

Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera con el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional

Pedro J. MARTÍNEZ –FRAGA

Director del Departamento de Derecho procesal
DLA Piper LLP. Miami (USA)

*“Despacito y buena letra:
el hacer las cosas bien
importa más que hacerlas”.*
(Antonio Machado)

Sumario: I. Introducción. II. Transformación doctrinal de las nociones de la ley del contrato y de la propiedad operada por la globalización y por el arbitraje internacional. III. Reexamen de las ficciones legales y expansión de jurisdicción: el arbitraje sin vínculo contractual. IV. Necesidad de revitalizar el concepto de soberanía y de potenciar su ámbito regulatorio. V. Conclusión.

I. Introducción

La globalización económica es una realidad que no encuentra fácil acomodo con su contraparte jurídica. Mientras que se ha vertido considerable tinta en torno a la jurisprudencia del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y, por ende, sobre la Organización Mundial del Comercio¹, no ha tenido lugar una globalización jurisprudencial del Derecho procesal civil internacional, señaladamente en el sector de la de resolución internacional de contenciosos dentro del marco de las controversias arbitrales inversor–Estado en-

¹ Vid. J.H. Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, 2006; *id.*, *The Jurisprudence of GATT art. the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge, 2000. En la doctrina española J.C. Fernández Rozas, “El Derecho económico internacional de la globalización”, *Guerra y Paz (1945–2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. País Vasco, 2010, pp. 197–236.

raizadas en tratados internacionales de inversión (bilaterales o multilaterales): CAFTA y NAFTA, por solo de citar dos ejemplos concretos. La globalización, sin precedente histórico en el mercado libre a un nivel transnacional, ha formado y transformado la política subyacente que, en gran medida, influye sobre el arbitraje inversor-Estado. Esta transformación produce una tensión entre dicho fenómeno y la necesidad de maximizar la protección de inversión extranjera en el país receptor con consideraciones fundamentales del ejercicio ortodoxo de soberanía como, por ejemplo, (i) la regulación de temas ambientales, (ii) la protección de la salud pública, (iii) el mantenimiento de recursos naturales limitados, (iv) el bien público, y (v) las regulaciones impositivas sobre aquellas ganancias extraordinarias que típicamente fluyen y se desprenden de inversiones extranjeras en el país receptor. La predisposición a utilizar categorías del comercio internacional sobre, y frecuentemente, a expensas de elementos esenciales y, por ende, imprescindibles en el ámbito del dominio público, inevitablemente conllevará al fracaso de los propios objetivos que el arbitraje internacional inversor-Estado aspira no solo a conservar sino a cultivar y desarrollar.

El peligro de conferir un valor normativo desmedido a la protección de la inversión extranjera, en detrimento de las expectativas razonables y fundamentales de los Estados, está en función de la desnaturalización de nociones muy arraigadas en el Derecho internacional y en el Derecho interno. La implementación de una política jurídica que considere como piedra angular, con carácter de exclusividad, la protección de la inversión extranjera en un país receptor requiere el sacrificio de conceptos tan acrisolados como el de autonomía de parte, transparencia de estándar y previsibilidad. Concretamente, el desamparo de estos preceptos en el arbitraje internacional inversor-Estado se manifiesta, entre otras consideraciones, en (i) el uso de distintos, y frecuentemente inapropiados, criterios de protección respecto a la inversión extranjera (estándar internacional mínimo, estándar justo y equitativo, estándar de protección y seguridad plena, y estándar de nación preferida), (ii) el uso de ficciones legales, señaladamente la ya institucionalizada noción de “arbitraje sin vínculo contractual”², (iii) la desnaturalización de preceptos jurídicos que definen y rigen los conceptos de propiedad y de la ley del contrato, y (iv) la profunda invasión regulatoria del Estado cuyo espacio y actividad por parte del soberano constituye en gran medida la plena y diáfana característica inherente a la definición jurídica de un soberano. Así las cosas, la con-

² Comúnmente definido en inglés como *arbitration without privity*.

secuencia devastadora y a la vez imparable es la deslegitimación de los tribunales de arbitraje que ventilan las controversias inversor-Estado. Aunque éstos operan frecuentemente bajo los auspicios del andamiaje CIADI, los mecanismos de solución siguen siendo, no obstante, tribunales *ad hoc* constituidos exclusivamente para dirimir un contencioso particular y carentes de la legitimidad normativa que gozan los tribunales internacionales producto de un sistema deliberativo democrático. También, al participar en la aplicación de preceptos cuyo objetivo es principalmente encumbrar la política de protección de inversión en el país receptor, los árbitros y el proceso arbitral se auto-deslegitiman ya que, en contraste con un proceso judicial conforme con el cual el tribunal disfruta de la potestad de “reescribir” el acuerdo entre las partes para que sea conforme con el “espíritu del legislador”, el tribunal arbitral inversor-Estado no dispone de la facultad de reinterpretar o modificar materialmente las condiciones del acuerdo de inversión negociado entre las partes o el tratado entre Estados sobre el cual se establece su propia competencia. En este sentido, resulta particularmente relevante el hecho de que dentro del contexto judicial el poder legislativo dispone de la responsabilidad y facultad normativa de enmendar los errores o excesos cometidos por los tribunales judiciales en la construcción o interpretación de la norma legislativa. La interpretación o construcción de un tratado de inversión por parte de un tribunal arbitral no es susceptible de ser corregida o modificada por otro poder del Estado. Por lo tanto, la implementación de ficciones legales y/o preceptos jurídicos desnaturalizados e imprecisos puede contribuir decididamente a un proceso de deslegitimación del propio arbitraje inversor-Estado.

Este proceso de deslegitimación, sin duda alguna, no será necesariamente repentino o cataclísmico. De hecho, por lo menos cinco factores se manifestarán de manera palpable como condición previa a cualquier proceso de desarticulación del sistema de resolución de disputas internacionales inversor-Estado.

Primero, los Estados signatarios de tratados de inversión llevan a cabo una decidida labor en orden a renegociar materialmente dichos tratados. Esta realidad ya se está realizando y cumpliendo desde hace algunos años. Un análisis sostenido de hechos recientes demuestra una tendencia palpable de un porcentaje significativo de Estados en vías de desarrollo signatarios de tratados de inversión activamente en proceso de renegociación o reestructuración de las condiciones de dichos tratados.

Segundo, la ejecución de laudos arbitrales emitidos por tribunales arbitrales en cuestiones fundamentadas en tratados de inversor-Estado comporta numerosas dificultades. Esta realidad es innegable y constituye un problema cuya solución está por desarrollarse.

Tercero, la interposición de recursos judiciales o medidas cautelares destinadas a sobreseer o cancelar la celebración de procesos arbitrales se ha manifestado en los últimos tiempos con tanta regularidad que dicha práctica ha logrado legítimamente definirse como una especialidad dentro del marco internacional de contención pública y privado³.

Cuarto, los nuevos tratados de inversión que se han negociado recientemente contienen excepciones a expropiaciones por parte del Estado. La mayor parte de estas excepciones se encuentran en el área de la salud pública, de temas ambientales, de infraestructura, del bien común, así como en la fuga o flujo de capitales allende las fronteras del estado⁴. Esta reacción muestra un declive en la legitimidad y sostenibilidad de los pilares más fundamentales del sistema de resolución de disputas internacionales inversor-Estado. Ello conduce a una pregunta esencial: ¿el deterioro del concepto ortodoxo de soberanía trasciende lo acordado en los tratados de inversión actuales, tal y como éstos han sido interpretados por la mayoría de los tribunales de arbitraje?. Independientemente de la respuesta, el mero hecho de que se esgrima la pregunta ya nos sugiere una crisis que amerita la atención de la comunidad internacional. Mientras queda claro que todo tratado internacional, y sobre todo en un entorno de globalización en el cual la *independencia* entre Estados se ha transformado en *dependencia*, un capítulo de resolución de controversias que aplique ficciones legales y pautas jurídicamente dudosas a fin de promover la protección de la inversión extranjera en detrimento de consideraciones de Estados representa un azote a la soberanía ortodoxa que es insostenible bajo cualquiera análisis jurídico de los tratados internacionales. Es obvio que esta situación desembocaría en una reacción susceptible de poner en peligro el propio sistema de resolución de controversias en su conjunto.

³ Comúnmente conocidas por su nombre en inglés como *anti-suit injunctions*.

⁴ Notoriamente, los tratados bilaterales de inversión prototipos de los Estados Unidos de América y del Canadá contienen excepciones significativas de esta clase mayormente respecto a temas ambientales.

Quinto, ciertos Estados eventualmente optarán por retirarse de la Convención CIADI⁵ en bloque, mientras que otros se debatirán muy seriamente si deben ratificarla⁶. El absurdo de destacar el comercio internacional como categoría normativa en detrimento de las consideraciones anteriormente mencionadas, se profundiza y multiplica ya que la proposición que mantiene que los tratados de inversión entre países exportadores de capital y aquellos que importan capital necesariamente crea riqueza está, en sí misma, en tela de juicio⁷.

Este modesto ensayo, que humildemente se limita a destacar más inquietudes que las que pudiese despejar, se divide en tres secciones que conjuntamente abordan la problemática de conceptos esenciales al arbitraje internacional inversor-Estado que requieren modificación, análisis y desarrollo. La primera sección (II) explora la deformación de las nociones tradicionales de la ley de contrato y de propiedad que se manifiestan como consecuencia de la globalización económica y que han encontrado un caldo de cultivo en el arbitraje inversor-Estado. En esta sección se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el caso *M/S The Bremen v. Zapata Off-Shore Base Co*⁸. Dicha sección también hace referencia al laudo emitido en el tema *Compañía de Desarrollo de Santa Elena v. República de Costa Rica*⁹.

La segunda sección (III) examina la metodología expansiva de jurisdicción que ha institucionalizado la categoría de arbitraje sin vínculo contractual¹⁰. Aquí se esgrime que, a pesar del trato vastísimo que ha recibido el laudo emitido en el tema *AALP v. Sri Lanka*¹¹, las premisas doctrinales subyacentes merecen aún más y mayor análisis aunque la técnica haya sido aplicada e institucionalizada de tal manera que es altamente improbable que sea reconsiderada a pesar de la contundencia de los argumentos que la ponen en relieve como un principio jurídicamente dudoso y que subestima al pilar del arbitraje: autonomía o voluntad de las partes.

⁵ Bolivia, Ecuador, Venezuela y Nicaragua son ejemplos palpables de esta realidad.

⁶ La República Dominicana constituye un ejemplo notable.

⁷ *Vid., v.gr.*, K.J. Vandeveld, "The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty", *Am. J. Int'l L.*, vol. 92, 1998, p. 621.

⁸ *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972).

⁹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1) (laudo final del 17 de febrero de 2000) y (rectificación del laudo del 8 de junio de 2000).

¹⁰ Conocido en inglés como *arbitration without privity*.

¹¹ *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB873).

La tercera y última sección (IV) versa sobre el redescubrimiento del concepto de soberanía y del espacio regulatorio del Estado. En ella se analiza esquemáticamente la importación de la doctrina de los tribunales de reclamación de la República de Irán y de los Estados Unidos de América¹² al arbitraje internacional inversor-Estado. En concreto, la medida en la cual estas nociones representan atentados a la soberanía de los Estados que trascienden las limitaciones acordadas entre ellos conforme con los tratados de inversiones, tal y como han sido interpretadas por tribunales arbitrales¹³.

II. Transformación doctrinal de las nociones de la ley del contrato y de la propiedad operada por la globalización y por el arbitraje internacional

Un cuarto de siglo antes del amanecer de la globalización económica, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el caso *The Bremen v. Zapata Offshore Base Co.* (“*Bremen*”) perfiló por vez primera como concepto procesal la autonomía o voluntad de las partes, no obstante una extensa trayectoria de dictámenes contrapuestos por parte de la Corte de Apelación Federal del Segundo Circuito¹⁴. El asunto *Bremen* se distingue como un caso significativo por haber identificado lo que el Tribunal Supremo destaca como un nuevo horizonte de carácter internacional por motivos del comercio internacional. De hecho, el Tribunal Supremo en ese caso dictaminó que el carácter y la naturaleza global de las transacciones comerciales en las que los Estados Unidos de América participan como protagonista necesitan desarrollarse en el contexto de toda una jurisprudencia inherente a este clima económico transnacional. Casi vaticinando la globalización económica e informática, el Tribunal Supremo en *Bremen* implementó la construcción de nociones esenciales que se acomodasen al estado de la economía mundial.

La cuestión sometida a la decisión del Tribunal Supremo en *Bremen* consistía en pronunciarse sobre la medida en que una cláusula de selección de foro contenida en un contrato, en el sentido de que

¹² Conocidos generalmente como el *Iran –US claims tribunal*.

¹³ Esta sección específicamente hace referencia a la doctrina plasmada en los laudos emitidos en los temas *Ethel Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL (laudo en temas jurisdiccionales del 24 de junio de 1998), 38 I.L.M. 1378, y *Methanex v United States of America*, UNCITRAL (NAFTA) (laudo del 3 de agosto de 2005), 44 I.L.M. 1345.

¹⁴ Vid. *The Ciano*, 58 F. Supp. 65 (D. Pa. 1944) en contraposición con *Wm. H. Muller art. Co. v. Swedish American Line, Ltd.*, 224 F.2d 806 (2d Cir. 1955) y *Cerro De Pasco Copper Corp. v. Knut Knutsen, O.A.S.*, 187 F.2d 990 (2d Cir. 1951).

“cualquier disputa entre las partes tendría que ser ventilada ante la corte de justicia de Londres”, era determinante en un tema en el cual la parte estadounidense en la controversia y bajo el contrato formularse una demanda en contra de la otra parte (una empresa alemana) ante un tribunal federal en los Estados Unidos de América. En noviembre de 1967 la demandante, Zapata Off-Shore Co. (“Zapata”), una corporación con sede en Houston, Texas, EE UU, suscribió un contrato con la demandada, Unterweser, una empresa alemana, cuyo propósito comercial era el transporte oceánico de taladros petroleros propiedad de Zapata desde Louisiana, EE UU, a un puerto en las afueras de Ravenna, Italia, en el mar Adriático. El acuerdo de transporte suscrito por las partes contenía dos cláusulas muy relevantes. Primero, ambas partes acordaban que cualquier disputa o controversia respecto al contrato debía ser ventilada ante la Corte de Justicia de Londres (*London Court of Justice*). Segundo, Zapata se obligaba a indemnizar a Unterweser en relación con cualquier incumplimiento contractual u otra trasgresión (negligencia) relacionada con la ejecución de cualquier condición acordada entre las partes en virtud del contrato de referencia¹⁵.

Basándose en precedente vinculante emitido por la Corte de Apelación del Quinto Circuito Federal¹⁶, el tribunal de primera instancia de Tampa dictaminó que la demandada, Unterweser, tendría que cumplir con preceptos equitativos y desistir en la consecución de un litigio paralelo que había interpuesto ante la Corte de Justicia de Londres en

¹⁵ El 5 enero de 1968 el buque de aguas profundas de la empresa Unterweser llamado *The Bremen* partió de Venecia, Louisiana, EE UU, transportando los taladros montados en una plataforma denominada El Chaparral con destino a Italia. Al llegar *The Bremen* remolcando el chaparral a aguas internacionales en el Golfo de México fueron afectados por un mal tiempo severo. Producto del mal tiempo, El Chaparral perdió una de sus columnas de apoyo que había sido elevada a fin de facilitar la travesía marítima. La plataforma de perforación también registró daños materiales serios. En medio de esta crisis Zapata le instruyó a *The Bremen* a que se refugiase en la ciudad de Tampa en el Estado de la Florida, EE UU, puerto que representaba punta de refugio más adecuado bajo las circunstancias. *Id.*, pp. 3–4. En lo que constituyó un desafío de la cláusula de selección de foro que rezaba que “cualquier disputa perteneciendo al contrato tendría que ser ventilada ante la corte de justicia de Londres”, Zapata interpuso una demanda ante el tribunal federal para el distrito de Tampa reclamando el pago de U.S. \$3.5 millones en daños y perjuicios en contra de Unterweser alegando negligencia e incumplimiento de contrato y nombrando como co-demandada a *The Bremen*. *Id.*

¹⁶ *Vid. Carbon Black Export Inc. v. The Monrosa*, 254 F.2d 297, 300–301 (5th Cir. 1958), casación denegada, 359 U.S. 180 (1959) (dictaminando que cláusulas de selección de foro no son vinculantes ya que éstas militan contra la política pública dado que su objetivo es restarle competencia [jurisdicción] a tribunales que pudiesen ejercerlo sobre las partes y la materia en cuestión).

contra de Zapata. Así las cosas, el tribunal de primera instancia de Tampa también dictaminó que existía competencia (*jurisdiction*) sobre la materia (*ratione materiae*) tanto como competencia sobre la persona (*in personam*). Este análisis fue confirmado en su totalidad por la Corte de Apelación del Quinto Circuito que, apoyándose en el precedente establecido por la jurisprudencia en el caso *Carbon Black*, utilizó como *ratio decidendi* el principio destacado en aquella jurisprudencia entendiendo que dicho precedente “como mínimo” potenciaba el criterio según el cual que una cláusula de selección de foro “no tendrá vigencia jurídica salvo si el Estado elegido otorgara un foro de mayor conveniencia que aquel en el cual la demanda se interpuso”¹⁷.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ejerció su jurisdicción como tribunal de casación (*certiorari*) y revocó la decisión de la Corte de Apelación del Quinto Circuito a partir de un análisis que, en gran medida, reposó sobre la observación de que en las dos últimas décadas se había producido una expansión significativa y material tanto del comercio global como de las actividades transnacionales comerciales por parte de empresas asentadas en los Estados Unidos de América¹⁸. Precisamente en ese contexto, el Tribunal Supremo destacó que las barreras de distancia que en un momento limitaron las transacciones comerciales, hoy día representan exclusivamente “un modesto reducto” que prácticamente ha desaparecido. Asimismo, el Tribunal Supremo puso de relieve que el análisis articulado por el Quinto Circuito en *Carbon Black* era inaplicable en el contexto del comercio internacional: “nosotros no podemos participar en el comercio de los mercados mundiales y en aguas internacionales exclusivamente sobre la base de nuestras condiciones, aplicando nuestras propias leyes y [ventilando] cualquier controversia ante nuestros tribunales”¹⁹. La jurisprudencia del tema *Bremen* forja, de esta suerte, una nueva categoría normativa que potencia el contrato mercantil otorgándole una importancia jurídica extraordinaria en el contexto

¹⁷ *Bremen*, 407 U.S. at 7.

¹⁸ *Id.* at 8. El tribunal supremo hizo referencia explícita a las dos décadas transcurridas entre 1953 y 1973. Esta proposición, como se desarrolla a continuación, representa una visión clarísima, a pesar de su carácter muy modesto, sobre la política de globalización económica que se realizaría aproximadamente treinta años más tarde a raíz de haberse emitido el dictamen en el tema *Zapata*. Tal como es el caso con la disolución de la antigua Unión Soviética, la integración económica de China como una economía robusta que desde 1985 a 2010 a crecido a un ritmo sin precedente que supera un ocho por ciento anual (el mayor crecimiento sostenido anualmente de cualquier modelo económico en la historia contemporánea) y el renacimiento de una Europa sin fronteras. *Vid., v.gr.,* J.D. Sachs, *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time*, Penguin Press, 2005.

¹⁹ *Bremen*, 407 U.S. at 9.

del comercio internacional. Concretamente el Tribunal Supremo reforzó los principios de la santidad del contrato y de autonomía o voluntad de las partes.

La transformación del contrato mercantil en el contexto del Derecho internacional privado respecto a selección de foro que anunció el Tribunal Supremo en *Bremen* guarda semejanza con la tendencia por parte de los tribunales arbitrales en temas inversor-Estado que han adoptado hoy día una visión absolutista del contrato internacional de inversión y del tratado de inversión que le acompaña. Mientras que en el marco de Derecho internacional privado una interpretación absolutista de un contrato mercantil internacional conduce a resultados que compaginan con la voluntad de las partes y a una realización razonable y equitativa del objeto del contrato, ello no es así si nos hallamos en el ámbito del Derecho internacional público y, en concreto, en el contexto de un arbitraje inversor-Estado. En esta última disciplina, particularmente en la aplicación de Derechos sustantivos, se hace exponencialmente más importante compaginar la visión absolutista de la construcción e interpretación de contratos que conduce a la estabilidad y la previsibilidad, con la doctrina de interpretación y construcción de contratos que comprende que dicho esfuerzo tiene que realizarse con flexibilidad, tomando en cuenta distintos intereses que compiten mutuamente en aras de poder lograr un resultado óptimo en la ejecución de contrato y en el logro de las expectativas de las partes. De manera que avanzar la causa y el objetivo de la protección de la inversión extranjera a expensas de consideraciones estatales de orden público, salud pública, regulación ambiental y materia fiscal, entre otras, particularmente en el contexto de cambio de circunstancias, escasamente conduce a un resultado equitativo respecto a las partes y de legitimidad en cuanto al tribunal arbitral.

El Profesor Sornarajah ha observado la presencia de esta misma problemática en temas de derechos de propiedad. En este sentido, el citado autor ha apuntado que existe “un punto de vista absolutista sobre propiedad que estimula los arbitrajes de inversión (...) éstas tendencias claramente se manifiestan en casos que conciernen expropiaciones [*takings*] realizadas por parte de un soberano por razones ambientales”²⁰. El laudo emitido en el caso *Compañía del Desarrollo*

²⁰ P. Simons y D. Singh, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, revisado por Wenhua Shan, p. 212 (Hart Publishing, 2008).

de Santa Elena S.A. v. República de Costa Rica es ilustrativo²¹. La tendencia a tratar la regulación ambiental por parte de los Estados como una expropiación conforme con la cual al soberano se le adscribe la responsabilidad de compensar al inversor extranjero queda aquí claramente plasmada:

“Medidas ambientales expropiatorias, independientemente de lo laudable y beneficiosas que éstas representen para a la sociedad en su conjunto, son, en este sentido, semejantes a cualesquiera otras medidas expropiatorias que un Estado pudiese implementar a fin de realizar sus políticas internas; en casos en los cuales la propiedad es expropiada aún por razones ambientales, así sean estas razones domésticas o internacionales, la obligación de un Estado de remunerar económicamente a la parte afectada se mantiene”.

El análisis del tribunal en *Santa Elena* no representa un caso aislado. Todo lo contrario. Dicho análisis, general en naturaleza y doctrinalmente empobrecido, ha encontrado un amplio eco y entusiastas seguidores. Baste observar que en el arbitraje CIADI titulado *Techmed v. Mexico*²² el tribunal arbitral observó que “nosotros no conocemos a ningún principio legal que mantenga que la administración regulatoria se excluya *per se* como excepción a los parámetros [de propiedad] del tratado, aún cuando éstos benefician a la sociedad en su totalidad, como es el caso en materia de protección ambiental”.

En sentido *lato*, es posible identificar jurisprudencia de tribunales arbitrales reconociendo que las expropiaciones basadas en protección ambiental no deben ser consideradas como expropiaciones que le impongan al Estado receptor la obligación de compensar al inversor y, en ese sentido, contemplar la cesión de un aspecto de su soberanía que nunca formó parte del tratado subyacente o de las expectativas razonables de las partes. Mas el tema está lejos de estar definitivamente resuelto ya que existen otros laudos arbitrales contradictorios que le restan legitimidad al proceso de resolución de disputas inversor-Estado. La tendencia a incluir excepciones regulatorias en materia ambiental y de salud pública en tratados sin duda alguna representa un progreso, pero estos esfuerzos solamente mitigan, aunque no resuelven definitivamente, la problemática que perfilan²³.

²¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1) (laudo final del 17 de febrero de 2000) y (rectificación del laudo del 8 de junio de 2000).

²² *Technica Medioambientales Techmed S.A. v. Mexico* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2) (laudo final del 29 de mayo de 2003), 43 I.L.M. 133.

²³ *Vid.* como ejemplo elocuente *Methanex v United States of America*, UNCITRAL (NAFTA) (laudo final del 3 de agosto de 2005), 44 I.L.M. 1345.

El verdadero conflicto aún está lejos de ser doctrinalmente resuelto en el sentido de considerar esta cuestión como indisolublemente vinculada al Derecho consuetudinario internacional. La cuestión es sencilla cuando se formula con preguntas del siguiente tenor: ¿Es posible, como comunidad internacional, tratar temas de expropiación impartándole preeminencia prácticamente absoluta al precepto de protección de inversión extranjera sin por lo menos otorgarle la misma consideración a medidas regulatorias del Estado receptor enraizadas en inquietudes por la salud pública, integridad ambiental y el mejor interés de la sociedad colectiva? ¿En un entorno de globalización económica en el cual la *independencia* de los Estados se ha convertido en *dependencia* entre Estados, es posible hablar de la integridad ambiental como un problema aislado e idiosincrático que exclusivamente pertenece a un soberano y no a toda la comunidad internacional? ¿Apostar por un régimen absolutista en la interpretación y construcción de conceptos ortodoxos de contrato y propiedad no equivale a proporcionarle prioridad a intereses privados y materiales sobre aquellos que son humanos y colectivos perteneciendo a toda la humanidad?

El Derecho consuetudinario internacional no tiene otro remedio que reconocer y aceptar la necesidad de desarrollar nuevos paradigmas y preceptos internacionales que requieran que los Estados cedan soberanía, pero también que los intereses privados sean armonizados con aquellos que pertenecen a toda la humanidad y que frecuentemente solo son capaces de manifestarse en casos específicos relacionados con el bien común de un soberano en particular. Lo esencial en este análisis es poder realizar el ajuste óptico necesario a fin de poder discernir entre el bien común de la sociedad y el ejercicio de la soberanía perpetuando con ello los mejores intereses de un soberano aislado. Problemas de salud pública, de la exploración y explotación razonable de recursos estratégicos y esfuerzos dirigidos a la preservación y desarrollo del ambiente escasamente pueden ser considerados temas *sui generis* de un Estado. Estos problemas no son internacionales (es decir, relativos a las relaciones entre Estados) sino propiamente transnacionales ya que a través de una óptica *macro* no reconocen fronteras y afectan a toda la humanidad aunque se manifiesten dentro del marco de un problema social nacional. El arbitraje inversor-Estado, precisamente por sus características híbridas y naturaleza cuasi-deslocalizada, sirve como caldo de cultivo paradigmático en aras de realizar un aporte significativo al desarrollo de doctrinas de Derecho consuetudinario. Ello conduce a esquemas que confieren prioridad a un Derecho enraizado en los intereses de la humanidad y

no exclusivamente a aquellos derivados de la inversión extranjera o de los Estados receptores²⁴.

Tampoco es posible seguir clasificando las medidas regulatorias de los Estados en el ámbito del arbitraje internacional inversor-Estado como esfuerzos que solamente emprenden los países en vías de desarrollo. El mundo ha cambiado y sigue cambiando, el paradigma se está invirtiendo y se va a transformar completamente ya que la inversión por parte de los países en vías de desarrollo (como India y China, para citar dos ejemplos) y e los países desarrollados (EE UU y Canadá) es prácticamente incalculable. En la hora actual, los países industrializados ya se han convertido en Estados receptores de inversión extranjera. Quizás esta sea la razón de mayor peso por la cual los tratados bilaterales de inversión modelos de los Estados Unidos de América y el Canadá ampliamente reconocen y le otorgan un espacio especial o de excepción a temas ambientales. Aquellos comentaristas y académicos que parten de la premisa de que el precepto de protección a la inversión extranjera tiene que ser absolutista por motivo que la inversión extranjera a ser protegida es aquella de los países desarrollados y que al enriquecerse éstos, no obstante el detrimento del mejor interés de la salud pública de un soberano o de inquietudes ambientales por parte de un país receptor en vías de desarrollo, se desarrollarían económicamente *todas* las comunidades internacionales, sencillamente no han querido entender esta reconfiguración de paradigmas. Los países desarrollados corren el riesgo de comprometer los mejores intereses de la salud pública de sus ciudadanos y del entorno ambiental en el cual éstos viven y si no reconocen la necesidad de desarrollar preceptos del Derecho consuetudinario internacional capaces de armonizar la necesidad de proteger la inversión extranjera con los intereses de la humanidad colectiva tal y como estos intereses se perfilan en el contexto *micro* de un estado receptor.

III. Reexamen de las ficciones legales y expansión de la jurisdicción: el arbitraje sin vínculo contractual

La visión absolutista que destaca la protección de la inversión extranjera en detrimento de otras consideraciones sociales o políticas se refleja con mayor elocuencia en el precepto de arbitraje sin vínculo contractual. De conformidad con tal perspectiva se reconoce que esta noción se ha institucionalizado y, por ende, es utilizada con tanta fre-

²⁴ Vid. R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge, 2010.

cuencia que casi es irrazonable abrigar la expectativa que sea despiezada o modificada. Es fundamental que conceptualmente no pueda existir un arbitraje sin vínculo contractual. No existe fundamento doctrinal que apoye al precepto de arbitraje sin vínculo contractual y que a la vez no violente el principio de autonomía o voluntad de parte que constituye en sí misma la piedra angular del arbitraje internacional.

La noción que estudiamos tiene su génesis en el arbitraje CIADI titulado *AAPL v. Sri Lanka*²⁵ que surge por concepto de una reclamación depositada por la *Asian Agricultural Products Ltd.* (“AAPL”), una empresa registrada en Hong Kong, contra la República Democrática Socialista de Sri Lanka (“Sri Lanka”) en base del tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido/Irlanda del Norte y Sri Lanka, suscrito el 13 de febrero de 1980. En este tema la demandante aseveró que su inversión en la empresa *Serendib Seafoods Ltd.* (“Serendib”), entidad registrada en Sri Lanka y establecida con el fin de procesar camarones en Sri Lanka, fue destruida durante un operación militar llevado a cabo por las fuerzas militares de Sri Lanka contra las instalaciones de la demandante. Esta última alegó que había sufrido una pérdida total de su inversión y reclamó al gobierno de Sri Lanka la correspondiente compensación por los daños que supuestamente se desprendieron de esta aseveración²⁶. La demandada en su contra-memoria alegó que la destrucción de la propiedad se atribuía a un intenso combate con los rebeldes *Tamil*, quienes presumiblemente estaban operando desde las instalaciones de la finca de la demandante resistiendo encarnizadamente la operación de las fuerzas especiales contra insurreccional del gobierno. La demandada también recalcó que la reenumeración solicitada por la demandante como basada en un análisis descontado de flujo de ingresos, era improcedente ya que la empresa en cuestión había sido desde su inicio un fracaso comercial²⁷. Es importante subrayar que la demandante en su memorial de réplica aseveró que el tratado bilateral de inversión entre Sri Lanka y el Reino Unido “no debe ser considerado el equivalente a” un acuerdo entre dos partes respecto a la ley sustantiva aplicable dentro del contexto del art. 42 Convención CIADI²⁸. En este sentido, la demandante enfatizó

²⁵ *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3) (1990).

²⁶ *Vid. AAPL*, Laudo, 3.

²⁷ *Vid. AAPL*, Laudo, 7–8.

²⁸ El art. 42 Convención CIADI reza:

(i) El Tribunal decidirá una disputa conforme con las reglas legales acordadas por las partes. En la ausencia de dicho acuerdo, el Tribunal aplicará la ley del estado receptor que

que el tratado en si no se limita a proposiciones explícitas de ley sustantiva aplicable, sino que permite la aplicación de reglas adicionales por referencia o por virtud de implicación. Así las cosas, la demandante alegó que “reglas del Derecho consuetudinario internacional” tanto como “la ley de Sri Lanka” como país receptor, pudiesen ser consideradas como reglas suplementarias o “fuentes alternativas de ley aplicable”²⁹.

Significativamente, el tribunal arbitral observó:

“El caso actual representa la primera instancia en la cual el Centro se ha encontrado con una solicitud de arbitraje exclusivamente basada en una cláusula de un tratado y no con una implementación de un acuerdo arbitral libremente negociado y directamente concluido entre las partes a la disputa³⁰”.

De manera que, recalcó el tribunal, “las partes a esta disputa no han tenido oportunidad de ejercer su derecho a elegir de antemano la ley aplicable que determine las reglas que han de gobernar los distintos aspectos de una contención eventual”³¹. Entendió, asimismo que el primer párrafo del art. 42 Convención CIADI, no podía ser de aplicación a un arbitraje directamente resultante de una obligación internacional concertada entre dos Estados a favor de sus respectivos nacionales invirtiendo dentro del territorio nacional del otro Estado del acuerdo.

Con este planteamiento, el tribunal dictaminó que la ley aplicable sería determinada en función de la conducta de las partes durante el proceso arbitral. Esta conclusión condujo al tribunal a concluir que:

“...ambas partes actuaron de tal manera que demuestra su acuerdo mutuo a considerar las pretensiones de tratado bilateral de inversión Sri Lanka –Reino Unido como la fuente principal de las reglas aplicables”³².

La determinación por parte del tribunal era que el tratado bilateral de inversión debía ser aplicado en el contexto del Derecho internacional general. Para ello intentó encontrar apoyo analítico en el precepto

forma parte a la disputa (incluyendo su rubro de conflicto de leyes) y aquellas reglas de derecho internacional que pudiesen ser aplicables.

(ii) El Tribunal no podrá llegar a una conclusión de *non liquet* en base del silencio de o falta de claridad de ley.

(iii) Las pretensiones de los párrafos (i) y (ii) no perjudicarán la potestad del Tribunal a decidir la contención *ex aequo et bono* si las partes así lo acuerdan.

²⁹ *Vid. AAPL*, Laudo, 9.

³⁰ *Vid. AAPL*, Laudo, 18.

³¹ *Vid. AAPL*, Laudo, 19.

³² *Id.*

de la cláusula de la nación más favorecida en el art. 4.1º del tratado bilateral de inversión en cuestión³³. De esta manera, conforme con la noción que el tribunal identifica de manera apresurada como *ronvoi*, debían de aplicarse principios de responsabilidad de Estado bajo el Derecho internacional, por lo que procedía declarar responsabilidad por parte de la demandada (el gobierno de Sri Lanka).

Dos observaciones son pertinentes. Primero, el tribunal forjó un acuerdo arbitral entre las partes en base de documentos que bajo ningún concepto constituían una base o fundamento del cual se pudiese inferir un acuerdo de arbitraje entre las partes en cuestión. Reducido a su expresión más sencilla y esencial, el tribunal determinó que una estipulación entre Estados impone derechos y obligaciones a terceros. Este precepto no encuentra fundamento alguno ni siquiera en el Derecho mercantil interno de los países de tradición legal de Derecho consuetudinario o civilista. La observación del Profesor Sornarajah respecto a este punto es altamente relevante al destacar que el tribunal asume que el Derecho internacional en materia de estipulaciones otorgándole derechos y obligaciones a terceros desconocidos comprende principios y doctrinas más desarrolladas que aquellas gestadas en el Derecho interno. Sin embargo, el tribunal no cita ni menciona a ninguna opinión autorizada que apoye esta proposición. Peor aún, el tribunal fue incapaz de articular las implicaciones y el significado jurídico de su análisis y de razonar el laudo en tal sentido.

Segundo, el análisis *ronvoi* que condujo al tribunal a aplicar el Derecho internacional general como ley sustantiva del caso, parcialmente en base de la conducta de las partes al arbitraje, invariablemente conduce a la incongruencia de aplicar un principio general de Derecho internacional a un tema particular respecto a un inversor privado dentro del marco de un soberano específico. Esta incongruencia fue oportunamente destacada por el voto salvado que explicó:

“Al utilizar el concepto de *ronvoi* en interpretación del art. 4.1º el tribunal llegó al resultado insostenible de sustituir un estándar general de protección de propiedad de Derecho consuetudinario internacional por esfuerzos específicos tomados de Sri Lanka respecto a un nacional o a una empresa de un tercer estado. Dicha interpretación con-

³³ *Vid. AAPL*, Laudo, 66, que en parte reza:

La única dificultad que se encuentra bajo el art. 4.1º no concierne su interpretación o condiciones de aplicabilidad sino al tipo de remedio posible bajo ese artículo.

Precisamente, el art. 4.1º no incluye a ningunas reglas sustantivas que establezcan soluciones directas; como, por ejemplo, reglas materiales que recetan remedios expresados en términos fijos y definitivos. Como las reglas de conflicto de leyes, el art. 4.1º contiene simplemente una regla indirecta cuya función está limitada a efectuar una referencia (*ronvoi*) así a otras fuentes que indican la solución a ser tomada.

funde la doctrina de trato de país más favorable, cuyo estándar nace de un tratado, con los principios generales de derecho internacional y constituye una concepción mal guiada del principio de trato de país más favorable³⁴.

Se ha derramado considerable tinta sobre el caso *AAPL v. Sri Lanka* y el tema de arbitraje sin vínculo contractual. Lamentablemente, esta cuestión se ha institucionalizado y utilizado en múltiples ocasiones. Por ello cabe dudar que se haya revocado o modificado a pesar de sus debilidades y de su efecto práctico de expandir la jurisdicción de tribunales a terceros y de violentar el principio de autonomía o de voluntad de parte en el contexto de arbitraje internacional en general. Esta visión expansiva de la jurisdicción que lo otorga a terceros el Derecho unilateral que instituye un arbitraje a pesar de la regularidad de esta práctica, no deja de servir como fundamento a fin de restarle credibilidad a esta metodología de resolución de disputas internacionales entre inversores extranjeros y países receptores. Es curioso notar que los mismos redactores y comentaristas de propio tratado bilateral inversión entre el Reino Unido y Sri Lanka nunca mencionaron que la cláusula de resolución de disputa del tratado entrañase la potestad de conferir derechos a terceros desconocidos.

En el mismo espíritu de expandir el fundamento de jurisdicción, la noción de nacionalidad corporativa ha sido usada y mal empleada a fin de extender la jurisdicción de los tribunales en las controversias inversor-Estado. En ejemplo notorio es el tema *Tokios Tokeles v. Ukraine*³⁵, en el cual el tribunal arbitral ejerció jurisdicción a favor de la demandante, de nacionalidad ucraniana, que ejercía la práctica de reinvertir sus fondos en una empresa constituida en Lituania que en cambio tenía un tratado bilateral de inversión con Ucrania. Se utilizó, pues, el concepto de “inmigración de la empresa” utilizado por el tribunal en el tema *Aguas de Tunari v. Bolivia*³⁶. Esto es, se extendió a una empresa establecida en un país que no disfrutaba de tratado de inversión de protección de inversión extranjera por virtud de “emigrar” a un país en el cual existía un acuerdo de inversión vinculante con el país receptor que desempeñaba el papel de demandada en un arbitraje inversor-Estado bajo los auspicios del CIADI. En el caso *FedEx v. Venezuela*³⁷, el tribunal ejerció jurisdicción en base a una de

³⁴ *Vid. AAPL*, Laudo, 310.

³⁵ *Tokios Tokeles v. Ukraine* (Caso ICSID No. ARB/18) (decisión sobre jurisdicción emitida el 29 de abril de 2004).

³⁶ *Aguas de Tunari et al. v. Bolivia* (Caso ICSID No. ARB/02/3) (decisión sobre jurisdicción emitida el 21 octubre 2005).

³⁷ *Fedex N.V. v. Venezuela (Republica Bolivariana)* (Caso ICSID No. ARB/96/3) (decisión sobre jurisdicción emitida el 11 de julio de 1997).

demanda enraizada en bonos venezolanos que pertenecían a nacionales de Venezuela quienes en cambio transfirieron sus intereses a nacionales holandeses. Estos últimos entonces procedieron a utilizar el tratado bilateral de inversión entre Holanda y Venezuela a fin de beneficiarse del amparo que este tratado confiere a las “inversiones extranjeras”.

Mientras que pueda esgrimirse que estos ejemplos de abuso de la jurisdicción de los tribunales arbitrales inversor-Estado representan excepciones a la regla, es conceptualmente imposible negar que dichas incongruencias favorezcan en su conjunto al principio de protección de inversión extranjera en detrimento, en estos casos, de la propia legitimidad de los tribunales arbitrales. Rara vez se presenta el caso a la inversa conforme con el cual se limita la jurisdicción en base del uso poco riguroso de (i) nacionalidad corporativa, (ii) migración corporativa y (iii) la transferencia de intereses.

IV. Necesidad de revitalizar el concepto de soberanía y de potenciar su ámbito regulatorio

La potenciación del principio de protección de inversión extranjera en detrimento de consideraciones fundamentales de soberanía ha dado lugar a la emisión de laudos en arbitrajes inversor-Estado jurídicamente indefendibles y contrarios a los mejores intereses del arbitraje internacional. Y son precisamente estos resultados los que han propiciado (i) la renegociación de tratados existentes, (ii) la creación de nuevos tratados con excepciones significativas al ejercicio regulatorio del Estado, (iii) las dificultades en la ejecución de laudos arbitrales, y (iv) el uso de medidas cautelares en foro judicial a fin de limitar el recurso al arbitraje internacional.

La consideración de la protección de inversión extranjera, particularmente en arbitrajes multilaterales NAFTA, condujo a un concepto de propiedad tan expansivo que prácticamente le resto todo ámbito regulatorio al Estado en el ejercicio de su soberanía a los niveles más fundamentales. Mientras que se ha sugerido que la desarticulación del espacio regulatorio del Estado en materia de arbitraje inversor-Estado ha sido producto de la concepción expansiva de la propiedad que fue importada de los tribunales de reclamación Irán-U.S. a los tribunales de arbitraje inversor-Estado, y sin negar del todo a esta posibilidad o posible influencia doctrinal, parece más correcto considerar que sencillamente se ha producido un desajuste jurídico al enfrentarse a los retos de un mercado libre global que no tiene prece-

dente histórico. Más acertada parece la explicación de las causas de la globalización económica *vis-a-vis* en la noción de protección de inversión extranjera, que la poco rigurosa implementación en foro arbitral inversor-Estado de construcciones de tribunales especializados que fueron creados para servir los intereses de la recuperación de propiedad en territorio extranjero post-revolución como causal de esta distorsión jurídica.

En el arbitraje Uncitral *Ethel Corporation v. Government of Canada*³⁸, la desnaturalización del principio protección de la inversión extranjera y el efecto de ésta en el espacio regulatorio del Estado y su imposición sobre el concepto de soberanía llegó a su apogeo. En ese arbitraje la ministra del Ministerio Ambiental del Canadá se limitó a anunciar que se encontraba en un proceso deliberativo a fin de prohibir posiblemente un aditivo de petróleo que se sospechaba ser carcinogénico. Al convertirse en noticia pública el tema, el valor de las acciones de una empresa estadounidense que se cotizaba en la bolsa disminuyeron sensiblemente y esta disminución de valor se alegó que constituía una expropiación. La reclamación fue tranzada ya que evidentemente el Gobierno del Canadá opinaba que dicha conducta posiblemente pudiese estar dentro del ámbito de las provisiones sobre expropiación de NAFTA. La misma inquietud afecta a las medidas regulatorias del Estado en otros sectores como la fiscalización a través de impuestos de ganancias extraordinarias generadas por inversiones extranjeras, medidas de control de moneda, regulación de productos farmacéuticos, e incluso la publicación de avisos respecto al daño a la salud pública de productos como el tabaco. Mientras que es posible señalar a nuevos y modernos tratados que intentan desviar el carácter invasor de la soberanía de esta política, que tan claramente se manifiesta en el arbitraje internacional inversor-Estado en torno a la protección de inversión extranjera, estos esfuerzos siguen registrando un carácter *ad hoc*. Se requiere de un consenso doctrinal universal si se pretende que sean limadas las asperezas de la deslegitimación.

V. Conclusión

La globalización económica ha destacado la necesidad de desarrollar una contraparte jurídica capaz de armonizar la problemática específica que se manifiesta en la tensión entre el principio de protec-

³⁸ *Ethel Corporation v. Government of Canada* (Uncitral), Laudo de Jurisdicción, emitido 24 junio 1998 (38 ILM78).

ción de inversión extranjera y el concepto de soberanía Un planteamiento que se encuentra hoy día en un estado de formación y transformación precisamente porque los problemas que azotan a la comunidad de naciones han subrayado las deficiencias del Derecho internacional convencional y ortodoxo de poder enfrentarse a estos retos. Los problemas fundamentales de pobreza global, la proliferación vertical y horizontal de armas nucleares, los peligros ambientales, la mortalidad infantil y la corrupción política, por nombrar solamente unos pocos de las temas de nuestro tiempo, no se pueden mitigar y mucho menos remediar a través de un Derecho internacional que define las relaciones entre naciones. La exigencia del desarrollo de un Derecho transnacional capaz de trascender las barreras históricas que le proporcionen contenido al concepto ortodoxo de soberanía se presenta como un imperativo.

En materia de resolución de disputas internacionales que surgen dentro del marco de controversias inversor–Estado la globalización económica y la realidad de un mercado libre global que no conoce precedente histórico han distorsionado el componente jurídico a ser aplicado en estas controversias. El principio de protección de la inversión extranjera se ha encumbrado en detrimento de consideraciones humanitarias que se manifiestan dentro de un esquema de ejercicio de soberanía ortodoxa de la regulación por parte del Estado, pero que en realidad trasciende los intereses de los Estados particulares y afecta a toda la humanidad. La visión absolutista de la protección de la inversión extranjera ha deformado y desnaturalizado conceptos tradicionales del contrato y de la propiedad. Una distorsión doctrinal que ha precipitado una crisis de legitimidad que afecta los propios pilares del arbitraje internacional de inversor–Estado. El uso e institucionalización jurídica de ficciones legales como el arbitraje sin vinculo estatal, la manipulación de nacionalidad corporativa, la migración de empresas y la transferencia de intereses a través de terceros a fin de potenciar la jurisdicción expansiva de los tribunales arbitrales bajo la pretensión de amparar inversiones extranjeras en los Estados receptores, ha precipitado la renegociación de tratados existentes, frustrado la ejecución de laudos arbitrales, justificado la renuncia de varios países de la Convención CIADI, dado lugar a la proliferación de medidas cautelares en foros judiciales a fin de postergar arbitrajes internacionales y alimentado el apetito por parte de los soberanos de crear excepciones significativas a la jurisdicción de tribunales en nuevos tratados que desde ya se están negociando. Esta reacción evidencia un principio palpable del declive de la legitimidad del andamiaje de resolución de disputas internacionales en temas de inversión–Estado.

Los comentaristas y académicos que han defendido al régimen que apuesta por otorgarle al Estado poder normativo extraordinario en materia de protección de la inversión extranjera respecto a los intereses legítimos regulatorios de los Estados en el ejercicio de su soberanía a fin de proteger a la salud pública, los intereses ambientales, el enriquecimiento del bien común de sus nacionales y el manejo de crisis económicas que pudiesen resultar en una quiebra total de soberanías regionales argumentando que los esfuerzos regulatorios de los Estados se limitan a representar meramente idiosincrasias particulares de los países en desarrollo no han comprendido que se ha producido un cambio fundamental de paradigma. El ejercicio regulatorio del Estado en estas materias de orden público también es necesario para el bienestar y desarrollo pleno de los países industrializados. Casi en progresión geométrica, los países industriales (tradicionalmente exportadores de capital) se están convirtiendo en Estados receptores (importadores de capital) que reciben cantidades masivas de inversiones directas por parte de nacionales de países en vías de desarrollo. A estos mismos comentaristas y académicos también les ha faltado el ajuste óptico necesario para comprender que mientras que una crisis ambiental o de salud pública se manifiesta como síntoma dentro de un marco de un soberano particular, el problema subyacente y sus causales pertenecen no a Estados determinados sino a toda la humanidad y, por ende, a la comunidad de naciones.

El arbitraje internacional cuya jurisdicción está enraizada en tratados, precisamente por su carácter deslocalizado, representa el caldo de cultivo idóneo a fin de desarrollar nuevas doctrinas capaces de reconciliar los intereses de los países exportadores de capital y aquellos que importan capital conforme con una metodología que sea universalmente aceptada. Una metodología que no se desarrolle arbitrariamente de acuerdo con dictámenes y laudos *ad hoc* incapaces de asentar precedente vinculante o de representar preceptos jurídicos sustantivos capaces de organizar y estructurar lo que hoy día todo es un mosaico de laudos y doctrinas contradictorias. El reto a la legitimidad de los tribunales arbitrales es que éstos son incapaces de desempeñarse de la misma manera que un mercado económico libre, actuando y reaccionando en forma de péndulo y de esta manera permanentemente ajustándose a sí mismo de modo parecido a la descripción primaria que Adam Smith relata en su obra lapidaria *The Wealth of Nations*. Precisamente por ello, tanto por parte de países industrializados, como por aquellos en vías de desarrollo, se hace necesario el desarrollo de una conciencia colectiva que tenga como meta el diseño y la implementación de categorías jurídicas capaces de hacer posible y

atractivo el flujo transnacional de inversiones extranjeras y a la vez poder suministrar un concepto de soberanía que haga posible la armonización de los intereses de orden público con la necesidad de amparar inversiones extranjeras. La tarea no es fácil. En tela de juicio, no obstante, queda la aspiración de poder maximizar los beneficios de la globalización económica y de minimizar sus daños y asperezas. ¿No vale la pena emprender este esfuerzo?

RESUMEN: Este ensayo pretende dar respuesta a una serie de interrogantes derivados del arbitraje internacional inversor-Estado que requieren modificación, análisis y desarrollo. Se inicia con el estudio del deterioro experimentado por la noción clásica de la ley de contrato consecuencia de la globalización económica a partir de la jurisprudencia del tribunal supremo de los Estados Unidos de América en los casos *M/S The Bremen v. Zapata Off-Shore Base Co* y *Compañía de Desarrollo de Santa Elena v. República de Costa Rica*. A continuación se examina la metodología expansiva de jurisdicción que ha institucionalizado la noción de arbitraje sin vínculo contractual. Aquí se esgrime que a pesar del trato vastísimo que ha recibido el laudo emitido en el tema *AALP v. Sri Lanka*, las premisas doctrinales subyacentes merecen aún más y mayor análisis. Por último, se pone de relieve el redescubrimiento del concepto de soberanía y del espacio regulatorio del Estado, sobre todo a partir de la importación de la doctrina de los tribunales de reclamación de la República de Irán y de los EE UU al arbitraje internacional inversor-Estado en la medida en que representan asaltos a la soberanía de los Estados que trascienden las limitaciones acordadas en los tratados de inversiones.

PALABRAS CLAVE: SOBERANÍA DEL ESTADO – ARBITRAJE DE INVERSIONES – GLOBALIZACIÓN – DESLOCALIZACIÓN.

ABSTRACT: *This essay seeks to answer several questions arising from the international investor-state arbitration requiring modification, analysis and development. It begins with the study of deterioration experienced by the classical notion of the law of contract resulting from economic globalization from the jurisprudence of the Supreme Court of the United States where M / S The Bremen v. Zapata Off-Shore Base Co and Compañía de Desarrollo de Santa Elena v. Republic of Costa Rica. It is also discuss the expansive jurisdiction methodology that has institutionalized arbitration provision without contractual relationship. Here are counters that despite the vast deal have received the award issued on the subject AALP v. Sri Lanka; the underlying doctrinal assumptions deserve further and further analysis. Finally, it highlights the rediscovery of the concept of sovereignty and state regulatory space, especially from the import of the doctrine of claim courts of the Republic of Iran and the U.S. to international arbitration, Investor State insofar as they represent attacks on the sovereignty of States beyond the limits agreed in the investment treaties.*

KEYWORDS: STATE SOVEREIGNTY – ARBITRATION OF INVESTMENTS – GLOBALIZATION – OFFSHORING