

Varia

***El arbitraje comercial internacional
latinoamericano, en busca de una doctrina propia***

Leonel PEREZNIETO CASTRO *

James A. GRAHAM **

*Justice should not only be done,
But should manifestly and undoubtedly be seen to be done!*¹

Sumario: I. Introducción. II. Las tensiones jurídicas. 1. El ser y el deber ser. 2. Derecho interno vs Derecho internacional. III. La cláusula Calvo. IV. El mito del CIADI. V. La ley aplicable. 1. ¿Hacia una lex inversionis?. 2. El ejemplo de la fuerza mayor y otros conceptos. VI. Derechos humanos, comunidades indígenas y medio ambiente. VII. ¿BIT o sistema de seguro? VIII. Costos del arbitraje. IX. Conclusiones.

I. Introducción

El arbitraje comercial internacional requiere de armonización legislativa a fin de que se pueda lograr su objetivo: constituirse en una instancia para la resolución de controversias derivadas del tráfico jurídico internacional, universalmente admitida, sobre la base de reglas comunes. La similitud o la igualdad de reglas tienen por objeto que el análisis del caso y los resultados tengan una base mínima común de principios de solución. En este contexto, el proceso de uniformización² ha sido la respuesta más idónea para el desarrollo del arbitraje pero desafortunadamente no todos los países han adoptado en sus sistemas jurídicos internos la Ley Modelo Uncitral (LMU).

* Profesor de Carrera de la UNAM, Investigador Nacional Nivel III y Consejero del despacho: Jáuregui Navarrete y Nader, S.C. (Ciudad de México)

** Profesor de la Universidad de Nuevo León. Investigador Nacional Nivel I, socio del despacho: De Forest, Abogado, Monterrey.

¹ Lord Hewitt, *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, at 259.

² Para consultar los conceptos de uniformidad y armonización en el DIPr, *vid.* L. Pereznieto Castro, "La uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, vol. 6, 1999, pp. 21–34.

En América Latina la situación es positiva en la medida que en los últimos 10 años cuatro países se han unido a aquellos otros países que ya habían adoptado la LMU³. Se trata de Chile⁴, República Dominicana⁵, Perú⁶ y Nicaragua⁷. No obstante, otros dos países: Bolivia y Ecuador por razones ideológicas abandonaron el sistema ICSID y Bolivia además aprobó una enmienda constitucional prohibiendo al arbitraje en materia de hidrocarburos⁸. En Belice, por su parte, se reformó la ley orgánica de la Suprema Corte y se le dieron nuevas facultades en materia de *injuncti*ons y de anulaciones de laudos. Se trata, como puede apreciarse, de un panorama positivo en lo general pero a la vez, contradictorio. Esta situación se debe fundamentalmente a que el arbitraje aún no ha permeado lo suficiente en la cultura jurídica latinoamericana. Aún no se ha dado el proceso de introspección⁹: un proceso de apropiación y de recreación del mensaje externo y en este caso, del significado del arbitraje –hasta hoy el arbitraje ha sido visto en algunos países, como una moda de países europeos o de los Estados Unidos– de ahí que ese mensaje externo es recibido pero no asimilado, ni analizado, ni transformado al interior de esta comunidad, y eso es precisamente lo que falta: que la aceptación sea conciente de que se trata de una necesidad para la resolución de conflictos que se deriven del comercio internacional y que esa aceptación y transformación internas sean de tal naturaleza que no afecten a los principios básicos del arbitraje aceptados internacionalmente.

Cuando hablamos de la necesidad de una cultura regional en materia arbitral, nos estamos refiriendo evidentemente a la necesidad de recepción de ideas que vienen de fuera –las doctrinas europea y estadounidense–, que son y seguramente serán, las más ricas en experiencia y conceptos debido a que la mayoría del tráfico internacional y en consecuencia, de procedimientos arbitrales, se producen en esas latitudes. Sin embargo, Latinoamérica, por sus características y circunstancias, tiene aportes que hacer, tanto en la forma de recibir los principios del arbitraje como en su interpretación, y en la forma de realizar su comercio internacional. De manera específica, el trata-

³ Para una visión general del arbitraje en Latinoamérica consultar la obra más importante que se ha publicado en los últimos años: J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Ed. Iustel, 2008.

⁴ J.E. Figueroa Valdés, “La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006, p. 215.

⁵ *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2009, p. 65.

⁶ F. Cantuarias Salaverry, “La nueva Ley de Arbitraje Peruana: un nuevo salto a la modernidad”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2008, p. 6.

⁷ *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2005, p. 108.

⁸ El art. 366 de la Constitución prevé textualmente: “Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas”.

⁹ Juan Pablo II en R.M. 52.

miento que los países latinoamericanos otorgan a las inversiones extranjeras que se llevan a cabo en la región, resulta un caso *sui generis*¹⁰.

De acuerdo a lo anterior, en el presente trabajo, intentaremos describir algunas de esas circunstancias y características del subcontinente y de qué manera apuntan para la formación de una doctrina latinoamericana en materia de arbitraje. Pasemos ahora a lo que nosotros denominamos las tensiones jurídicas al interior de los sistemas jurídicos como preámbulo para entrar en nuestro tema.

II. Las tensiones jurídicas

Al interior de los sistemas jurídicos latinoamericanos se puede observar una doble tensión social en torno al desarrollo del Derecho. Por un lado, el desapego tradicional a la ley. Una desafortunada costumbre de rechazo que se generó durante los siglos de la Colonia y que se conservó aún después de las diferentes independencias coloniales, y que se ilustra en la famosa frase: “Acátese pero no se cumpla”, cuando los funcionarios novohispanos recibían las órdenes venidas de la metrópoli. Asimismo, producto de las condiciones socio-económicas en las que estos pueblos han vivido y por otro lado, la resistencia a aceptar propuestas de las otras potencias coloniales. En la concepción europea, –luego transmitida al pensamiento jurídico estadounidense– prima el concepto de Savigny en el sentido de que “el derecho molda los hechos bajo su regla en lugar de ceder bajo los hechos”¹¹. Sin embargo, este culto a la *rule of law* no existe, al menos de la misma forma, en países latinoamericanos. En estos últimos, la dinámica de los derechos va por otro camino: la problemática social es de tal magnitud que con frecuencia la ley debe acoplarse a aquellos y además, cuando nos enfrentamos a gobiernos populistas¹², la situación es aún peor (1). A lo anterior, se puede agregar el sentimiento de defensa aún latente en varios países, respecto de las vejaciones y agresiones sufridas especialmente durante el siglo XIX de parte de las potencias coloniales de la época lo cual llevó a un dualismo donde las normas constitucionales internas son esgrimidas como una barrera de contención frente a la normatividad internacional¹³, aunque hay casos, en los que esta última normatividad es aceptada aún contra sus normas internas (2)

¹⁰ *Vid.*, v.gr., M. Naím, “The Lost Continent”, *Foreign Policy*, 2006, p. 40.

¹¹ *System des heutigen Römischen Rechts*, t. II, 1860, p. 233.

¹² Sobre esta problemática, *vid.* R.G. MacLean Ugarteche, “El alma dividida del arbitraje: ¿Solución alternativa para los usuarios o fuente alternativa de honorarios para abogados? Cómo apaciguar y conciliar el corazón consigo mismo, *El arbitraje en Perú y en el mundo*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 129. Es verdad que la afirmación que las leyes unas veces tienen que ceder ante la voluntad popular es probablemente cierta para todos los países; es más un problema de grado: es más frecuente en los países latinos que en los Estados Unidos o Europa.

¹³ “Han tenido que superarse una serie de reticencias de origen histórico” pero hoy se observa cierta continuidad. *Cf.* J.C. Fernández Rozas, “Una década de consolidación del arbitraje en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. X, n° 2, 2010.

1. *El ser y el deber ser*

Un ejemplo ilustrativo del antagonismo kantiano entre el fenómeno legal y la realidad social es sin ninguna duda el asunto de *Aguas del Tunari*. En 1998, Bolivia lanzó una licitación pública internacional para privatizar servicios de agua y alcantarillado sanitario así como otorgar una licencia de generación de electricidad para su tercera ciudad más grande, Cochabamba. En 1999, después de la licitación donde una sola compañía se presentó, se firmó un contrato de concesión por 40 años con la sociedad Aguas del Tunari, una subsidiaria de Bechtel Enterprises, con sede en California que se había constituido con ese objetivo. Apenas unas semanas después de que el sistema de agua cambió de manos, la compañía subió los precios del líquido en un promedio superior al 50%, por el hecho que entre el momento que se pactó la concesión y que entró en vigor el sistema de distribución del agua, la empresa tuvo que invertir más de lo previsto en la renovación del sistema de tubería y de distribución, y todo lo anterior con el consentimiento del Gobierno. Sin embargo, numerosas familias fueron obligadas a pagar hasta 25% de sus ingresos sólo para mantener el servicio de agua. El pueblo de Cochabamba manifestó no ser capaz de pagar las facturas de agua que se le presentaron. La compañía, tampoco recibió apoyo satisfactorio por parte del gobierno boliviano, y consecuentemente se suscitaron protestas masivas. Para proteger el contrato con la compañía, el gobierno boliviano tomó medidas extraordinarias, incluyendo la declaración del estado de sitio, la suspensión de derechos constitucionales, y la represión de las protestas, lo que dio por resultado más de 100 heridos y la muerte de un joven¹⁴. En abril de 2000, el

¹⁴ “En noviembre de 1999 se llevó a cabo el primer bloqueo campesino y de regantes en las vías de acceso a la ciudad de Cochabamba. Posteriormente se organizó la Coordinadora Departamental del Agua y la Vida, con la participación de la FEDECOR, el Comité de Defensa del Agua, organizaciones de trabajadores, estudiantes, maestros, organizaciones vecinales, ambientales, etc. El año nuevo siguiente se organizó un nuevo bloqueo regional, esta vez convocado por la Coordinadora, contra la Ley 2029 y la Concesión, particularmente en contra del incremento en las tarifas del agua potable establecido por la concesionaria. La policía reprimió con violencia las movilizaciones urbanas pero se logró un acuerdo para modificar ambos documentos. En febrero de 2000, la Coordinadora organizó la llamada Toma Simbólica de la Ciudad de Cochabamba. El gobierno reprimió violentamente la movilización urbana pero esta continuó junto con los bloqueos de los regantes. Tuvo un saldo de 22 heridos, más de 100 detenidos y un acuerdo, bajo mediación de la Iglesia y el Defensor del Pueblo, que estableció la revisión del contrato con Aguas del Tunari, la modificación de la Ley de Agua Potable y Alcantarillado con participación de campesinos, regantes y organizaciones urbanas distribuidoras de agua y la suspensión del incremento tarifario mientras continuaran las negociaciones. Durante las negociaciones de la Ley, la FEDECOR y la Coordinadora lograron hacer modificar casi la mitad de los artículos, hecho inédito en la historia judicial del país. Sin embargo, en la negociación del Contrato de Concesión no hubo avances, pues el gobierno se empeñaba en mantener la Concesión y, luego de una semana, la Coordinadora decidió retirarse. El mes de marzo la Coordinadora organizó un referéndum, denominado Consulta Popular, en el que se preguntó a la población si estaba de acuerdo con la rescisión del contrato con Aguas del Tunari y la modificación de la Ley 2029. A pesar de la escasa difusión, la participación fue masiva; más de 90% de los votantes apoyó las acciones de la Coordinadora. Con este respaldo, la Coordinadora convocó a la llamada "batalla final", demandando que Aguas del Tunari abandonara el país. Desde el 4 de abril la ciudad fue prácticamente tomada por la multitud durante

gobierno, incapaz de frenar las protestas, tuvo que rescindir unilateralmente la concesión con la compañía extranjera¹⁵.

De lo anterior, la pregunta es: ¿cómo salir de una situación prevista por Pareto?¹⁶ que, en el caso que nos ocupa, deja a primera vista sólo dos opciones. Violar el Derecho y dar la razón al pueblo; respetar el Derecho y perder el apoyo político de la población. Y este dilema se acentúa aún más cuando este tipo de situaciones, se ventilan en audiencias públicas y en la práctica creciente del *amicus curiae*¹⁷.

2. Derecho interno vs Derecho internacional

La misma situación existe en lo que concierne la aplicación del Derecho por parte del Estado—receptor. En la tradición continental¹⁸, los tratados son superiores a las leyes, sin embargo, también son inferiores a la constitución. Como lo ilustran dos ejemplos, que son los casos *Tecmed*¹⁹ y *Azurix*²⁰. Si un Derecho constitucional entra en conflicto con el Derecho establecido en un tratado, aquél es el que tiene que prevalecer, no obstante que según el derecho internacional, un país no puede invocar su Derecho interno para susstraerse a sus obligaciones internacionales²¹.

Nuevamente, no es un problema jurídico, sino político, visto que la constitución en casi todos los países latinoamericanos es la expresión de la soberanía popular y el garante de la justicia, por tanto, un derecho externo, así sea

una semana y el bloqueo de carreteras paralizó al departamento. Hubo enfrentamientos con la policía y el ejército, con un saldo de 1 muerto y 30 heridos. Se declaró el estado de sitio, pero las movilizaciones continuaron. El 10 de abril, casi 50,000 personas estaban en la Plaza Central de Cochabamba esperando la decisión del gobierno. El gobierno anunció la “cancelación” del contrato con Aguas del Tunari. La Coordinadora declaró la victoria, bajo el lema: ¡el agua es nuestra, carajo!” http://www.agua.org.mx/index.php?option=com_content&view=category&id=33&Itemid=62).

¹⁵ Para ejemplos similares de la problemática de la distribución de agua, inversión extranjera y derechos humanos, *vid.*: International Centre for Human Rights and Democratic Development, *Estudio de los impactos de los proyectos de inversión extranjera*, 2007, p. 101.

¹⁶ Según el concepto de la optimalidad, tal como lo enunció Pareto, hay situaciones en las cuales ya no es posible beneficiar a unos elementos del sistema sin perjudicar a otros elementos, de ese mismo sistema.

¹⁷ Bjorklund, “The Promise and Peril of Arbitral Precedent: The Case of *Amici Curiae*”, en Hoffmann, *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration*, ASA, 2010.165.

¹⁸ Estados Unidos, México, etc...

¹⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs Mexico*, 29/5/2003.

²⁰ *Azurix Corp. vs Argentina*, 23/6/2006.

²¹ “An Act of State must be characterized as internationally wrongful if it constitutes a breach of an international obligation, even if the act does not contravene the State’s internal law—even if under that law, the State was actually bound to act that way” (Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002.84). Se puede decir que la regla de la no—exoneración de una responsabilidad internacional por causas de derecho interno es una de las reglas más ancladas en el derecho internacional moderno, y eso desde el asunto *Alabama* en 1872 (J.M. Dupuy, “Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law”, en J. Crawford *et alii*, *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010 pp. 173 y 177).

éste internacional no podrá prevalecer sobre el constitucional. Es decir, un Derecho inferior a una norma constitucional y que viene de “afuera” siempre tendrá que supeditarse a ésta²². Sin embargo, este es un campo en el que se deberán buscar soluciones novedosas que puedan resolver este conflicto, como por ejemplo instaurar el principio de un control constitucional previo a la ratificación de las convenciones internacionales²³, o bien, ya ratificadas éstas, considerar que los derechos de los inversionistas, están vinculados a los derechos mínimos que se deben respetar de una persona –léase derechos humanos– los cuales deben prevalecer por encima de las constituciones locales o simplemente, aplicar un tratado aún contrario a la Constitución, cuando se sabe que esta última aún conserva disposiciones decimonónicas en estos temas como sucede con la Constitución mexicana frente a la adhesión al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)²⁴.

III. La cláusula Calvo

América Latina es el producto de la colonización y de las intervenciones extranjeras²⁵, no es sorprendente que exista un sentimiento xenófobo, cuya máxima expresión se encuentra, como se dice –aunque no sea así como vamos a demostrarlo en las siguientes líneas– en la doctrina Calvo. El problema no es sólo latinoamericano, sino continental. Como lo afirma Bernardo Cremades:

“Incluso en los Estados Unidos de América se piden reformas en materia de protección de inversiones que suenan a verdadero *revival* de la doctrina Calvo. Existe una especial sensibilidad en el impacto, más que económico, social de la aplicación que los tribunales de arbitraje están realizando del tratado NAFTA, entre Méjico, Canadá y Estados Unidos. El propio Presidente Obama en su campaña camino de la Casa Blanca indicó con toda claridad que los inversores extranjeros no deben disfrutar de mayor protección que los ciudadanos norteamericanos”.

Sin embargo, es necesario analizar si la doctrina Calvo es realmente lo que se dice de ella. En primer lugar, reubicadas en su contexto, las ideas expresadas por Carlos Calvo fueron revolucionarias, con un sentido de igualdad respecto de los extranjeros, poco común en una época en la que esos derechos no se tenían en cuenta.²⁶ En realidad la posición de Carlos Calvo fue de de-

²² Respecto de la acomodación constitucional de instituciones concretas concernientes al arbitraje, *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina, op. cit.*, pp. 311 ss.

²³ E. Roa Ortiz, “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la impartición de Justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado Mexicano”, *IUS*, <http://www.unla.edu.mx/iusunlal/reflexion/tratados.htm>.

²⁴ L. Pereznieta Castro, “Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el Tratado Norteamericano de Libre Comercio”, *Jurídica. Universidad Iberoamericana*, n° 23, 1994, pp. 385 ss.

²⁵ Selser, *Enciclopedia de las intervenciones extranjeras en América Latina*, Pahl–Rugenstein Verlag Nachfolger–GmbH, 1992.

²⁶ Hay que recordar que el concepto del “exclusivismo colonial” excluía de las Colonias españolas a toda persona que no fuera súbdito de los reyes españoles, sobre el particular, *vid.* L. Pereznieta, *Derecho internacional privado. Notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el Derecho mexicano*, 2ª ed., UNAM, 1982, pp. 37 ss.

fensa a favor de los extranjeros! En aquella época los extranjeros no tenían casi ningún derecho en el país receptor²⁷. De ahí que el otorgamiento de esta “protección” quedó acuñada en una frase – la única que se queda en la memoria de los juristas – que “los extranjeros deben tener derecho a la misma protección que los nacionales, pero nada más”²⁸ Sin embargo, con frecuencia se olvida que este principio nació en Europa²⁹.

Ahora bien, ¿en qué medida los tratados de libre comercio o los acuerdos bilaterales de inversión (TLCs, BITs) etc. violan este principio? El ciudadano local puede afirmar que los extranjeros pueden “escapar” de los tribunales judiciales nacionales con frecuencia poco preparados y corruptos pero el propio ciudadano no. Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta. En materia mercantil –*lato sensu*– el ciudadano también puede acordar en sus contratos que su conflicto sea sometido a un arbitraje, con lo cual opera automáticamente, una prórroga de jurisdicción. También se ha afirmado que cuando el nacional negocia un contrato con el Estado, no puede obligar a éste para que acepte una cláusula compromisoria. Esta afirmación también es errónea. Primero, muchos países ya aceptan en sus contratos públicos cláusulas de resolución alternas de controversias³⁰. Segundo, y quizá lo más importante, todo al final de cuentas depende del *bargaining power*. Lo vimos muy bien en el caso *Disney* donde la empresa americana de entretenimiento insistió en tener una cláusula compromisoria en sus contratos con el Estado francés. No obstante que el Consejo de Estado francés decidió que tal acuerdo arbitral era ilegal en aplicación del derecho local que prevé una competencia exclusiva para los tribunales administrativos³¹. A la insistencia de la empresa de entretenimiento, en el sentido de que tales tribunales no pueden ser imparciales dado que en última instancia es ante el Consejo de Estado que dichos conflictos se tienen que resolver, este órgano se convierte a la vez en juez y parte³², el Parlamento francés tuvo que intervenir y aprobar una ley

²⁷ Para un análisis muy fino de la doctrina Calvo ayer y hoy, *vid.* W. Montt, “International Investment Law and Latin America Can and Should Demand From Each Other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation”, *Res Publica Argentina*, 2007.75.

²⁸ *Le droit international théorique et pratique*, París, 1896.

²⁹ Es así que Calvo narra que durante los trastornos políticos en Italia en 1849, en una guerra entre Nápoles y Toscana, residentes ingleses fueron afectados por las tropas austriacas que defendieron el Grand Duque toscano. Consecuentemente, Inglaterra presentó sus reclamaciones, a las cuales el gobierno austriaco contestó: “Por muy dispuesto que estén los pueblos civilizados de Europa a ensanchar los límites del derecho de la hospitalidad jamás lo harán al punto de conceder a los extranjeros privilegios que las leyes del país no aseguran a los nacionales” (*Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, t.1, 1868, p. 389); también relata que Lord Stanley expresó la misma opinión en relación con la famosa cuestión de *Don Pacifico* (*The Letters of Queen Victoria*, vol 2 (of 3), 1844–1853, Gutenberg Project, <http://fiiiby.com/file/234989/odg6dp3rht.html>).

³⁰ L. Pereznieta Castro y J. Graham, *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, Límusa, 2009. n.º 95 ss; H. Wöss, “Arbitraje, Medios Alternativos de Solución de Controversias y Compras del Sector Público en México”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2009, p. 124.

³¹ *Avis*, 6/3/1986.

³² Como su nombre lo indica, el Consejo de Estado, por un lado “aconseja” al Estado, y por otro lado es la última instancia en materia de litigio administrativo.

especial (18 de agosto de 1986) para lograr que el parque de atracciones de Disney se estableciera en Francia. Lo mismo pasa en materia de inversión. Ningún Estado está obligado a firmar un BIT. El *bargaining power* nace a partir del momento en que el Estado receptor necesita las inversiones y por lo tanto acepta el arbitraje como modo de resolución de controversias. Pero la situación es exactamente la misma para el nacional. Si el Estado necesita lo que el nacional propone como proyecto de negocios, aceptará también ir al arbitraje en caso de disputa. En resumen, desde el punto de visto de la sociología jurídica, la referencia a la doctrina Calvo es errónea; se trata de un mito “político”³³ utilizado por intereses nacionalistas para fines ajenos a lo que Calvo tuvo en mente³⁴.

IV. El mito del CIADI³⁵

Bolivia decidió el 2 de mayo de 2007 renunciar al Convenio del CIADI, para lo cual presentó varios argumentos³⁶.

En primer lugar, afirman las autoridades bolivianas, que el CIADI es un tribunal absolutamente desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales. Los hechos así lo demuestran: De los 232 casos de arbitraje presentados, 230 han sido planteados por transnacionales contra Estados. Ahora bien, primero el CIADI tal cual no es un tribunal sino una secretaría técnica al servicio de los varios tribunales arbitrales que son libremente constituidos por las partes. Se trata de una institución administradora de arbitrajes como lo son: la CCI, la AAA, el CAM, etc. Segundo, en relación con las cifras mencionadas, son totalmente lógicas en la medida que la Convención de Washington de 1965 y los diversos BITs tienen por objetivo proteger al inversionista contra el Estado y no vice-versa. También vale la pena subrayar que muchos Estados receptores hoy son también Estados que exportan a sus inversionistas. La compañía boliviana UNETE tiene actualmente un arbitraje en contra de Ecuador (Es cierto que el procedimiento no es ante el CIADI, sino que se trata de un arbitraje UNCITRAL). Por su parte, Venezuela, que tiene una política nacional y económica muy similar a Bolivia, ha invitado voluntariamente a *ExxonMobil* a regresar al arbitraje CIADI, no obstante la existencia de varios procedimientos judiciales ante tribunales estatales³⁷. Venezuela logró una primera “victoria”³⁸ lo que comprueba que

³³ L. Pereznieta Castro, “Dos mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: ‘la Cláusula Calvo’ y ‘la zona prohibida’ o ‘zona restringida’”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 2, 1997, pp. 111–134.

³⁴ S. Montt propone de actualizar la doctrina Calvo para re-equilibrar la relación Estado–Inversionista, *op. cit.*

³⁵ Respecto de este tema y las dificultades que enfrenta este tipo de arbitraje en América Latina, consultar J.C. Fernández Rozas, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, XXIV, 2009, pp. 13–37.

³⁶ <http://www.art-us.org/content/bolivia-decide-salir-del-ciadi>.

³⁷ <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=42290>.

no hay en realidad un perjuicio en contra del Estado y que la mayoría de los tribunales arbitrales, no obstante ciertas imperfecciones, buscan la solución “justa”. Sin embargo, es verdad que la justicia no siempre se le mira “justa”; punto que indudablemente se debe corregir en el futuro. En palabras aristotélicas, “la dificultad está en que lo equitativo, siendo que lo justo, no es lo justo legal, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”³⁹, no obstante, la tendencia hoy es obviamente mucho más positiva:

“The natural instinct, when someone observes a miscarriage of justice, is to step in and try to put it right, but the interests of the international investing community demand that we must observe the principles which we have been appointed to apply, and stay our hands”⁴⁰.

Otro argumento sostenido por el gobierno boliviano es que del total de disputas atendidas (concluidas y en proceso) por CIADI hasta febrero de 2007 (109), en el 74 % de los casos los demandados son países en desarrollo, es decir naciones pobres; en el 19% son países desarrollados y apenas en el 1,4% son las naciones ricas de la Tierra, los países miembros del G8. Este argumento tampoco debe ser tomado fuera de contexto. En efecto, la estabilidad legislativa, financiera y política, de las economías liberales en los países de “primer mundo” significa que hay menos expropiaciones y por lo tanto menos litigios entre inversionistas y Estados.

Ahora bien, Bolivia también argumenta que el 36% de los casos atendidos por el CIADI terminaron con un fallo favorable al inversionista privado y 34% de los casos fueron resueltos fuera de la corte, pero con compensación para el inversor. En los pocos casos ganados por los Estados, éstos no obtuvieron indemnizaciones. Sin embargo, según las cifras de la UNCTAD para 2009, en trece laudos publicados sobre jurisdicción, el inversionista perdió seis veces; en siete decisiones publicadas sobre el fondo, el Estado ganó tres veces. En total, sobre ciento sesenta y cuatro casos, 38% de las decisiones fueron a favor del Estado, y solo 29% a favor del Inversionista (mientras que 34% de los asuntos han sido concluido vía negociación)⁴¹. En el mismo sentido, la reciente decisión *Sempre Energy*⁴² el comité *ad hoc* del CIADI dio la razón a Argentina que había perdido en “primer instancia”.

En conclusión, la salida de Bolivia y del Ecuador del CIADI probablemente corresponde a una actitud política e ideológica —en este caso, una oposición a las “políticas” estadounidenses, que según dichos países, son “dueños”, entre otros, del Banco Mundial y consecuentemente del CIADI—. De ahí, la pretensión de establecer un “CIADI” latinoamericano. Sin embargo, hay confusión y es donde la doctrina regional tiene un importante papel a jugar. El CIADI es nada más que una “secretaría” que no toma decisiones con respecto a un

³⁸ *Decision on Jurisdiction*, 10/6/2010, en relación con la fecha a partir de la cual se debe calcular el eventual perjuicio.

³⁹ *Moral a Nicómaco*.

⁴⁰ Laudo sobre el fondo, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, 26/6/03.

⁴¹ UNCTAD, *Latest Development in Investor–State Dispute Settlement*, 2010.3.

⁴² *Sempre Energy Int'l v. Argentina*, 29/6/2010.

asunto. Solo organiza la parte administrativa para que se integre un tribunal conforme a las reglas pero de acuerdo a la voluntad de las partes involucradas. Si hay fallos discutibles, el culpable no es el CIADI sino el tribunal arbitral que se constituyó de acuerdo a sus reglas pero donde las partes escogieron a los árbitros. Como lo observó Nigel Blackaby, si mañana hay una institución arbitral regional⁴³, ¿qué hará de más o de diferente de lo que hace hoy el CIADI⁴⁴? En realidad, lo que falta son más árbitros con una sensibilidad regional. Es cierto lo que sostiene José Astigarraga a este respecto:

“As noted, the time was that Latin American arbitrators with international experience were few and far between. Today, not only are there more and more Latin American arbitrators with international experience, but some of the world’s top arbitrators are Latin American. For example, the International Centre for Settlement of Investment Disputes reports that 15% of arbitrators, conciliators and ad hoc committee members appointed in ICSID Cases in 2009 came from South America, Central America and the Caribbean.⁴⁵ And, Latin American arbitrators have sat on tribunals deciding important and high-profile investor-state cases”⁴⁶.

Sin embargo, no se puede negar que aún exista una preferencia respecto de árbitros no-latinos como por ejemplo en un caso 100% latinoamericano entre una empresa mexicana y venezolana donde los árbitros provinieron de Francia, Estados Unidos y Egipto⁴⁷, y ambas partes fueron representadas por despachos americanos⁴⁸. Esto que ha sido una tendencia, debe cambiar en la medida que las partes constaten que existe una doctrina y una cultura regional del arbitraje y que, en la práctica, los despachos locales tienen una efectividad en el tratamiento de estos arbitrajes.

Por lo tanto, nos parece que la solución no es tanto criticar el CIADI⁴⁹, sino cambiar por ejemplo el sistema de las listas cerradas y autorizar a las partes para nombrar como árbitro al que más les convenga. De la misma manera, se puede pensar en cambiar a la autoridad nominadora y que no sea necesariamente, un funcionario americano o pro-americano⁵⁰.

⁴³ Vid. las distintas propuestas en el marco de la UNASUR, especialmente sus conclusiones de la IV Cumbre de Poderes Judiciales de la UNASUR: www.presidencia.gov.ec/pdf/Discurso_Pjudiciales.pdf.

⁴⁴ ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup?, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010.45, 60.

⁴⁵ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>.

⁴⁶ J. Astigarraga, “A Glimpse into the Crystal Ball: Latin American Arbitration Ten Years Hence”, *Revista Iberoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2010, pp. xxvi–xxvii.

⁴⁷ *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/08/15): Guillaume (Francia); Abi-Saab (Egipto), Von Mehren (EU).

⁴⁸ *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP; Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*.

⁴⁹ Aunque tampoco no todo es perfecto en la institución como lo opina Dalhuisen en su Declaración en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs Republic Argentina*, Ad hoc Committee, ARB/97/3, 10/8/2010 (Additional Opinion of Professor JH Dalhuisen under Article 48(4) of the ICSID Convention).

⁵⁰ El Presidente del tribunal arbitral, si los co-árbitros no se ponen de acuerdo, es nombrado por el Presidente del Consejo de Administración del CIADI (art. 38 de los Estatutos del CIADI), que no es otro que el Presidente del Banco Mundial, quien siempre es de nacionalidad estadounidense y es designado por el director ejecutivo del país miembro que posee de la mayor cantidad de acciones del

V. La ley aplicable

¿Cuál es la ley que se aplica en un asunto sobre inversión extranjera, donde las partes no han previsto una cláusula de *electum juris*? La pregunta existe desde la creación del CIADI⁵¹ y opinamos que hoy más que nunca la interrogante merece toda la atención en vista de la diversidad y variedad de fuentes invocadas ante los árbitros (1). El segundo punto es cómo lidiar con los varios conceptos conocidos para exonerarse de la responsabilidad en caso de incumplimiento de sus obligaciones, que muchas veces son la única defensa que el Estado tiene (2).

1. ¿Hacia una *lex inversionis*?

No hay claridad sobre cuál ley se debe aplicar y tampoco, cómo los diversos instrumentos internacionales se coordinan con otros. Sabemos que muchos autores consideran al derecho internacional como un ente “global y universal”, lo que explica que en un caso latinoamericano se invoca la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos⁵²; en otro caso de expropiación se invoca decisiones del GATT/OMC⁵³; etc..

Ahora bien, si no hay duda en que el derecho internacional es aplicable, lo importante es saber: ¿qué debe entenderse por “derecho internacional”? Es usual citar el art. 38 del Estatuto de la CIJ que enumera las fuentes del *jus Gentium*:

“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho;
- los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.

Banco, que son los Estados Unidos (<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCO MUN-DIAL/EXTFAQSSPANISH/0,,contentMDK:20669081~menuPK:1723691~pagePK:98396~piPK:51137780~theSitePK:1723673,00.html#6>).

A eso, se agrega que unas veces se toman decisiones desafortunadas como el nombramiento en el caso *Aguas del Tunari* (Bechtel) contra Bolivia, donde se nombró Presidente del Tribunal Arbitral a David D. Caron, distinguido arbitralista, pero ciudadano estadounidense, es decir de la misma nacionalidad que Bechtel.

⁵¹ Schreuer, *The ICISD Convention: a Commentary*, ICSID, 2001.549 sq.

⁵² *Tecmed precit.*; *Azurix Corp. v. Argentine Republica*, precit. (la problemática se presentó de manera indirecta).

⁵³ *Methanex precit.*; Kurtz, *The Use and Abuse of WTO Law in Investor–State Arbitration: Competition and its Discontents: A Rejoinder to Robert Howse and Efraim Chalamish*, *EJIL*, 2010. 1095.

De ahí, muchas veces los tribunales arbitrales invocan decisiones judiciales de varios tribunales, entre otros de los tribunales internacionales de derechos humanos. Sin embargo, es importante preguntarse hasta donde una decisión arbitral puede o debe apoyarse en estas decisiones.

En primer lugar, debemos precisar el sentido de las palabras. El Derecho internacional “básico” es el Derecho consuetudinario⁵⁴ y que es llamado “derecho internacional general”. Se trata de principios aplicables a todos los Estados, con la excepción del *persistant objector*⁵⁵. Después tenemos el derecho internacional convencional que se aplica únicamente a los Estados parte (salvo si la norma convencional corresponde a una costumbre internacional), y que por lo tanto es un derecho internacional “especial”. Es lógico que una norma convencional no se pueda aplicar a Estados que no sean parte de dicho instrumento en virtud del principio de la relatividad de las convenciones (salvo como lo hemos dicho si representa en el mismo tiempo una norma consuetudinaria).

En un segundo lugar, existe la duda de si por ejemplo, la Convención europea y la interamericana de derechos humanos, junto con sus respectivos tribunales, son sistemas convencionales cerrados (*self-contained*)⁵⁶. En efecto, las decisiones de estos tribunales interpretan sus respectivas convenciones que se aplican sólo a los Estados partes. Si un Estado no es parte a estos instrumentos contractuales, obviamente las decisiones de los tribunales tampoco pueden aplicársele. Salvo, insistimos que se trate de principios básicos vinculados con el *jus cogens*. En el caso de la invocación de las decisiones de la Comisión Europea (CEDH) por ejemplo, existe, en alguna medida, un efecto extraterritorial de la aplicación de la convención europea. Dicho en otras palabras, si un tribunal arbitral en un caso contra un Estado latinoamericano basa su laudo en decisiones de la CEDH, eso implica que este Estado tiene en el futuro que “respetar” esa norma europea. De ahí, resulta ahora que un árbitro, un abogado, el Estado receptor, véase un juez latinoamericano debe conocer la jurisprudencia de la CEDH⁵⁷— y en esta lógica, se podría pensar, *ad infinitum*, también en la Corte Africana de Derechos Humanos, la Corte Suprema del Caribe Oriental, etc... Con el fin de

⁵⁴ Es usual afirmar lo contrario. Eso se debe probablemente por la cantidad: hay más tratados que costumbres internacionales. Sin embargo, la costumbre proviene de la práctica que obviamente es previa cualquier idea convencional. Y también es cierto que en la fase de aplicación, se aplica en primer lugar el tratado porque justamente es *lex specialis* al Derecho internacional general — que es el Derecho consuetudinario.

⁵⁵ *Fisheries Case* (United Kingdom vs Norway), 18/12/1951; *Asylum case* (Colombia vs Peru), 20/11/1950.

⁵⁶ Para la discusión de la compartimentalización del derecho internacional: Simma & Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, *EJIL*, 2006.483; Simma & Pulkowski, *Leges Specialis and Self-contained Regimes* *in*, Crawford et al., *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 139.

⁵⁷ ¿Cuál sería el sentido de aplicar a un caso contra Perú por ejemplo, los *dicta* del fallo *Barret & Sirjean c/Francia* de la CEDH en un asunto de desposesión en Córcega implicando numerosos puntos particularistas debido a la situación política en la Isla? (5ta Sección, 21/1/2010).

impartir justicia, en algunas ocasiones es el propio Estado el que invoca tratados de los cuales no es parte, como por ejemplo, en el asunto *Azurix*⁵⁸.

Ahora bien, es cierto que se puede argumentar que los árbitros no aplican directamente la Convención europea por ejemplo, sino la toman en consideración como un “apoyo” doctrinal para sostener su razonamiento en el sentido de “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” como lo establece el art. 38 Estatuto CIJ.

Sin embargo, la doctrina tendrá que reflexionar si tal forma de *lex shopping* comparado realmente es admisible. Como lo dijo el Comité *ad hoc* en *Azurix*:

“Argentina también se refirió, por analogía, al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y al TLCAN. Como el alcance de la protección otorgada por un tratado de protección de inversión depende, en cada caso, de los términos específicos del tratado correspondiente, el Comité considera que las comparaciones con tratados que contienen disposiciones diferentes son de poca utilidad, en especial con respecto a tratados que no se refieren a la protección de inversiones”⁵⁹.

Lo que se ve, es que tanto los litigantes como los árbitros aplican una cierta forma de *lex inversiones* al imagen de la *lex mercatoria*. En sí mismo no habría problema si hubiera acuerdo sobre la definición esta última. La nuestra es la que Emmanuel Gaillard propone:

“La idea hoy en día no es la oposición entre ordenes jurídicos estatales y un hipotético orden jurídico transnacional, sino el de un recurso global a un conjunto de derechos nacionales... En otros términos, el postulado de la inadecuación de los derechos nacionales da lugar a la preocupación, más legítima, de fundar la solución de algunos asuntos sobre un conjunto de derechos en lugar de un único en donde las soluciones originales podrían decepcionar la espera legítima de las partes”⁶⁰.

Sin embargo, hay al menos dos obstáculos serios para un tal *lex inversionis*. Por un lado, los BITs no la prevén como ley aplicable y, por otro lado, no siempre es fácil de definir cuál podría ser la “espera legítima” de las partes. El caso del TLCAN lo ilustra perfectamente. Si uno puede “legítimamente” pensar que los principios generales son parte del derecho internacional (como lo indica el art. 38 Estatuto CIJ), resulta que una de las partes, en este caso el Estado, opinó que la expresión derecho internacional se refiere solo el derecho consuetudinario y no a los principios generales⁶¹.

Sin embargo, lo expuesto anteriormente, no constituye una imposibilidad absoluta para la existencia de una *lex inversiones*, a condición de que la doctrina ayude a sistematizar las decisiones con el fin de obtener un resultado similar parecido al de los Principios UNIDROIT en materia de comercio internacional.

⁵⁸ Anullment decision, 1/9/2009.

⁵⁹ *Id.*, ¶128.

⁶⁰ E. Gaillard, “Trente ans de *lex mercatoria*”, *Journ. dr. int.*, 1995, p. 8.

⁶¹ Lo que dio más tarde lugar a la declaración interpretativa de la Comisión del TLC (Weiler, Good Faith and the Promise of Regulatory Transparency, *in*: Weiler, *International Investment Law and Arbitration*, Camaron May, 2005.720).

2. El ejemplo de la fuerza mayor y otros conceptos

En el arbitraje comercial pocas veces se presenta la oportunidad de mencionar situaciones que permitan invocar la fuerza mayor, el caso fortuito u otros conceptos similares, por el hecho de que no hay muchas circunstancias que realmente hacen imposible el cumplimiento de una obligación. Para los países latinoamericanos la situación es diversa debido a la recurrencia de las crisis económicas⁶² que suelen postrar al Estado y dificultan o imposibilitan el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, faltan obviamente criterios precisos para definir cuando hay *force majeure*, *hardship* o estado de necesidad⁶³, que muchas veces son las únicas defensas que tienen los Estados cuando hay, por ejemplo, una crisis económica. En varios casos, entre otros el de Argentina, nadie ha negado que de hecho se sucedió con ese país un cambio “drástico” de circunstancias⁶⁴.

Ahora bien, dos principales problemas se cristalizan alrededor de la mencionada problemática. Por un lado, ¿quiénes son los árbitros para juzgar las decisiones políticas que se tomaron, y si fueron o no la causa de la crisis? Todos los árbitros son abogados y no economistas. ¿Es facultad realmente del tribunal arbitral emitir juicios de valor, como fue en el caso *CMS*⁶⁵?, que obviamente traen consigo consecuencias jurídicas y no jurídicas para la solución de la controversia.

El segundo problema reside en la diferencia de interpretación de los textos legales aplicables y si los requisitos que prevén se han cumplido cabalmente o no. A diferencia de otros países y de algunas empresas, desafortunadamente el cambio radical e imprevisible de circunstancias (política, financiera, social, etc...) es en el ámbito regional latinoamericano, un hecho frecuente. En estas condiciones son indispensables definiciones más precisas que permitan a ambos actores, empresa y Estado, tener una mayor seguridad jurídica⁶⁶. Recordemos que, mediante metodologías diversas de interpretación, *LG&E* y *Continental Casualty* aceptaron la defensa argentina en base al estado de necesidad bajo el amparo del artículo XI del BIT EU–Argentina,

⁶² Por ejemplo: México (1994), Argentina (1995), Brasil (1999), Argentina (2002); a las cuales se agregan diversas otras crisis como Ecuador (1997).

⁶³ Sobre la problemática general, ver: Scherer, *Economic or Financial Crises as a Defense in Commercial and Investment Arbitration*, *Czech Yearbook of International Law*, 2010.219.

⁶⁴ Paradójicamente, Argentina en el momento de firmar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, emitió la siguiente reserva: “*The Argentine Republic does not accept the idea that a fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty*”.

⁶⁵ 12/5/2005; J. Graham y C. Treviño Vives, “La previsibilidad en materia de arbitraje sobre inversión extranjera: criterios jurídicos contradictorios y los casos CMS y LG&E”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2007., p. 122.

⁶⁶ A. Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States,” *Am. J. Int’l L.*, 2010, p. 79.

mientras que *CMS, Enron* y *Sempra* la rechazaron⁶⁷. El punto de divergencia está en la coordinación entre el derecho convencional (el BIT), el derecho consuetudinario, y el derecho internacional codificado como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado. Creemos que ahí se plantea la necesidad de elaborar un marco de referencia más preciso en relación con la ley aplicable. Asimismo, por qué no pensar en nuevos conceptos como el estado de necesidad “financiero” tal como lo sugiere Sarah Heathcote⁶⁸.

VI. Derechos humanos⁶⁹, comunidades indígenas y medio ambiente

Como Howard Mann lo ha escrito,

*“the key issue that arises here is whether a regulation designed to protect or promote human rights can be classified as an indirect expropriation of an investor’s rights or assets”*⁷⁰.

Dos casos latinoamericanos ilustran las vistas opuestas sobre el tema, que obviamente pone en juego el poder soberano del Estado. En *Metalclad*, el tribunal partió del principio que una expropiación es una expropiación, no importa su motivo. La única cuestión a resolver es verificar si se han dado los requisitos del tratado para otorgar una compensación al inversionista. En *Methanex*, los árbitros decidieron al contrario que si es importante el motivo de la expropiación para decidir o no el otorgamiento de una compensación:

*“[A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable [...]”*⁷¹.

En otras palabras, si la “desapropiación” por parte del Estado es por ejemplo, motivada por razones de protección de derechos humanos, el inversionista no tendría derecho a compensación.

Se pueden mencionar otros dos ejemplos. En la medida en que muchos asuntos en la región se refieren a concesiones por parte del Estado, como es el caso del manejo del sistema de agua, es a partir de los casos *Agua de Tunari* y *Compañía de Aguas del Aconquija*, que surgió la posibilidad de un

⁶⁷ Un tribunal arbitral sólo tiene por misión de resolver la controversia presentada y no, como un tribunal judicial, crear “jurisprudencia”.

⁶⁸ Crawford *et alii*, *op. cit.*, Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Necessity, p. 491, 501.

⁶⁹ Dupuy *et al.*, *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, 2009; Mann, *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, IISD, 2008; Fry, International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2007.77, 114.

⁷⁰ P. 21.

⁷¹ P. 278.

“nuevo” derecho humano que fuera el del “derecho al agua”⁷². En el caso Boliviano, el argumento es muy sencillo. El Hombre no puede sobrevivir sin agua. Si el precio del agua no le permite comprarla, no cabe duda que su vida va sufrir por esta situación, y podrá verla en peligro. De ahí, que algunos opinen que se viola el derecho al agua e intrínsecamente el derecho a la vida. En materia de las concesiones de explotación petrolera o gasífera, se argumenta que muchas veces las inversiones violan el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al medio ambiente, el derecho a la igualdad, etc...⁷³.

Si se sigue la línea de *Methanex*, ninguna compensación tendría que ser otorgada al inversionista. Sin embargo, no se pueden negar las inversiones que llevó a cabo la empresa para implementar el sistema de distribución del agua. Otro ejemplo que se puede citar es el de las posibles consecuencias del caso *Saramaka People* de la CIDH⁷⁴ y *Grand River Enterprises*⁷⁵. Si Europa tal cual no tiene problemas con comunidades indígenas “históricas”, la situación es diferente en el continente americano. En los Estados Unidos son pocos los grupos de indígenas que aún tienen una fuerza política real, pero esto no quiere decir que el problema no sea conocido como lo demuestra el caso de *Gran River Enterprises*. Sin embargo, el caso es diferente respecto a América Latina. La gran mayoría de los países de esta región están compuestos por comunidades indígenas importantes y bien identificadas, que al mismo tiempo suelen ser una población votante de importancia⁷⁶.

En *Grand River Enterprises*, lo interesante para la doctrina latinoamericana es fijar si existe o no una costumbre internacional emergente al considerar las poblaciones originarias como “primeros inversionistas” y por lo tanto si existe una obligación de consultarles antes de tomar cualquier medida normativa. Los Estados Unidos rechazan la existencia de tal regla consuetudinaria. Sin embargo, suponiendo sin conceder que existiera tal regla, los Estados Unidos pretenden ser considerados como *persistent objector*:

“the US denies that there is an obligation pursuant to Article 1105(1) to proactively consult indigenous tribes. Indeed, lawyers for the U.S. State Department dismiss any suggestion that certain international declarations on indigenous peoples have given rise to concrete customary international law obligations, including with respect to avoiding discrimination against indigenous persons by taking proactive steps to consult them as to potential regulatory or legislative changes that might have a substantial impact on them”⁷⁷.

⁷² R. Bär, *Why we need an International Water Convention*. Alliance Sud, 2004.4. Dupuy, *Le Droit a l'eau: Un droit International*, EUI Working papers, 2006.

⁷³ M. Jacob, *International Investment Agreements and Human Rights*, INEF Research Paper Series, Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development, 2010.

⁷⁴ 12/8/2008.

⁷⁵ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America* (UNCITRAL), <http://www.state.gov/s/l/c11935.htm>.

⁷⁶ Por ejemplo, en 2005, 39% de la población de Ecuador, 45% de la población peruana y 55% de la población boliviana estuvo compuesta de poblaciones indígenas identificadas (F. Lizcano, *Composición Étnica de las Tres Áreas Culturales del Continente Americano al Comienzo del Siglo XXI*, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, UAEM, 2005. 185).

⁷⁷ Peterson, 2 *IA REPORTer* 3 (2009: 18).

Aunque que con anterioridad hemos dicho que no estamos seguros que sea buena política invocar la jurisprudencia de los diversos tribunales de derechos humanos por ser sistemas *self-contained*, haremos una excepción evocando el caso *Saramaka People* de la CIDH en relación con el asunto mencionado del *Grand River Enterprises*. La Corte Interamericana consideró que el derecho a la propiedad tiene que ser interpretado de manera especial cuando concierne a territorios que pertenezcan a pueblos originarios. ¿Qué sucede si el Estado nulifica un contrato de concesión hidroeléctrica con una empresa extranjera porque el proyecto implica por ejemplo, la destrucción de panteones indígenas, sin el consentimiento previo e informado de estas comunidades? ¿Un tribunal arbitral tendría que declarar admisible la demanda del inversionista? En otras palabras, ¿una inversión hecha en violación de ciertos derechos humanos puede ser considerada como una inversión⁷⁸? Estas y otras preguntas deben responderse en aras de conformar, en este tema específico, un filón importante de una doctrina regional en materia de arbitraje de inversiones.

VII. ¿BIT o sistema de seguro?

No cabe duda que los BITs no son un seguro para rescatar negocios perdidos. Una inversión conlleva un cierto grado de riesgo que tiene que ser aceptado por parte del inversionista extranjero. Mucho se ha hablado a nivel económico y de ahí que el inversionista extranjero le fije a su inversión una “prima de riesgo” que más tarde se reflejará en el valor de su inversión, en precios, etc. Pero también en un contexto cultural, el riesgo existe. Como George Malcotts lo observa de manera muy pertinente en relación con las inversiones suizas en los países del este – y que se aplica *mutatis mutandis* a América Latina:

“Cultural differences that were not taken into consideration properly have been the main reason. In Switzerland, we rely on written and unwritten rules, norms and practices that traditionally apply to our business environment. We are inclined to believe and trust organizations and systems. In Eastern countries loyalty tends to be connected to personal relation between individuals. The weaker the legal framework and systemic security is, the greater the focus on personal relations”⁷⁹

Como fue declarado en un caso ICSID, en cualquier negocio, siempre hay un factor de riesgo que el inversionista tiene que asumir

⁷⁸ Vid. las observaciones de Orellana, *Am J. Int'l L.*, 2008, p. 847. K. Supnik propone de modificar el Tratado de Washington para implementar consideraciones en relación con el medio ambiente, la salud pública etc... Si las propuestas se ven razonables, nos parece complicado cambiar tan profundamente un convenio que tiene 144 Estados partes (“Making Amends: Amending the ICSID Convention to Reconcile Competing Interests in International Investment Law”, *Duke Law Journal*, 2009, p. 342).

⁷⁹ Risks of Swiss Direct Investment Abroad – The Cultural Factors, en Hoffmann, *Protection ...*, *op. cit.*, pp. 3–4.

“Al respecto, el Tribunal debe enfatizar en que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios. Aunque probablemente sea cierto que las políticas y prácticas de SODIGA y sus entidades afiliadas resultan deficientes en la época, en España, pues no puede considerarse que éstas debían atenuar los riesgos comerciales inherentes a cualquier inversión que asumían los inversores. En ese sentido, ciertamente no se puede responsabilizar a España por las pérdidas que pueda haber sufrido el señor Maffezini como podría haberle ocurrido a cualquier otra entidad privada en circunstancias similares”⁸⁰.

Como lo subrayó otro tribunal:

“Por lo contrario, considera el Tribunal que la prudencia habría aconsejado a un extranjero que llegaba a un país que había sufrido serios problemas económicos, ser mucho más conservador en sus inversiones”⁸¹.

Como ya lo vimos con anterioridad, la pregunta aquí, es la siguiente: si se debe tomar en cuenta o no el motivo de la expropiación. Si se acepta la idea de que solo el resultado cuenta, cualquier afectación de un derecho económico dará automáticamente derecho a una indemnización y en este sentido, si el inversionista cumple con todos los requisitos del BIT, éste se puede volver poco a poco un mecanismo de seguro contra pérdidas, en lugar de ser una protección en contra de actos arbitrarios del Estado receptor. Este es otro concepto que debe ser tomado en cuenta para la integración de una doctrina regional en materia de arbitraje de inversiones.

VIII. Costos del arbitraje

El costo del arbitraje y por lo general, los subsecuentes honorarios de los abogados, suelen constituir un problema⁸² que requiere una reflexión particular en lo que concierne el arbitraje en América Latina. No cabe duda que tal tipo de arbitraje es caro para todos: empresas, Estados, etc... sin embargo, para los países latinoamericanos, la carga financiera es aún peor. Si tomamos por ejemplo el caso del Ecuador, en 2008, los procedimientos en su contra tuvieron un costo de 5.492 millones de dólares, lo que representó el 50% del presupuesto estatal previsto para ese año⁸³.

Ya sea en materia comercial o en materia de inversión extranjera, las partes latinoamericanas pocas veces tienen las mismas posibilidades económicas para afrontar los gastos y costas que sus contrapartes americanas y europeas. Sabiendo que el procedimiento arbitral en sí, no es tan caro (Schreuer habla de un promedio de 200.000 dólares para un procedimiento CIADI⁸⁴) y

⁸⁰ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13/11/2000.

⁸¹ *Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay*, Case No. ARB/98/5, 26/7/2001.

⁸² Para la cuestión en general: P. Morton, “Can a World Exist where Expedited Arbitration becomes the Default Procedure?”, *Arb. Int'l*, 2010, p. 103; E. Gaillard, “The Dynamic of Time and Cost”, *Global Arbitration Revue*, 2009, p. 10.

⁸³ Declaración del Procurador del Estado Diego García, que por el año 2008, el total de la *litis* en contra del Estado fue de unos 5, 492 millones de dólares, la mitad del presupuesto estatal programado, que fue de 12. 605 millones (*EL Comercio*, 1 de octubre de 2009).

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 1208.

sabiendo que sobre el total de la factura, *grosso modo* 80% son los honorarios de los abogados⁸⁵, se debería en primer lugar dar prioridad a los despachos de la región que tienen honorarios menos altos que sus colegas americanos. En segundo lugar, la doctrina latinoamericana debe reflexionar sobre nuevas formas probatorias, visto que los *discoveries*, peritajes, testimoniales, etc⁸⁶... son una causa substancial del alto costo que se debe pagar en un arbitraje. En nuestra opinión, no hay duda que se debe adoptar el *German Advantage*⁸⁷, que podrá contribuir de manera significativa a la reducción de los costos procesales. Aunque no directamente vinculado, el estilo “americano” de los laudos que cada día son más “voluminosos” con varios cientos de hojas⁸⁸. Es así que el estudio de los precedentes requiere más y más horas. La tradición civil tiene habitualmente, sentencias mucho más cortas y éste podría ser un modelo a seguir para el caso para los arbitrajes “latinoamericanos”.

Otra alternativa de solución para la pesadilla “financiera” del arbitraje es el desarrollo de la mediación. No sólo en materia comercial, sino también en materia de inversión extranjera. Desafortunadamente es una herramienta muy poco utilizada pero que sin duda tiene sus ventajas⁸⁹ (es así que Schreuer cita un ejemplo de una conciliación con un costo procesal total de 11.000 US⁹⁰). Por qué no institucionalizar el sistema de mediación para los casos conflictivos en la región y con ello y con ello ahorrar cientos de miles de dólares que los países latinoamericanos pueden destinar a otras necesidades más apremiantes (salud, educación, etc.)

IX. Conclusiones

Después de este rápido y breve recorrido sobre lo que consideramos es una temática en el continente, no cabe duda que uno de los principales campos de estudio en los próximos años será el arbitraje en materia de inversión extranjera. Vista la experiencia de los varios Estados con distintos tratados (TLCAN, BIT, etc...), sería interesante crear un foro con la participación de los Estados donde se pueda intercambiar las experiencias y reflexionar sobre un BIT Modelo para América Latina, que podría ser adoptado y ajustado a las situaciones particulares de cada país.

No se debe perder de vista que en lo que concierne el arbitraje comercial, también hay necesidad de impulsar y promover nuevos puntos de vista. Una

⁸⁵ Así S. Lazareff evoca que en promedio en los arbitrajes CCI, el ratio costo/honorarios es de 1:5, en los procedimientos de arriba a 100 millones de 1:8, *vid.* de 1:10 (“L’arbitre singe ou comment assassiner l’arbitrage”, *Mélanges Briner*, CCI, 2005, pp. 477–480).

⁸⁶ *Vid.* la observación de L. Reed, More on Corporate Criticism of International Arbitration, *Kluwer Arbitration Blog*, 16/7/2010.

⁸⁷ Gerstenmaier, The “German Advantage” – Myth or Model?, *SchiedsVZ*, 2010.21.

⁸⁸ *Vid.* la observación del Juez Holtzmann que “the Tribunal’s growing tendency to write Awards that are overly long and excessively details” (Tribunal Irano–Americano, *Mohsen Asgari Nazari*, 24/8/1994).

⁸⁹ *Vid.* <http://investmentadr.wlu.edu/podcasts/>.

⁹⁰ *Op. cit.* p. 549.

de las principales tareas de la doctrina latinoamericana será para el futuro, como lo escribe F. Cantuarias,

“... el logro de “establecer reglas uniformes que habiliten a nuestros comerciantes y empresarios pactar el arbitraje en cualquiera de nuestros países, permitiendo así que elijan el lugar del arbitraje exclusivamente en razón de criterios como la neutralidad, los costos y los servicios, [y así] habremos avanzado en la dirección correcta para promover un verdadero crecimiento del comercio en nuestra región”⁹¹.

Finalmente, “el desplazamiento” de los profesores⁹² del campo arbitral en beneficio de los abogados litigantes⁹³, tiene obviamente también un impacto directo sobre la ausencia de nuevas reflexiones teóricas⁹⁴ que podrían permitir tener una mejor sistematización del derecho positivo y un desarrollo más ordenado de la *lex ferenda*. Como sucedió en el siglo 19 en “la guerra” entre la escuela (de derecho [del profesor]) y el palacio (de justicia [del litigante]) en Francia⁹⁵, hoy en día no cabe duda que esa batalla parece perdida para los intelectuales. Sin embargo, creemos que hace falta recordar las palabras de Saleilles, quien sostuvo que “si uno no quiere que las innovaciones jurisprudenciales sean malas sorpresas para los interesados, deben de ser preparadas y enmarcadas por el movimiento científico de la doctrina”⁹⁶. Ojalá que en estos términos, estas reflexiones puedan contribuir en el sentido que lo expresó de Gény, para quien la doctrina es la que debe de buscar el derecho⁹⁷, porque al final de cuentas, el tiempo para la conciencia que lo experimenta no es una sucesión de instantes “del pasado al futuro” [camino de la abogacía], sino un “ir hacia el futuro que va cobrando conciencia de su ir [camino de la academia]”⁹⁸.

⁹¹ *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima, UPC, 2008.107.

⁹² Entendemos por “profesor”, un titular de tiempo completo de una cátedra que enseña y contribuye de manera significativa al desarrollo de la doctrina. Obviamente, este estatuto no excluye que el profesor también pueda trabajar como litigante en una firma de abogados. De la misma manera, es cierto que un litigante también puede enseñar y publicar, pero por sí mismo no contribuye a la teorización y la sistematización del derecho.

⁹³ Si nos referimos a los tribunales constituidos en materia de arbitraje sobre inversión extranjera por lo que concierne los años 2009 y 2010, la proporción en promedio es de 2 a 1 a favor de abogados litigantes. En lo que se relaciona con la representación de las partes, el monopolio pertenece a las firmas de abogados.

⁹⁴ En efecto, el ejercicio de la profesión es cada día más exigente y no permite al abogado tomarse el tiempo para la reflexión abstracta. Su ejercicio consiste a conocer el derecho positivo y ver cómo ganar el caso para su cliente.

⁹⁵ Ver en este contexto la obra y las observaciones de Jossierand, que hoy en nuestra materia son más que nunca de actualidad: Audren, Luis Jossierand ou la construction d'une autorité doctrinale, *RTDC*, 2009.39, 46.

⁹⁶ *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, *RTDC*, 1902.80, 104.

⁹⁷ *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919.

⁹⁸ M. Heidegger, *Sein und Zeit*, 1927.