sobre el alcance del Art. II

⁴⁷ J. Wirth, *op. cit.*, p. 327.

⁴⁸ Traducción libre. J. Álvarez, “14th Annual Herbert Rubin and Justice Rose Luttan Rubin International Law Symposium: A Special Tribute to Andreas Lowenfeld: A Bit On Custom”, 42 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 17, 32 (2009), pp. 32 ss, cit. por J. Wirth, p. 353.

⁴⁹ *Vid.* Entrevista realizada a Álvaro Galindo por la Revista *Líderes*. Disponible en: <http://www.revistalideres.ec/lideres/alvaro-galindo-sistemas-proteccion-inversiones.html>: “Ese Tribunal Arbitral, sin que las partes lo hayan siquiera argumentado, consideró que la cláusula de garantizar el acceso a un medio eficaz para resolver las desavenencias era un estándar en el tratado, distinto al estándar de denegación de justicia. Esto fue una invención del Tribunal porque ninguna de las partes, ni *Chevron* ni el Estado ecuatoriano, alegaron que esta cláusula tuviera la categoría distinta al estándar del derecho internacional de la denegación de justicia. Y más aún, sin que las partes hayan tenido la oportunidad de discutir en el proceso la interpretación que finalmente le dio el Tribunal a dicha cláusula”.

(7) del TBI⁵⁰. Además, Ecuador expuso la siguiente interpretación que, como Estado parte del TBI, tenía sobre dicho artículo:

“1. Las obligaciones en aplicación del Art. II(7) del Tratado no son mayores a las que se requiere implementar en virtud de las normas del derecho internacional consuetudinario;

2. El requerimiento del Art. II(7) de proveer medios efectivos se refiere a la provisión de un marco o sistema bajo el cual los reclamos pueden ser interpuestos y se puede hacer valer los derechos, pero no crea la obligación para las Partes al [sic] Tratado, de asegurar que el marco o sistema previsto sea efectivo en casos particulares”⁵¹.

A su vez, Ecuador solicitó a EE UU que confirme si estaba de acuerdo con dicha interpretación. Sin embargo, el gobierno norteamericano tan solo respondió que se encuentra “estudiando las opiniones expresadas en su carta y tomando en consideración los asuntos [...] esperamos seguir en contacto”⁵².

A pesar de que EE UU no se pronunció respecto al alcance del art. II(7) del TBI, es importante notar que jamás rechazó la interpretación realizada por el Estado ecuatoriano. Si la interpretación propuesta por Ecuador hubiese sido realmente contraria a la intención de las partes, o si hubiese sido evidente desde un inicio que a través del art. II(7) se buscaba crear un nuevo estándar de protección, entonces lo más sensato –por decir lo menos– hubiese sido rechazar la interpretación que Ecuador puso a consideración de EE UU. Además, recordemos que, en el mismo laudo parcial sobre méritos, el tribunal del caso *Chevron* –citando a Vandeveld– señala que en un inicio:

“[...] el párrafo 7 del art. II era una norma independiente del tratado que tenía como objetivo corregir la falta de claridad en el derecho internacional consuetudinario en materia de denegación de justicia [pero][...] esta disposición se suprimió posteriormente del Modelo TBI de los EE UU, cuando los redactores consideraron que otras disposiciones del TBI y del Derecho internacional consuetudinario proporcionaban una protección adecuada y que ya no era necesaria una obligación separada del tratado, como lo demuestra la referencia a los “medios efectivos” en el preámbulo y la referencia expresa a la denegación de justicia en el estándar de trato justo y equitativo (énfasis añadido)”⁵³.

Todo esto nos invita a cuestionarnos si realmente la resolución del caso *Chevron* –y en consecuencia la del caso *White Industries*– es fiel a la intención de los Estados parte o si por el contrario es una creación antojadiza por parte de los tribunales en estos casos.

⁵⁰ Vid. A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco y P. Turrini, *Derecho internacional de las inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas*, Leiden, BRILL, 2016, pp. 221 ss.

⁵¹ Nota diplomática No. 135238–GM/2010 enviada por Ecuador a EE UU, 8 junio 2010, pág. 11. Citado en: *Ecuador v. EE UU*, Case No. 2012–5. Opinión de experto de Chittharanjan Felix Amerasinghe, 23 mayo 2013, pág. 6. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1116.pdf> (acceso: 25/nov/2016).

⁵² Contestación a la nota diplomática enviada por Ecuador, citada en: A. Tanzi. *op. cit.*, p. 222 y en el párrafo 7 de la opinión de experto emitida por Chittharanjan Felix Amerasinghe.

⁵³ Traducción libre. Caso *Chevron*. Laudo parcial sobre méritos, *cit.*, pág. 243.

IV. El estándar de medios efectivos en relación con otros estándares de protección

Tal como se evidenció con anterioridad, la existencia de un estándar autónomo de medios efectivos es discutible en la medida en la que no existe certeza sobre si las partes realmente lo concibieron de este modo. Es por ello que la pregunta central al momento de determinar la pertinencia de la creación de este estándar es si realmente el Derecho Internacional de las Inversiones necesita de un nuevo estándar de protección.

En esta sección se comparará el alcance del estándar de medios efectivos con tres otros estándares de protección, los que, a nuestro criterio, están relacionados, de uno u otro modo, con la protección de los derechos del inversionista para acceder al sistema judicial del Estado receptor. En primer lugar, se realizará el análisis respecto al estándar de protección y seguridades plenas. En segundo lugar, frente al estándar de trato justo y equitativo y, finalmente, en relación a denegación de justicia. De este modo podrá determinarse si la creación del estándar de medios efectivos fue realmente necesaria, o si por el contrario, existen otros estándares de protección suficientes e idóneos para proteger al inversionista.

1. Entre el estándar de medios efectivos y el estándar de protección y seguridades plenas

El estándar de protección y seguridades plenas, ha sido considerado, en su origen, como la protección a la integridad física del inversionista frente a cualquier acto que la pueda comprometer⁵⁴. Este estándar se ha desarrollado como una protección que forma parte del Derecho internacional consuetudinario, y forma parte de los estándares que se deben respetar al momento de proteger a un inversionista.

“Es un requisito del Derecho internacional consuetudinario con respecto al trato de los extranjeros que un Estado proporcione un nivel mínimo de seguridad interna y de orden público. Por lo tanto, el Derecho internacional consuetudinario requiere que un Estado proporcione un nivel mínimo de protección física para las personas y los bienes dentro de su territorio. Como se discute más adelante, el incumplimiento de este requisito con respecto a las personas y bienes de los extranjeros viola el estándar de protección y seguridades plenas”⁵⁵.

Por su importancia ha devenido en un estándar complejo ya que su vulneración no se verifica mediante responsabilidad directa y positiva. Por el contrario, no toda afectación a la seguridad física genera una violación del Estado a su obligación de otorgar al inversionista protección y seguridades plenas. Así, este estándar no es una garantía absoluta de la integridad física del

⁵⁴ Vid. R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 149–152.

⁵⁵ “U.S. Interpretation of Denial of Justice”, *Am. J. Int'l L.* (2002), p. 708.

inversionista o de la inversión. El tribunal arbitral en el caso *CME v. República Checa* estuvo de acuerdo con esta posición y estableció que:

“El requisito de proporcionar seguridad y protecciones plenas no se puede interpretar como una garantía de que la propiedad no será, en ninguna circunstancia, ocupada o perturbada. Asimismo, la obligación de proporcionar a los nacionales del otro Estado contratante de un TBI “plena protección y seguridad” no es una obligación absoluta en el sentido de que una violación de la misma crea automáticamente una ‘responsabilidad estricta’ en nombre del Estado anfitrión. Un gobierno sólo está obligado a proporcionar protección que sea razonable dentro de cada circunstancia”⁵⁶.

En este sentido, cada Estado debe tomar todas las medidas necesarias para proteger las inversiones, con independencia de las exigencias de su legislación nacional o los mecanismos que esta proporcione para ello. Asimismo, es indiferente si la amenaza en contra de la inversión se deriva de las propias acciones del Estado o de las acciones de particulares o de terceros. Este estándar impone una obligación de vigilancia en virtud de la cual el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno disfrute de la protección y seguridad de la inversión extranjera⁵⁷.

Conforme a lo dicho anteriormente, dentro del caso *Wena Hotels v. Egipto*, el tribunal determinó que:

“Egipto violó la obligación que le impone el art. 2 (2) del Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión de otorgar a la inversión de Wena “trato justo y equitativo” y “plena protección y seguridad”. Aunque no está claro qué funcionarios egipcios que no sean funcionarios de Egypt Hydrocarbon Corporation (EHC) participaron directamente en las incautaciones del 1 abril 1991, existen pruebas sustanciales de que Egipto estaba al tanto de las intenciones de EHC de apoderarse de los hoteles y no tomó medidas para evitar que EHC no lo hiciera. Además, una vez que ocurrieron las incautaciones, tanto la policía como el Ministerio de Turismo no tomaron ninguna medida inmediata para devolver el control de los hoteles inmediatamente a Wena. Por último, Egipto nunca impuso sanciones sustanciales a EHC ni a sus altos funcionarios, lo que sugiere que Egipto aprobó las acciones de EHC”⁵⁸.

El estándar de protección y seguridades plenas, entonces, deviene, como se dijo anteriormente, en la obligación del Estado receptor de garantizar la protección y la seguridad de la inversión. Esta obligación requiere que el Estado tome todas las medidas necesarias para asegurar el correcto desarrollo de la inversión dentro de su territorio.

Sin embargo, conforme se ha ido desarrollando este estándar, se ha determinado que, además de la obligación antes mencionada, este también incorpora protección legal y seguridad jurídica. El Estado debe garantizar la protección legal frente a hechos que atentan contra la inversión. En este sen-

⁵⁶ Traducción libre. *CME República Checa B.V. v. República Checa*. Laudo parcial, 13 septiembre 2001, pár. 353.

⁵⁷ *American Manufacturing & Trading, Inc. v. República del Zaire*. Caso No. ARB/93/1. Laudo final, 21 febrero 1991, pár. 6.0.5.

⁵⁸ Traducción libre. *Wena Hotels Ltd. v. República de Egipto*. Caso No. ARB/98/4. Laudo final, 8 diciembre 2000, pár. 84.

tido, dentro del caso *CME v. República Checa*, se determinó que “el Estado receptor está obligado a garantizar que ni por enmienda de sus leyes ni por acciones de sus órganos administrativos se acuerde y apruebe la seguridad y protección de la inversión del inversor extranjero retirada o devaluada”⁵⁹.

Asimismo, dentro del caso *Azurix v. Argentina*, el tribunal arbitral concluyó que el estándar de protección y seguridades plenas no puede entenderse únicamente como seguridades físicas, sino que debe darse una interpretación más amplia. En este sentido, estableció que:

“[...] Se entiende que la protección y seguridades plenas van más allá de la protección y la seguridad garantizadas por la policía. No es sólo una cuestión de seguridad física; la estabilidad proporcionada por un entorno de inversión seguro es igual de importante desde el punto de vista de un inversionista. [...] [C]uando los términos “protección y seguridad” están calificados por “plenas” y ningún otro adjetivo o explicación, amplían, en su sentido corriente, el contenido de esta norma más allá de la seguridad física⁶⁰”.

Dentro del caso *Siemens v. Argentina* se estableció que la obligación de proporcionar al inversionista protección y seguridades plenas es más amplia que la seguridad física. La decisión del tribunal se basa en el concepto de inversión, que incluye activos materiales e inmateriales. Resulta difícil, entonces, comprender cómo se puede garantizar protección y seguridad a un activo intangible. Bajo este análisis, el tribunal concluyó que:

“De manera general y con base en la definición de inversión, que incluye los activos materiales e inmateriales, el Tribunal considera que la obligación de proporcionar protección y seguridad plenas es más amplia que la protección y la seguridad “física”. Es difícil entender cómo se lograría la seguridad física de un activo intangible. En el presente caso, la “seguridad” está calificada por “legal”⁶¹.

En consecuencia, dentro de este mismo caso, los árbitros dieron una definición a la protección legal que forma parte del estándar de protección y seguridades plenas. Así, concluyeron que:

“En su sentido corriente, la “seguridad legal” se define como “la calidad del sistema jurídico que implica certidumbre en sus normas y, en consecuencia, su aplicación previsible”. Es evidente que en el contexto de este significado el Tratado se refiere a la seguridad que no es física. De hecho, se puede cuestionar la calificación del término “seguridad”, si el Tratado cubre la seguridad física en absoluto⁶²”.

Una vez que se ha definido el alcance del estándar de protección y seguridades plenas, es importante analizar las similitudes y diferencias que existen con el estándar de medios efectivos. Con base en esta comparación, se podrá

⁵⁹ Traducción libre. Citado en: *Azurix Corp. v. República Argentina*. Caso No. ARB/01/12. Laudo final, 14 julio 2006, párr. 395.

⁶⁰ Traducción libre. *Id.*, párr.408.

⁶¹ Traducción libre. *Siemens A.G. v. República Argentina*. Caso No. ARB/02/8. Laudo final, 17 enero 2007, párr. 303.

⁶² Traducción libre. *Ibid.*

analizar si este último es un estándar autónomo o puede ser concebido como un estándar interdependiente del estándar de protección y seguridades plenas. Es necesario puntualizar, que la comparación que se realizará a continuación será únicamente con respecto a la protección legal que forma parte de este estándar.

Como se mencionó anteriormente, el estándar de medios efectivos busca garantizar al inversionista que sus reclamaciones van a ser procesadas dentro de la justicia interna y que sus derechos se van a garantizar dentro del ordenamiento jurídico del país receptor. Es así, que a partir del concepto y alcance de este estándar de protección, podemos concluir que el estándar de medios efectivos protege al inversionista de la negativa del estado a tramitar un proceso que se lleve a cabo dentro de su jurisdicción, o el retardo injustificado por parte del poder judicial del estado para tramitar sus reclamaciones.

El estándar de protección y seguridades plenas, protege y garantiza, tal como lo determinaron los tribunales arbitrales antes mencionados, la calidad del sistema jurídico, otorgando certidumbre en sus normas y previsibilidad en su aplicación. El estado receptor de la inversión está obligado a garantizar seguridad jurídica al inversionista y a que las acciones de sus órganos estatales no mermen a la seguridad e integridad de la inversión.

Como se puede observar, la protección que legitima el estándar de medios efectivos se encuentra abarcada por lo establecido dentro de la protección y seguridades plenas. Las posibles acciones estatales que forman parte del estándar de medios efectivos son parte de los actos del Estado que se consideran como violatorios al estándar de protección y seguridades plenas. Cualquier negación a tramitar un proceso iniciado por un inversionista, o cualquier retraso injustificado dentro del mismo proceso son considerados como una imprevisibilidad en la aplicación en la norma y una acción de un órgano estatal que merma la seguridad e integridad de la inversión. Una vez analizado y comparado el estándar de medios efectivos con el estándar de protección y seguridades plenas, hemos llegado a la conclusión que las acciones que resultan violatorias para el primero, se subsumen en las del segundo.

2. Entre el estándar de medios efectivos y el estándar de trato justo y equitativo

Dentro del Derecho de las inversiones y su resolución de controversias, el objeto de la mayor cantidad de disputas en esta materia, en los últimos años, ha sido el incumplimiento del trato justo y equitativo. Este estándar, se ha convertido en una protección trascendental dentro del Derecho Internacional y se ha establecido en una gran cantidad de instrumentos internacionales, en especial en TBIs⁶³. Sin embargo, y a pesar de la importancia que ha desarrollado dentro del ordenamiento jurídico internacional, el estándar de trato justo y equitativo no tiene un concepto determinado y se ha adaptado a

⁶³ Vid. R. Dolzer y C. Screuer, *op. cit.*, pp.119–121.

las circunstancias de cada caso. Así lo estableció el tribunal arbitral en el Caso *Mondev v. EE UU*:

“No se puede llegar a un juicio de lo justo y equitativo en abstracto; debe depender de los hechos del caso particular. Es parte del rol esencial de las cortes y tribunales hacer juicios como estos. Al hacerlo, los principios generales a que se refiere el art. 1105, apartado 1, y disposiciones similares deben inevitablemente interpretarse y aplicarse a los hechos concretos⁶⁴”.

En este sentido, el trato justo y equitativo se ha desarrollado como un estándar que no está dotado de un significado intrínseco, sino que es más bien un estándar de carácter integrador y dinámico⁶⁵. Sin embargo, a través de las decisiones arbitrales a violaciones de este estándar, parece que han surgido ciertos patrones de unificación del concepto de trato justo y equitativo, que conforman su *topoi*. Estos patrones se basan en el aumento de casos que se relacionan con esta protección y en el espectro de hechos que se subsumen en una posible violación al estándar, definiciones abreviadas dadas por las partes y por los tribunales; y, la referencia a decisiones dictadas por tribunales anteriores⁶⁶. Los tribunales suelen referirse a estos elementos como fuente sobre los cuales puede decidirse un caso específico y, a través de los cuales, se puede llegar a tener una mayor precisión en la definición del estándar. Aunque los tribunales arbitrales todavía no emplean un significado plenamente coherente y uniforme, este *topoi* se vuelve cada vez más aceptado y elaborado en la jurisprudencia arbitral⁶⁷.

A través de la creación de un conjunto de conceptos comunes, se han desarrollado cinco elementos que forman parte del *topoi* del estándar de trato justo y equitativo. A continuación, se analizará cada elemento por separado:

A) Legítimas expectativas

Las legítimas expectativas consisten en la obligación del estado receptor de la inversión de cumplir las promesas y acuerdos planteados al inversionista, y sobre los cuales el inversionista ha confiado, en el momento en el que se pactó el acuerdo de inversión. Se busca proteger la estabilidad y las condiciones jurídicas que rigen al momento en el que el inversionista decidió establecer la inversión dentro del país receptor.

“A menudo se dice que el trato justo y equitativo requiere la protección de las legítimas expectativas del inversionista. La protección de tales expectativas cubre el cumplimiento de las promesas y pactos que se han dado al inversionista y sobre los cuales el inversionista ha confiado. En este contexto, los tribunales arbitrales también han determinado que la protección de estas expectati-

⁶⁴ Traducción libre. *Mondev International Ltd. v. EE UU*. Caso No. ARB(AF)/99/2. *Laudo final*, 11 octubre 2002, pár. 118.

⁶⁵ R. Klager, *Fair and Equitable Treatment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 115.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Id.*, pp.116.

vas está estrechamente vinculada con un cierto nivel de estabilidad y coherencia en el marco jurídico del Estado receptor”⁶⁸.

En este sentido, varios tribunales arbitrales en materias de inversiones han apoyado esta interpretación del estándar de trato justo y equitativo. Las legítimas expectativas han sido establecidas como un elemento constante dentro del concepto de este estándar. Dentro del caso *CMS v. Argentina*, el tribunal arbitral concluye que:

“Por lo tanto, no cabe duda de que un entorno jurídico y empresarial estable es un elemento esencial del trato justo y equitativo. De hecho, las medidas denunciadas transformaron y modificaron completamente el entorno jurídico y empresarial en el que se decidió y realizó la inversión. [...] Además de los términos específicos del Tratado, el significativo número de tratados bilaterales y multilaterales que han abordado esta norma también demuestra inequívocamente que el trato justo y equitativo es inseparable de la estabilidad y la previsibilidad. No se trata de determinar si el marco jurídico debe congelarse, ya que siempre puede evolucionar y adaptarse a las circunstancias cambiantes, pero tampoco se trata de si el marco se puede prescindir completamente cuando se han adoptado compromisos específicos en sentido contrario”⁶⁹.

Asimismo, el tribunal arbitral en el caso *Tecmed v. México* determinó que:

“[...] el inversionista extranjero espera que el Estado anfitrión actúe de manera consistente, libre de ambigüedad y de forma totalmente transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, para que conozca de antemano todas las normas y reglamentos que rigen sus inversiones, así como los objetivos de las políticas y prácticas administrativas pertinentes o directivas, para poder planificar su inversión y cumplir dichas regulaciones”⁷⁰.

El trato justo y equitativo, entonces, protege estas garantías o compromisos que un estado receptor ha generado para con el inversionista con el fin de inducir a la inversión en su país. Estas deben ser analizadas al momento de la inversión, y determinar qué fue lo que llevó al inversionista a realizar la inversión en el estado receptor. Las legítimas expectativas y la legislación del estado receptor están directamente vinculadas, ya que los compromisos y acuerdos que han inducido al inversor a realizar la inversión muchas veces se ven establecidas en esta.

B) Transparencia

El estándar de trato justo y equitativo, también protege al inversionista y le garantiza que el sistema legal donde va a operar tiene que ser claro y accesible para este. El inversionista tiene que conocer y tener todos los medios para acceder a las normas jurídicas del país receptor de la inversión que van a regular el desarrollo de su inversión. La transparencia en el ordenamiento

⁶⁸ Traducción libre. *Ibíd.* p. 117.

⁶⁹ Traducción libre. *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina. Caso No. ARB/01/8*. Laudo final, 12 mayo 2005, pár. 274–277.

⁷⁰ Traducción libre. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. México. Caso No. ARB(AF)/00/2*. Laudo final, 29 mayo 2003, pár. 154.

jurídico para con el inversionista es un elemento del *topoi* del trato justo y equitativo⁷¹. La transparencia en este sentido requiere que el marco jurídico y los procedimientos relacionados con la inversión del Estado anfitrión sean fácilmente accesibles para el inversor⁷². El tribunal arbitral, dentro del caso *Metalclad v. México*:

“[...] entiende que esto incluye la idea de que todos los requisitos legales pertinentes con el fin de iniciar, completar y operar con éxito las inversiones realizadas o previstas en virtud del Acuerdo deben poder ser fácilmente conocidos por todos los inversores afectados por la otra parte. No debe haber lugar para la duda o la incertidumbre sobre tales asuntos”⁷³.

En este mismo sentido, dentro del caso *Maffezini v. Reino de España*, el tribunal determinó que España, al modificar la carga de la prueba, en el juicio civil que el señor Maffezini tenía en su contra:

“[...] equivalía a un incumplimiento por parte de España de su obligación de proteger la inversión prevista en el art. 3, apartado 1, del Tratado Bilateral de Inversión Argentina–España. Por otra parte, la falta de transparencia con que se llevó a cabo esta operación de préstamo es incompatible con el compromiso de España de garantizar al inversionista un trato justo y equitativo de conformidad con el apartado 1 del art. 4 del mismo tratado”⁷⁴.

Es así, que el Estado, a través del trato justo y equitativo, está obligado a actuar

“[...] de forma coherente, libre de ambigüedad y totalmente transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, para que conozca de antemano todas las normas y reglamentos que rijan sus inversiones, así como los objetivos de las políticas y prácticas administrativas o directivas, para poder planificar su inversión y cumplir dichas normas. Todas y cada una de las acciones estatales que se ajusten a dichos criterios deben referirse no sólo a las directrices, directivas o requisitos emitidos, ni a las resoluciones aprobadas en virtud de los mismos, sino también a los objetivos subyacentes a dichos reglamentos”⁷⁵.

C) No discriminación

El estándar de trato justo y equitativo también impide tratos diferenciales para con el inversionista desde dos perspectivas: (i) el inversionista debe ser tratado de igual manera que otro inversionista en las mismas circunstancias, y (ii) eliminar toda actuación arbitraria de los estados en contra del inversionista. Así:

“También puede encontrarse un trato injusto e inequitativo debido a las diferentes formas de discriminación de las autoridades estatales con respecto a un inversionista extranjero. Por lo tanto,

⁷¹ R. Klager, *Fair and Equitable Treatment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011. p. 118.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Traducción libre. *Metalclad Corporation v. México*. Caso No. ARB(AF)/97/1. Laudo final, 30 agosto 2000, párr. 76.

⁷⁴ Traducción libre. *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*. Caso No. ARB/97/1. Laudo final, 13 noviembre 2000, párr. 82.

⁷⁵ Traducción libre. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. México*, cit., párr. 154.

los tribunales arbitrales no sólo comparan los tipos de trato otorgados a los diferentes inversionistas, sino que también examinan si la acción estatal involucra arbitrariedad o acoso⁷⁶”.

Dentro del caso *CMS v. Argentina*, el tribunal determinó que:

“El estándar de protección contra la arbitrariedad y la discriminación guarda relación con el de trato justo y equitativo. Cualquier medida que implique arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria al trato justo y equitativo. El estándar se relaciona a continuación con el deterioro: la gestión, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión o disposición de la inversión debe verse afectada por las medidas adoptadas⁷⁷”.

Aplicando lo dicho por este tribunal arbitral, dentro del caso *Nykomb Synergetics Technology Holding v. Latvia*, el tribunal determinó que Latvia había violado su obligación de otorgarle un trato no discriminatorio al inversionista debido a que:

“[...] si el Demandado ha documentado poco o nada los criterios o la metodología utilizados para fijar el multiplicador, o hasta qué punto Latvenergo está autorizado a aplicar multiplicadores distintos de los documentados en este arbitraje. Por otra parte, toda la información de que dispone el Tribunal sugiere que las tres empresas son comparables y sujetas a las mismas leyes y reglamentos. En particular, esta parece ser la situación con respecto a Latelektro–Gulbene y Windau. En tal situación, y de conformidad con el derecho internacional establecido, la carga de la prueba recae en el Demandado para demostrar que no ha habido discriminación alguna o está ocurriendo. El Tribunal Arbitral considera que dicha carga de la prueba no se ha cumplido y, por tanto, concluye que Windau ha sido objeto de una medida discriminatoria en violación del art. 10, apartado 1⁷⁸”.

En definitiva, el trato justo y equitativo previene cualquier trato diferencial por parte del Estado. El inversionista extranjeros debe ser tratado de la misma manera que cualquier otro inversionista en las mismas circunstancias, eliminando así toda actuación arbitraria por parte de los Estados.

D) Procesos justos

El Estado, dentro del cumplimiento del estándar de trato justo y equitativo, tiene la obligación de mantener y proveer, a los inversionistas, un sistema de justicia justo y efectivo. Así, lo determinó el profesor Christopher Greenwood, en su opinión de experto dentro del caso *Loewen v. EE UU*, al establecer que la ley impone al Estado la obligación “de mantener y poner a disposición de los extranjeros un sistema justo y eficaz de justicia⁷⁹”. De igual manera, dentro de este mismo caso, el profesor James Crawford estableció que “también hay casos en los que la obligación es tener un sistema de un cierto

⁷⁶ Traducción libre. R. Klager, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁷ Traducción libre. *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, *cit.*, p. 290.

⁷⁸ Traducción libre. *Nykomb Synergetics Technology Holding A.B. v. República de Latvia*. Laudo final, 16 diciembre 2003. Secc. 4.3.2.

⁷⁹ Traducción libre. Citado en: *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen v. United States of America*. Case No. ARB(AF)/98/3. Laudo final, 26 junio 2003, p. 129.

tipo —como por ejemplo— la obligación de proporcionar un sistema justo y eficaz de justicia”⁸⁰.

Dentro del caso *Mondev v. EE UU* el tribunal concluyó que

“Al final, la cuestión es si, a nivel internacional y teniendo en cuenta las normas generalmente aceptadas de la administración de justicia, un tribunal puede concluir a la luz de todos los hechos disponibles que la decisión impugnada era claramente improcedente y desacreditada, con el resultado que la inversión ha sido objeto de trato injusto e inequitativo. Este es, sin duda, un estándar amplio, pero puede ser que en la práctica no se pueda ofrecer una fórmula más precisa para cubrir el abanico de posibilidades”⁸¹.

El estándar de trato justo y equitativo, entonces, “exige que los procedimientos judiciales y administrativos se configuren y ejerzan de manera que dé al inversionista la posibilidad de hacer valer adecuadamente sus derechos e intereses”⁸².

E) Proporcionalidad

Dentro del concepto de trato justo y equitativo, y como último elemento del *topoi* de este estándar, se encuentra la proporcionalidad de las medidas tomadas por el Estado. Ello debido a que “[...] trato justo y equitativo es una norma amplia y ampliamente aceptada que abarca normas fundamentales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad”⁸³. La proporcionalidad es considerada como la razonabilidad de las medidas, tomadas por el Estado receptor de la inversión, que pueden afectar al inversionista.

Dicha razonabilidad se analiza a través de las necesidades del Estado y el objetivo por el cuál la medida fue tomada. Asimismo, se debe analizar el balance de la acción estatal, ya que dentro de esta tanto el inversionista como el Estado tienen que asumir la afectación que se produce. En este sentido

“[...] además de un objetivo legítimo de interés público, debe existir ‘una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido’; de suerte que no existiría proporcionalidad si la persona implicada ‘soporta una carga individual y excesiva’”⁸⁴.

A este respecto, cualquier medida tomada por parte del Estado, que devenga que en una carga excesiva para el inversionista, debe ser considerada como una violación al estándar de trato justo y equitativo.

⁸⁰ Traducción libre. *Ibid*, p. 153.

⁸¹ Traducción libre. *Mondev International Ltd. v. EE UU*, cit., p. 127.

⁸² Traducción libre. R. Klager, *op. cit.*, p. 118.

⁸³ Traducción libre. *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. Chile*. Caso No. ARB/01/7. Laudo final, 25 mayo 2004, p. 109.

⁸⁴ Traducción libre. *Saluka Investments B.V. v. República Checa*. Laudo parcial, 17 marzo 2006, p. 460.

3. Comparación entre el estándar de medios efectivos y el estándar de trato justo y equitativo

El estándar de trato justo y equitativo no tiene un concepto determinado, y se ha ido desarrollando y adaptando al caso concreto, lo que ha permitido, que a través de la jurisprudencia se determine un concepto más certero de lo que abarca esta protección. Como se mencionó anteriormente, el trato justo y equitativo abarca protecciones de distinta índole, que se fueron desarrollando a partir de su *topoi*. Así, este estándar comprende protecciones tales como: proteger la estabilidad y las condiciones jurídicas que rigen al momento en el que el inversionista decidió establecer la inversión dentro del país receptor; la obligación de mantener y proveer, a los inversionistas, un sistema de justicia justo y efectivo; y, la obligación de eliminar toda actuación arbitraria de los estados en contra del inversionista.

Por otro lado, el estándar de medios efectivos busca garantizar al inversionista mecanismos mediante los cuales sus reclamaciones y sus derechos se vean salvaguardados dentro del ordenamiento jurídico del país receptor de la inversión. Las manifestaciones del trato justo y equitativo mencionadas abarcan las garantías y protecciones que promueve el estándar de medios efectivos. Los actos que se subsumen dentro de las posibles violaciones a este estándar se subsumen en cualquier acción del Estado que viole sus obligaciones internacionales bajo este estándar. A tal punto llega esta similitud que en el caso *Petrobart v. Kyrgyz* el tribunal arbitral al analizar si el Estado violó la cláusula de medios efectivos, resolvió lo siguiente:

“[...] El Tribunal estuvo de acuerdo con ese argumento, pero no proporcionó un análisis sustantivo sobre la forma en que esta conducta constituía una violación de la cláusula de medios efectivos. Más bien, el Tribunal resolvió la diferencia al constatar que la injerencia del gobierno de Kirguistán en el sistema judicial violaba una disposición diferente del Tratado de la Carta de la Energía sobre el trato justo y equitativo”⁸⁵.

En conclusión, se evidencia que el estándar de medios efectivos se puede tratar como una derivación del estándar de trato justo y equitativo. En consecuencia, nos resulta un tanto sorprendente que se trate al primero como un estándar autónomo e independiente.

4. Entre el estándar de medios efectivos y el estándar de denegación de justicia

En el marco del Derecho internacional público, los Estados están obligados a garantizar a los extranjeros el acceso a la justicia. Esta obligación se traduce en el compromiso de no denegación de justicia. Visscher describe a la denegación de justicia como “cualquier defecto en la organización o ejerci-

⁸⁵Traducción libre. *Petrobart Ltd. v. Kyrgyz Republic*. Case No. 126/2003. *Laudo final*, 29 marzo 2005, pár. 26. Citado en: J. Wirth, *op. cit.*, p.335.

cio de la función jurisdiccional que implique el incumplimiento del Estado a su deber internacional de extender protección judicial a los extranjeros⁸⁶.

Si bien la definición de Visscher es sumamente amplia, en la medida en la que se refiere a “cualquier defecto”, Paulsson la delimita al establecer que “la premisa básica del estándar de denegación de justicia es que un Estado incurre en responsabilidad internacional si administra sus leyes a los extranjeros de una manera fundamentalmente injusta”⁸⁷. En este mismo sentido, Focarelli afirma que se genera denegación de justicia a través de “cualquier grave error por parte de los tribunales nacionales como consecuencia del mal funcionamiento del sistema judicial del Estado”⁸⁸.

En efecto, para que se configure el supuesto de denegación de justicia se exige, internacionalmente, que la actitud del Estado ante el reclamo del inversionista sea grave y denote una falla indiscutible. De hecho, es por esta misma razón que el estándar de denegación de justicia exige, por regla general, el agotamiento de los recursos internos del Estado receptor. Al respecto, Paulsson explica que “el agotamiento de los recursos internos en el contexto de la denegación de justicia no es, pues, una cuestión de procedimiento o de admisibilidad, sino un elemento material inherente al delito”⁸⁹. De igual modo, Zachary Douglas afirma que:

[...] los Estados han aceptado uniformemente la inevitabilidad de ese error incorporando mecanismos correctivos dentro de sus sistemas de adjudicación y el derecho internacional refuerza dichos mecanismos de corrección haciendo que la regla de finalidad constituya un elemento constitutivo de la responsabilidad con respecto al incumplimiento en la adjudicación interna de justicia⁹⁰.

En consecuencia, “[n]o hay denegación de justicia si no se ha solicitado la reparación por todos los medios regulares que ofrece el régimen judicial de la nación en que se ha perpetrado la ofensa”⁹¹. Cabe señalar que cierto sector de la doctrina sostiene que el agotamiento de los recursos internos no es un requisito *sine quo non* para que se configure la denegación de justicia. Así, Freeman considera que “[...] el agotamiento de los recursos internos [...] no es parte de los fundamentos sobre los que se basa una demanda [...], la denegación de justicia constituye los motivos y las condiciones de la reclama-

⁸⁶ Traducción libre. C. Visscher, “Le déni de justice en droit international”, *Recueil des cours*, t. 54, 1935, pp. 370 ss, esp. p. 390. Citado en A. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longman, 1938.

⁸⁷ Traducción libre. J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, *cit.*, p.4.

⁸⁸ Traducción libre. C. Focarelli, “Denial of Justice”, *Oxford Public International Law* (2013), p.1.

⁸⁹ Traducción libre. J. Paulsson, *op. cit.*, p.8.

⁹⁰ Traducción libre. Z. Douglas. “International Responsibility For Domestic Adjudication: Denial Of Justice Deconstructed”, *Int'l Comp. L. Q.* (2014), p.12.

⁹¹ R. Seijas, *Derecho Internacional Hispanoamericano Público y Privado*, Nacional, 1884. Citado en: J. Muñoz. *Responsabilidad del Estado por denegación de justicia*. UNAM, 2010. [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2700/71.pdf>] (acceso: 28/nov/2016).

ción⁹². Sin perjuicio de esta discusión jurídica⁹³, dentro de los límites de este trabajo es importante tomar en consideración que no toda actuación judicial ineficiente dentro de un Estado es necesariamente una denegación de justicia, sino que a nivel internacional existen varias exigencias que deben concurrir para que se configure responsabilidad.

Una vez que se ha proporcionado un concepto general sobre el estándar de denegación de justicia, es importante analizar las diferencias que existen respecto al estándar de medios efectivos. Tal como se evidenció con anterioridad, el estándar de medios efectivos busca proteger al inversionista de la ineficiencia en los recursos judiciales internos del Estado receptor. Sin embargo, la protección ante el retardo en el sistema judicial se encuentra contenida, en cierta medida, en el estándar de denegación de justicia.

Para que se constituya denegación de justicia el inversionista debe probar la existencia de un acto que derive de "la atrocidad, mala fe y negligencia deliberada frente a la acción de cualquier tercero razonable"⁹⁴. Ahora bien "esta atrocidad puede ser causada por una denegación total del acceso a los procedimientos internos, a través de decisiones manifiestamente injustas, o, [...] por demora indebida en procedimientos internos"⁹⁵. En efecto "la denegación de justicia incluye no sólo la negativa de una autoridad judicial a ejercer sus funciones y, en particular, la decisión sobre la solicitud que se le presente, sino también los retrasos injustificados en la resolución del caso"⁹⁶.

Así lo ha reconocido también el art. 9 del Borrador de la Convención sobre la Responsabilidad de los Estados por el Daño Generado en su Territorio a Personas o a su Propiedad, elaborado por la universidad de Harvard. Dicho artículo establece que:

"[...] se configura denegación de justicia cuando existe denegación, retraso injustificado u obstrucción al acceso a los tribunales, grave deficiencia en la administración de los procesos judiciales, incumplimiento de las garantías generalmente consideradas indispensables para la correcta administración de la justicia, o un juicio manifiestamente injusto. Un error de un tribunal nacional que no produce injusticia manifiesta no es una denegación de justicia"⁹⁷.

⁹² Traducción libre. A. Freeman. *Op. Cit.*, p.407. Citado en: U. Kriebaum, *Local Remedies and the Standar for the Protection of Foreign Investment.*, p. 425. En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁹³ Para mayor información sobre la necesidad de agotar recursos internos *vid.* U. Kriebaum, *Local Remedies and the Standar for the Protection of Foreign Investment.*, p. 461. En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009 y Z. Douglas, "International Responsibility For Domestic Adjudication: Denial Of Justice Deconstructed", *Int'l Comp. L. Q* (2014).

⁹⁴ Traducción libre. *Chattin v. Mexico. Laudo final*, 19 marzo 2014. Citado en: A. Karrema y K. Dharmananda, *loc. cit.*, p.123.

⁹⁵ Traducción libre. *Ibid.*

⁹⁶ Traducción libre. A. Fabiani (no. 1) (*France v. Venezuela*), Moore, Arbitrations, 4878, p.4895. Citado en J. Paulsson, *op. cit.*, p. 177.

⁹⁷ Traducción libre. *Harvard Law School, Research in International Law, II, Responsibility of States (Cambridge, MA, 1929)*, p. 134; *Am. J. Int'l L.*, vol. 23, 1929, pp. 133 ss, esp. p. 173 (*Special supplement*). Citado en: J. Paulsson, *op.cit.*, p. 96.

El retraso en la administración de justicia ha sido incluso considerado como una afectación más perjudicial que la propia denegación. Ello debido a que “los retrasos pueden ser ‘aún más ruinosos’ que la negativa absoluta de acceso, ya que en esta última situación el demandante sabe dónde se encuentra y actúa conforme a ello, ya sea buscando una intervención diplomática o explorando vías judiciales directas”⁹⁸. Este criterio es compartido por Freeman, quien considera que “[...] los retrasos irrazonables deben asimilarse a las negaciones absolutas de acceso a la justicia [...] [pues] en algunos aspectos un retraso [...] es incluso más ruinoso que una negativa absoluta de acceso o un rechazo indebido”⁹⁹.

A pesar de ello, el retraso debe ser considerablemente gravoso, pues no toda demora permite responsabilizar a los Estados¹⁰⁰. Bajo este razonamiento, en el caso *Toto v. Lebanon*, el tribunal Arbitral resolvió que, pese a la demora en el sistema judicial, esta no era suficiente para que se constituya el supuesto de denegación de justicia. El Tribunal consideró que:

“[...] mientras que la duración del procedimiento en general, así como el retraso de la Corte Suprema en la audiencia y determinación de la apelación jurisdiccional, es ciertamente insatisfactoria en términos de una administración eficiente de la justicia, no ha llegado a la etapa de constituir una denegación de justicia.

Si bien el retraso es lamentable, al no existir sugerencia de mala fe, no se configura por parte del Tribunal ‘una deficiencia particularmente grave’ o una conducta flagrante que ‘choque, o al menos sorprenda, al sentido de justicia’”¹⁰¹.

En este sentido, la responsabilidad de los Estados por denegación de justicia se justifica por la necesidad de que los Estados satisfagan la *efectiva* protección de los derechos otorgados al inversionista. Así, Paulsson afirma que:

“La responsabilidad de los Estados por la denegación de justicia está justificada, en efecto, para satisfacer la exigencia internacional de que los Estados establezcan la protección efectiva de los derechos de los extranjeros, ya sean adquiridos por la ley nacional o impuestas por principios internacionales imperativos”¹⁰².

Si el estándar de denegación de justicia busca precisamente garantizar la *efectiva* protección de los derechos del inversionista, ¿cuál es la diferencia sustancial con el estándar de medios efectivos?

En realidad, la diferencia recae únicamente en la severidad con la que se

⁹⁸ Traducción libre. J. Paulsson, *op. cit.*, p. 177.

⁹⁹ Traducción libre. A. Freeman, *op. cit.*, pp. 242–244.

¹⁰⁰ Cf. A. Karreman y K. Dharmananda, *loc. cit.*, p. 123: “the delay must be sufficiently serious to reproach a domestic judiciary. Further, delays that conform to the usual practice of the domestic judiciary might not be sufficient”.

¹⁰¹ Traducción libre. *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*. Caso No. ARB/07/12. Laudo final, 7 junio 2012, párr. 10.4.22–10.4.23.

¹⁰² Traducción libre. J. Paulsson, *op. cit.*, p. 7.

juzga cada uno, ya que “la prueba para establecer denegación de justicia requiere de un alto umbral”¹⁰³. Esta flexibilidad se da por un lado, respecto a la manera de valorar el retardo, pues “en contraste con la denegación de justicia, los retrasos requeridos para establecer una violación al estándar de “medios efectivos” no tienen que equivaler a una atrocidad”¹⁰⁴. Ello resulta preocupante, pues nos llevaría a afirmar que los Estados receptores serán responsables por cualquier tipo de demora. Aquello sería perjudicial para el sistema de Derecho internacional de las inversiones en cuanto los Estados se enfrentarían a una constante incertidumbre.

Por otro lado, existe menos rigurosidad respecto a la necesidad de agotar los recursos internos pues “no se requiere el agotamiento de los recursos internos para establecer la infracción al estándar de “medios efectivos”. Este requisito sólo es aplicable a la denegación de justicia debido a su desarrollo histórico en el Derecho internacional consuetudinario”¹⁰⁵.

La innegable similitud entre el objeto de protección de ambos estándares nos permite inferir que en realidad la intención de los Estados parte al incluir el Art. II(7) en el TBI Ecuador– EE UU, fue referirse al estándar de denegación de justicia. De hecho, antes de la resolución del caso *Chevron*, en aplicación al Art. II(7) de este TBI, el tribunal arbitral del caso *Duke Energy v. Ecuador* sostuvo que:

“Esta disposición garantiza el acceso a los tribunales y la existencia de mecanismos institucionales de protección de inversiones. En consecuencia, tiene como fin hacer efectiva la garantía más general de protección contra la denegación de justicia, y forma parte de la misma”¹⁰⁶.

Esta resolución revela claramente la semejanza que existe entre la protección otorgada a través del estándar de medios efectivos y aquella garantizada mediante el estándar de denegación de justicia y nos invita nuevamente a cuestionarnos la pertinencia de su creación.

V. Conclusiones: ¿El estándar de medios efectivos debe ser considerado como un estándar autónomo?

Sobre la base de todo lo expuesto cabe hacernos una pregunta: ¿qué tipo de protección puede otorgar el estándar de medios efectivos que no sea ya garantizada por los otros estándares de protección analizados?

Ante el estudio realizado, se evidencia que la diferencia recae únicamente sobre la flexibilidad en el test para determinar la responsabilidad del Estado receptor, pues sustancialmente la protección es la misma. En efecto, el análisis realizado tanto en el caso *Duke Energy v. Ecuador* como en el caso *Petrobart v. Kyrgyz*, denota lo innecesario que fue crear un *nuevo* –y más fle-

¹⁰³ Traducción libre. Caso *Chevron*. Laudo parcial, *cit.*, párr. 244.

¹⁰⁴ Traducción libre. A. Karreman y K. Dharmananda, *loc. cit.*, p.125.

¹⁰⁵ Traducción libre. *Ibid.*

¹⁰⁶ *Duke Energy Electroquil Partners Electroquil SA v. República del Ecuador*. Caso No. Arb/04/19. Laudo final, 18 agosto 2008, pár. 391.

xible— estándar de protección. Ello debido a que en estos casos los tribunales arbitrales concluyeron que el compromiso de proporcionar medios efectivos es parte del estándar de denegación de justicia, por un lado, o del estándar de trato justo y equitativo, por el otro.

La creación por parte del tribunal del caso *Chevron* es sumamente cuestionable, ya que sus implicaciones son trascendentales. Ello debido al concebirlo como un estándar menos riguroso, se puso a los Estados ante un mayor riesgo de incumplimiento y, en consecuencia, de ser condenados.

Este estándar resulta sumamente ventajoso para el inversionista extranjero en la medida en la que puede proporcionarle un mecanismo de defensa ante sistemas judiciales lentos e ineficientes¹⁰⁷. Sin embargo, debe tomarse en consideración que tal apertura para la existencia de responsabilidad de los Estados resulta preocupante pues la realidad judicial de cada país puede ser abismalmente distinta.

Por ello, proponer estándares menos rigurosos que los ya existentes nos llevaría a situaciones en las que las conductas de ciertos Estados serán juzgadas y valoradas en comparación a las prácticas de realidades judiciales radicalmente diferentes. En consecuencia un tribunal podría imputar responsabilidad al Estado receptor, por incumplimiento a este estándar, incluso en los casos en los que su actuar revela tan solo la realidad de su práctica judicial¹⁰⁸.

Las consecuencias de crear un estándar de protección con tremenda flexibilidad en la determinación de los actos ineficaces generarán que, el incumplimiento al estándar de medios efectivos se dé, incluso, ante la inexistencia de un real impedimento de tutela de derechos¹⁰⁹. Este escenario denota la gravedad que tiene el crear estándares de protección que no fueron concebidos por los Estados parte al momento de la suscripción del TBI. A través de creaciones como esta se está otorgando a los inversionistas una protección que jamás fue consentida por los Estados parte y, lo que es más grave aún, una protección que pone a los Estados receptores ante un eminente riesgo de ser responsabilizados indebidamente a través de una laxa y parcializada calificación de eficacia.

¹⁰⁷ Cf. An Analysis of the Effective Means Standard as an alternative to securing enforcement of arbitral awards in Nigeria. p.31 (<http://www.aluko-oyebode.com/files/Ngo-Martins%20Konmah-Construction%20Law%20International%20-%20June%202016.pdf>): *“effective means protection is a veritable means of securing the enforcement of arbitral awards in jurisdictions where the judicial system is perceived as slow or inefficient”*

¹⁰⁸ A. Karreman y K. Dharmananda. *loc. cit.*, p. 125: *“It is in fact entirely possible that a tribunal will hold that a State has breached the standard even if the domestic judiciary was acting in accordance with ordinary procedures”*

¹⁰⁹ *Ibid.*: *“breach of the ‘effective means’ standard can be established even if [...] the injury caused by breach will not necessarily be loss of the value of the claims and rights in the domestic proceedings”*

Bibliografía

- ALLEN, M.: "Effective Means and the Perils of Standard-Setting". *SPIL International Law Journal*.
- ÁLVAREZ, J.: "14th Annual Herbert Rubin and Justice Rose Luttan Rubin International Law Symposium: A Special Tribute to Andreas Lowenfeld: A Bit On Custom", 42 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 17, 32 (2009)
- DOLZER, R y SCREUER, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DOUGLAS, Z.: "International Responsibility For Domestic Adjudication: Denial Of Justice Deconstructed", *International and Comparative Law Quarterly* (2014)
- ELKINS, Z. *et al.*, "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000", *International Organization* (2006).
- FOCARELLI, C.: "Denial of Justice", *Oxford Public International Law* (2013).
- FREEMAN, A.: *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longman (1938).
- KARREMAN, A. y DHARMANANDA, K.: "Time to Reasses Remedies for Delays Breaching 'Effective Means'", *ICSID Review* (2015).
- KLAGER, R.: *Fair and Equitable Treatment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011
- KRIEBAUM, U, *Local remedies and the estándar for the protection of foreign investment*. En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford. Oxford University Press, 2009
- MUÑOZ, J.: *Responsabilidad del Estado por denegación de justicia*, UNAM, 2010. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2700/71.pdf> (acceso: 28/nov/2016).
- PAULSSON, J.: *Denial of Justice in Internacional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- SEIJAS, R, *Derecho Internacional Hispanoamericano Público y Privado*, Nacional (1884).
- TANZI, A., ASTERITI, A., POLANCO, R. y TURRINI, P.: *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas*, Leiden, BRILL, 2016.
- VANDEVELDE, K.: "The Political Economy of a Bilateral Investmen Treaty", *Am. J. Int'l L.*, 1998.
- VANDEVELDE, K.: *U.S. International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VISSCHER, C.: "Le déni de justice en droit international", *Recueil des Cours*, t. 54, 1935, pp. 370 ss.
- WIRTH, J.: "Effective Means' Means? The Legacy of Chevron v. Ecuador", *Columbia J. Trans'l L.*, n° 52, 2013.