

1

Arbitraje de inversión y America Latina *Investment arbitration and Latin America*

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro y abogado en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje, Arbitraje de Inversión y Arbitraje Deportivo, Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho. Anterior Coordinador del Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Miembro del INSTITUTO MEXICANO DEL ARBITRAJE, LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, INTERNATIONAL ARBITRATION INSTITUTE y el Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte. Árbitro del *Tribunal Arbitral du Sport*, Lausanne, Suiza. E-mail para correspondencia: fgcossio@gdca.com.mx.

ABSTRACT

From a corner of international law hails a discipline which has historically caused mischief: international investment law. The last few decades have witnessed an interesting development: the channeling of disputes stemming there from through a private dispute resolution mechanism: arbitration. Albeit successful in other realms, its luck in Latin American is still an open question. And as history would have it, the (incipient) Latin American flavor is becoming a matter of concern. This paper comments on it, providing insight as to the right course of action and the implications of failing to follow it.

Keywords: arbitration, international law, investment disputes.

1. INTRODUCCIÓN¹

El humano produce muchas cosas. Produce arte. Produce música. Produce cultura. Produce historia. Produce inventos y objetos para satisfacer sus necesidades. En general, produce bienes y, lamentablemente, también males.

Una de sus producciones más importantes son las ideas. El motivo es doble; uno filosófico y uno práctico. Primero, al hacerlo, responde a sus inquietudes más profundas. Segundo, busca soluciones a problemas que enfrenta.

La importancia de esta producción no debe subestimarse. Las ideas han mostrado ser las fuerzas más importantes de la historia de la humanidad.

El arbitraje de inversión es una idea –y del género práctico. Busca resolver los problemas derivados del flujo internacional de activos, los cuales han mostrado ser serios.

Sin embargo, la idea tiene detractores. No sólo eso, tiene implicaciones importantes para América Latina. A continuación se tratarán.

2. EL ARBITRAJE COMO MÉTODO PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN

A. ¿Porqué el arbitraje?

No es claro que el arbitraje sea la solución apropiada para resolver los problemas que derivan de la inversión internacional. Tres motivos vienen a la mente. Primero, constituye un acto de delegación en manos de particulares de la solución de problemas que involucran a soberanos. Segundo, por su historia. El fenómeno ha propiciado explotación, intervenciones, uso de la fuerza, presión diplomática y política. Y la historia quiere repetirse. Tercero, los temas ventilados tienen implicaciones públicas. Al ventilar la legalidad de actos de entes públicos se afecta una sociedad. Ante ello, la utilización de un mecanismo *in natura* privado levanta cejas.

No debe. El motivo es triple:

1. La ausencia de una alternativa;
2. Es un contrapeso jurídico –no político– de actos gubernamentales;
3. Su ausencia resultaría en:
 - a) Impunidad;
 - b) Escenarios perder-perder; y
 - c) Presión política y diplomática.

Explicaré porqué.

¹Esta nota se nutre de GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2009.

B. Ausencia de alternativa

La plausibilidad de la disciplina obedece al *counterfactual*. Sin la misma, existe un universo importante de problemas que no encontrarían una solución *jurídica*, sino *política*. Y la historia muestra que las soluciones políticas han tendido a ser desafortunadas, en ocasiones bélicas. Pero inclusive sin llegar a extremos, en ausencia de un *cause* jurídico, la única opción sería intervencionismo, presiones diplomáticas y menos flujos internacionales.² Un resultado en el que todos pierden.

Existe cierto paralelismo entre el derecho humanitario internacional y el derecho de la inversión. No sólo porque ambos son excepciones en que otorgan derecho de acción internacional a entes privados,³ sino por que ambos encuentran su *raison d'être* en una (lamentable) circunstancia: *el uso incorrecto del poder público*. Por ello, el arbitraje es un contrapeso internacional al poder. Sin el mismo no existirían desincentivos contra cierto tipo de conducta que la historia muestra que tiende a suceder. Su ausencia dejaría un vacío: cierto tipo de delitos internacionales quedarían impunes.

Es cierto que éstas preocupaciones no carecen de respuesta. Podría por ejemplo citarse la disponibilidad de una reclamación ante la Corte Internacional de Justicia. A su vez, la política y presión internacional ofrecen una alternativa *realpolitik*. Sin embargo, son insuficientes. El recurso ante la Corte Internacional de Justicia requiere de consentimiento, el cual el Estado anfitrión puede simplemente negar –y sin reproche alguno! Y la alternativa *fáctica* (diplomacia) tiende a no ser adecuada. Sea por que el inversionista carezca de la suficiente influencia con su Estado como para persuadirlo de llevarla a cabo,⁴ o no se realice con la forma, energía o diligencia que el inversionista hubiera preferido. O por que se efectúa por motivos distintos a los méritos del caso. Es decir, con la finalidad de lograr otros fines. Y ello sin olvidar que, si bien el Estado de origen podría bajo derecho internacional consuetudinario enderezar una reclamación internacional, lo cierto es que no *tienen* que hacerlo.⁵ Luego entonces, por técnica jurídica, es necesario que sea el interesado quien pueda recurrir.

² Admito que el nexo régimen de inversión-existencia de la inversión aún es discutido por economistas.

³ Tradicionalmente, bajo derecho internacional sólo los Estados y organismos internacionales tienen derecho de acción. Las personas (físicas o morales) son destinatarios del mismo, como lo son los mares, espacio aéreo, el territorio, ríos, etcétera.

⁴ Los motivos de ello pueden ser diversos. Por ejemplo, mientras que los grupos de interés grandes tendrán fácil acceso, los pequeños no. A su vez, el Estado cuya nacionalidad comparte el inversionista puede ser renuente a querer friccionar su relación con el Estado receptor de la inversión. Etcétera.

⁵ Lo que es más, en ocasiones se han presentado reclamaciones internacionales por motivos que en verdad distan de tener en mente a la víctima de los actos recurridos.

C. Beneficios accesorios

Existen además beneficios colaterales. Uno importante es la gradual mejora del trato *in genere* que las autoridades dan no sólo a inversionistas extranjeros, sino a la población en general.⁶ El motivo no sólo es la creciente existencia de inversión extranjera en diversas ramas, sino que es más fácil adoptar a nivel nacional prácticas profilácticas que *siempre* eliminen responsabilidad, que *selectivamente* tratar mejor a entidades con inversión foránea.

Entendido lo anterior se observa cómo el derecho y arbitraje de inversión tiene una función *ex ante*, no sólo *ex post*. Y no debe menospreciarse, pues puede ser importante. La experiencia muestra que, sensibilizados de las implicaciones internacionales que cierta conducta gubernamental (estatal o municipal) puede tener, las autoridades proceden con más cuidado. Como resultado, la disciplina se constituye en un auténtico contrapeso de la utilización abusiva del poder público.⁷

Existen también beneficios desde la perspectiva estatal. Los Estados no sólo son *importadores* de capital; también *exportan*. Por ende, la disciplina es recíproca: obliga y protege. *Obliga* al Estado en tanto es *destinatario* de capital extranjero; y lo *protege* en tanto que es *emisor* del mismo.

3. EXPERIENCIA DE AMÉRICA LATINA CON EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

A. El pasado: Doctrinas Calvo, Drago y Cárdenas

Los problemas de inversión extranjera no son nuevos. Un episodio mexicano puede refrescar la memoria. Cuando en 1862 Juárez suspendió pagos de deuda extranjera, propició la furia de España, Francia e Inglaterra, cristalizando el Tratado de Londres, que propició la intervención de 1863. Dirk Raat lo describe así:⁸

Con las arcas vacías, Juárez se vio obligado a decretar una suspensión de pagos de deuda extranjera por dos años. ... mientras tanto, España, Francia e Inglaterra

⁶ Lo que un experto ha denominado un “compliance pull”. (JAN PAULSSON. *Enclaves of Justice*, Transnational Dispute Management, June 2007, p. 12.) En sus palabras “...in Mexico ... in the wake of NAFTA we are told that officials have developed the salutary instinct of avoiding conduct which might be criticized in an international forum: a direct case of *compliance pull* to the benefit not only of foreigners, but –perhaps more importantly– also to the benefit of local citizens. ...”.

⁷ Lo anterior no debe propiciar la idea que los beneficios son sólo del lado del inversionista; y mucho menos que el Estado siempre es el ‘malo de la película’. La experiencia internacional muestra frecuentes instancias de abuso del inversionista.

⁸ DIRK RAAT, William, *Mexico, from Independence to Revolution, 1810-1910*, University of Nebraska, 1982, p. 146-148.

acordaron “darle una lección a México”. Mediante el Tratado de Londres se comprometieron a intervenir para proteger sus intereses. En enero de 1863 el primer despacho desembarcó en Veracruz ... bajo el comando del General Juan Prim. ... El país fue ocupado por fuerzas extranjeras ...

[With the coffers empty, Juárez was forced to decree a two-year suspension of payments on foreign debts. ... Meanwhile, Spain, France and England had agreed to “teach Mexico a lesson” by the Treaty of London undertook to intervene to protect their interests. In January 1863 the first detachments landed at Veracruz ... under the command of General Juan Prim. ... The country was occupied with foreign forces ...]

Este tipo de actos se repitieron en países diversos de América latina. Ello produjo un choque no sólo de fuerzas, sino de ideas. Mientras que los extranjeros defendían que su inversión debía contar con un trato congruente con un estándar externo establecido por el derecho internacional, los Estados latinoamericanos insistían que sus propias leyes y constituciones, al garantizar tratamiento igualitario a los inversionistas extranjeros, satisfacían los requisitos del derecho internacional. Tres ideas brotaron la Doctrina Calvo, la Doctrina Drago y la Doctrina Cárdenas.

América Latina dio tres respuestas al debate ideológico indicado. A continuación se resumirán.

1. Doctrina Calvo

La Doctrina Calvo, que lleva el nombre de su padre, Carlos Calvo, Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina,⁹ se fundamenta en dos principios:¹⁰ (a) los Estados soberanos, estando libres y siendo independientes e iguales entre sí, gozan del derecho a estar libres de toda interferencia por parte de otros Estados, sea diplomática o por la fuerza; y (b) los extranjeros no pueden ser titulares de más derechos, privilegios o prerrogativas que aquéllos concedidos a nacionales, por lo que no pueden accionarse más que en tribunales y autoridades locales.¹¹

De esta doctrina se derivó el instrumento que la implementa: la Cláusula Calvo, definida como “*la renuncia voluntaria por un contratante particular a recurrir a la protección diplomática de su gobierno en cualquier causa*”

⁹ En su libro *Le Droit International* (Vol. 6, 5ª edición, 1885, p. 231), en donde dice que los extranjeros que se establezcan en un país cuentan con los mismos derechos de protección que los nacionales, pero no pueden solicitar protección adicional.

¹⁰ SHEA, DONALD R. *The Calvo Clause, A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955, p. 19.

¹¹ En *Le droit international théorique et pratique*, quinta edición, París, 1986. Citado por Shea, *op. cit.* p. 18.

relacionada con su contrato”. La Cláusula Calvo encontró eco en la legislación (constitucional y secundaria) en diversos países latinoamericanos. En el caso mexicano fue acogida en el artículo 27¹² y vasta legislación secundaria.¹³

2. Doctrina Drago

La Doctrina Drago lleva el nombre de su padre, el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, quien, mediante nota dirigida el 29 de diciembre de 1902 al plenipotenciario argentino en Estados Unidos, Martín García Merou, condena la intervención anglo-italo-germana en Venezuela para el cobro de ciertas deudas contractuales y públicas no satisfechas, que dio origen a un bloqueo pacífico, hundimiento de una escuadra venezolana, bombardeo de puertos y otras medidas violentas.¹⁴ En su carta dice:

...el cobro similar de los empréstitos supone la ocupación territorial; significa la supresión, o subordinación, de los gobiernos locales en los países a que se extiende [...] contrariando visiblemente los principios [...] proclamados por las naciones de América y muy particularmente la Doctrina Monroe, con tantos celos sostenida en tanto tiempo por Estado Unidos...

El principio defendido: la deuda pública no justifica intervención armada.¹⁵

3. Doctrina Cárdenas

El presidente mexicano Lázaro Cárdenas, en un discurso pronunciado el 10 de septiembre de 1938, formuló una doctrina jurídica que guarda relación con estos problemas, y que algunos sostienen que es una teoría jurídica más profunda

¹² Fracción I del Artículo 27 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que dice “Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. *El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de fallar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo.*”

¹³ Artículo 2º de la Ley Orgánica de la Fracción I del artículo 27 de la Constitución y artículos 2º y 4º de su Reglamento; artículo 3º de la abrogada Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y artículo 31 de su Reglamento; artículo 33 de la abrogada Ley de Nacionalidad y Naturalización; artículo 12 de la Ley de Vías Generales de Comunicación; en la Ley de Instituciones de Fianzas; Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; y artículo 6º de la Ley de Pesca.

¹⁴ Dicha doctrina fue expuesta también ante el Congreso Panamericano y las Conferencias de la Haya en 1917.

¹⁵ QUEZADA, Ernesto. La Doctrina Drago, su esencia y concepto amplio y claro, Buenos Aires, 1919, p. 4.

escrupulosa que la Calvo y la Drago.¹⁶ En su esencia, niega la extraterritorialidad de la ciudadanía y nacionalidad buscando simplemente suprimir de origen todas las controversias jurídicas y políticas que derivan de antaño precisamente por el efecto extraterritorial de uno y otro de ambos estatutos personales. Asevera que la ciudadanía y la nacionalidad son estatutos que deben ser territoriales, deben de carecer de extraterritorialidad. La persona (física o moral) que emigra a suelo extraño debe contar con las facilidades y garantías necesarias para adquirir el estatuto de la nacionalidad local, en absoluta similitud e igualdad con los derechos y obligaciones de los nacionales del país hospitalario.¹⁷

B. El presente

En el presente, existen varios factores que acentúan la importancia del arbitraje de inversión en América Latina.

1. El marco legal

El arbitraje en América Latina tiene un presente importante. Como lo hace ver van den Berg:¹⁸

En el arbitraje de inversión latinoamericano los números son impresionantes: de los más de 2,600 tratados bilaterales que existen actualmente, aproximadamente el 20% incluyen a un país de la región. Adicionalmente, diversos países han concluido o se encuentran negociando Tratados de Libre Comercio con capítulos sobre inversión (ej., el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Estados Unidos y Centroamérica (CAFTA, por sus iniciales en inglés); Chile y Estados Unidos; Colombia y Estados Unidos).

El ámbito interamericano muestra una rica pluralidad de instrumentos que aluden al arbitraje de inversión. Los resultados empiezan a verse. Mientras que Argentina tiene 48 casos, México tiene 18, Ecuador 14 y Venezuela 9. A su vez, Bolivia, Perú, Costa Rica y Chile están involucrados en ello.¹⁹

2. El Nacionalismo y el arbitraje de inversión

Una de las cosas más importantes que hace una ideología es proveer un sentimiento de quienes somos, para luego darnos orgullo de ello. Al hacerlo se

¹⁶ MENDOZA, Salvador. *La Doctrina de Cárdenas, antecedentes y comentarios*, Ediciones Botas, México, 1939, p. 29.

¹⁷ *Ibid*, p. 43.

¹⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2009, p. vii.

¹⁹ Ver: www.unctad.org/ia-ibcases.

responde una pregunta fundamental de la teoría política: porqué debemos optar por convivir –y cómo– en lugar vivir aislados. Como dice Finlayson:²⁰

Las ideologías no solo son maneras de pensar sobre el mundo sino maneras de estar en él. Nos dan una sensación de lo que está sucediendo, organizan nuestras percepciones de ciertas cosas y nos orientan en ciertos sentidos

[Ideologies are not just ways of thinking about the world but ways of being within it. They give us a sense of what is going on, organise our perceptions of certain things and orient us in certain directions.]

El nacionalismo es una ideología.²¹ Desafortunadamente, la respuesta del nacionalismo es hostil hacia ‘los otros’ (quienes no son parte de ‘nosotros’). Además, es exclusionista.

El nacionalismo es una ideología que obedece a factores sociales que rebasan esta nota. Lo relevante a mencionar es que el nacionalismo ha brotado en América Latina. Y ello ha tocado al arbitraje de inversión. Respetuoso de los motivos de la ideología, deseo hacer notar sus consecuencias, centrándome en dos: económicas y sociológicas.

a) *Efectos económicos del aislacionismo*

El efecto económico de optar por autarquía es el siguiente:

1. *Oferta*: oportunidades perdidas del lado de la oferta;
2. *Demanda*: oportunidades perdidas del lado de la demanda;
3. *Estado*: menos crecimiento económico;
4. *Consumidor*: menos opciones, menor diversidad de productos, menos libertad.

Explicaré porqué.

Aunque la autarquía financiera es una opción, visualicemos los resultados de prohibir el fenómeno.

Suponiendo que fuera posible insular a cada país evitando flujos internacionales de capital, el resultado sería que algunos países tendrían más capital del que necesitan, mientras que otros tendrían menos.²² Ello arrojaría un doble resultado.

²⁰ FINLAYSON, Alan. *Nationalism*, en ECCLESHALL, Robert. *Political Ideologies*, Routledge, London, p. 103.

²¹ Kedourie define al nacionalismo como: “A doctrine invented in Europe at the beginning of the nineteenth century ... the doctrine holds that humanity is naturally divided into nations, that nations are known by certain characteristics which can be ascertained, and that the only legitimate type of government is national self-government”. (KEDOURIE, Elie. *Nationalism*, Hutchinson, London, 1960, p. 12.)

²² Esta primer premisa es incuestionable.

Los países superavitarios enfrentarían un retorno decreciente de su capital, y los países con capital insuficiente mostrarían oportunidades de negocio perdidas. Esto último fomentaría apetito de capital, reflejando retornos crecientes a los ingresos marginales de inversión, los cuales, en nuestra hipótesis, estarían indisponibles.

Es decir, mientras que a unos les *sobrar*á a otros les *faltar*á. Cuando algo *sobra*, su precio *baja*. Cuando algo *escasea*, su precio *sube*. Por ende, en un mundo ausente de intercambio de flujos internacionales se observará el (lamentable) escenario de oportunidades perdidas *en ambos bandos*: tanto la *oferta* como la *demanda*. Un escenario en el que nadie gana.

Entendida esta realidad se percibe porqué conviene que ambos grupos de países²³ comercien con capital: ambos estarán en mejores circunstancias si el capital puede moverse de un lado a otro. Así no se ‘desperdician’ oportunidades de negocio. Por ello, aunque existan dificultades, la solución no puede (no debe) ser erradicar el fenómeno.

Lo anterior desde una perspectiva *macro*. Pero la perspectiva *micro* puede ser aún más persuasiva. Los beneficios del fenómeno son defendibles desde dos perspectivas: libertad y bienestar.

Desde una perspectiva de *libertad*, es preferible que los individuos puedan mover su capital como les plazca. Desde la perspectiva de *bienestar*, es mejor tener opciones que carecer de las mismas. Si algo logra el comercio es que amplía oportunidades. Cuando las barreras caen, la gente de ambos lados de las fronteras incrementa su bienestar al encontrar más oportunidades para consumir diferentes tipos de productos (tanto en calidad como en precio).²⁴ Pueden decidir consumir productos que no han producido pagándolos con el superávit generado por los productos que han producido y que no desean consumir, si creen que ello les favorece. De no ser el caso, simplemente no lo hacen. De nuevo, más opciones.

La misma lógica aplica a las finanzas internacionales. De la misma manera en que una economía puede consumir únicamente lo que produce, puede invertir únicamente lo que ahorra. Ni más; ni menos. El comercio en capital permite que los países separen su ahorro de sus opciones de inversión. Pueden invertir más de lo que ahorran mediante préstamos del extranjero, o pueden invertir menos de lo que ahorran prestando la diferencia (su superávit). Los cambios en el precio del capital asegurarán que la oferta y demanda global se conjugue eficientemente

²³ Deficitarios y superavitarios.

²⁴ El parangón con el comercio en bienes y servicios es no sólo obligado sino conveniente puesto que en esencia lo que está ocurriendo es justamente eso: se está comerciando con un bien. Mientras que en el caso de comercio de bienes y servicios es un producto o servicio, en el caso de inversión foránea es capital.

como ocurre con los precios de los productos importados y exportados, llevando a un desarrollo global. A un equilibrio óptimo.

Debo admitir que hay quien asevera que no se ha demostrado una correlación entre la existencia de tratados y arbitraje de inversión y el fomento de la inversión.²⁵ El argumento merece dos respuestas. Primero, dado lo reciente del fenómeno, aún no se genera información suficiente para conclusivamente demostrar el nexo.²⁶ Segundo, dicho argumento empírico adolece de algo: no hay contra qué compararlo. No sabemos cuánta inversión hemos perdido por el simple hecho de que no nos hemos adherido al CIADI. Y en cambio, el argumento conceptual tiene fuerza: la comunidad internacional es sofisticada. Al momento de hacer el estudio de la viabilidad de una inversión, dentro del elemento “riesgo” factora el riesgo político, el cual es reducido mediante la disponibilidad de arbitraje de inversión. En caso de que el argumento conceptual no persuadiera al escéptico, recurriría a un empírico: las instancias de conducta estratégica por inversionistas para obtener protección de tratados.²⁷

b) Efectos sociales del nacionalismo

Un ejemplo histórico ilustra el impacto de optar por una respuesta nacionalista.

El error más grave en materia de relaciones internacionales que un Presidente Estadounidense ha cometido fue la firma de la Smoot-Hawley Tariff Act de junio de 1930 que elevó los aranceles de Estados Unidos en forma importante.²⁸ El efecto que tuvo fue nada menos que desastrozo. Invitó retorsión de economías extranjeras llevando, lo que de otra manera hubiera sido un declive económico normal, a una depresión mundial. La reducción drástica en el comercio internacional y la actividad economía redujo la influencia de los moderados frente a los nacionalistas en Japón y pavimentó la victoria de los Nazis en Alemania en 1932. Japón invadió China en 1931, estableciendo el clima que llevó a la Segunda Guerra Mundial.²⁹ Como lo explica un experto:³⁰

²⁵ Además, existen jurisdicciones que reciben inversión sin haber ratificado siquiera un sólo tratado de inversión (v.gr., Brasil).

²⁶ Aunque han existido algunos. El autor tiene conocimiento de cuatro, que arrojan resultados contradictorios o no conclusivos.

²⁷ Las cuales describo genéricamente por razones de confidencialidad.

²⁸ Esta legislación fue promulgada por motivos nacionalistas y proteccionistas.

²⁹ JACKSON, John H., WILLIAM J. Davey y Alan O. SYKES, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations*, Third Edition, West Publishing Co., St. Paul Minn. 1995, pgs. 4 y 38.

³⁰ COOPER, Richard N. *Trade Policy and Foreign Policy, U.S. Trade Policies in a Changing World Economy*, Robert Stern Ed., The Massachusetts Institute of Technology, 1987, pgs. 291-292. (“Valuable lessons were learned from the Smoot-Hawley tariff experience by the foreign policy community: the threat of tariff retaliation is not always merely a bluff; tariffs do influence trade flows negatively; a decline in trade can depress national economies; economic depression provides fertile ground for

La experiencia de los aranceles Smoot-Hawley enseñó lecciones importantes a la comunidad política internacional: la amenaza de retorsión arancelaria no siempre es vacua; los aranceles influyen negativamente sobre los flujos de comercio; una reducción de comercio puede deprimir economías nacionales; una depresión genera tierra fértil para (pseudo) soluciones políticas radicales; y los radicales políticos con frecuencia buscan aventuras (militares) para distraer la atención de sus fracasos en la economía nacional. Las semillas de la Segunda Guerra Mundial, tanto en el Lejano Oriente como en Europa, fueron sembradas con la firma de los aranceles Smoot-Hawley.

En un discurso el (entonces) Director de la Oficina de Asuntos Económicos del Departamento de Estado de Estados Unidos (Director of the Office of Economic Affairs of the Department of State) Harry Hawkins expuso.³¹

Hemos aprendido que, cuando un país es hambreado económicamente, su gente está más que dispuesta a seguir al primer dictador que surja y les prometa a todos empleos. Los conflictos comerciales invitan no-cooperación, sospecha, amargura. Las naciones que son enemigos económicos son improbables a permanecer como amigos por mucho tiempo.

Si deseamos seguir la (aguda) advertencia del gran historiador Jorge Santayana³² y evitar revivir las historia, debemos entender que el comercio internacional, y su fenómeno de moda – la Globalización – es positiva tanto por razones económicas como sociales.³³

3. Rechazos incipientes

Un resultado observable en la región al fenómeno del arbitraje de inversión es la denuncia del Convenio CIADI por Argentina, Bolivia y Ecuador.

a) *Argentina*

Argentina es actualmente parte de 48 demandas de arbitraje de inversión. Los montos son impactantes, como también lo son sus consecuencias (de prosperar).

politically radical nostrums; and political radicals often seek foreign (military) adventures to distract domestic attention away from their domestic economic failures. The seeds of World War II, in both Far East and in Europe, were sown by Hoover's signing of the Smoot-Hawley tariff.")

³¹ U.S. Department of State, Commercial Policy Series 74, pg. 3 (Pub. No. 2104, 1944). ("We've seen that when a country gets starved out economically, its people are all too ready to follow the first dictator who may rise up and promise them all jobs. Trade conflict breeds noncooperation, suspicion, bitterness. Nations which are economic enemies are not likely to remain political friends for long.")

³² Conocido por su lema: "quien desconoce la historia está condenado a revivirla".

³³ Al respecto, ver GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Estado de Derecho: Un Enfoque Económico*, Ed. Porrúa, 2009, p. 82 *et seq.*

El origen de las demandas son las medidas que Argentina tomó en 2002 para enfrentar su crisis financiera.

Mucho podría decirse al respecto. Si bien no es el lugar (ni el momento, pues muchas reclamaciones están en curso) para pronunciarse sobre la rectitud de las demandas y laudos que a la fecha existen, es válido decir que la adhesión al CIADI no es la *fuentes* del problema, sino una *solución*. De no existir la opción CIADI, el resultado sería frustración, probablemente impunidad, presión política y diplomática internacional, aún más pérdida de inversión y bienestar, y ostracismo internacional. La aseveración no presupone responsabilidad. El autor no es quien para emitir una opinión sobre ello (para eso están los árbitros). Pero no dejo de ver el beneficio de que “alguien” pueda imparcialmente pasar juicio sobre ello. Y por ello aplaudo el que exista el mecanismo. La opción sería la ley de la selva.³⁴

b) Bolivia

Bolivia denunció el Convenio CIADI el 2 de mayo de 2007 dejando de ser parte el 3 noviembre de 2007. Sus motivos oficiales son que considera que el CIADI favorece a los inversionistas sobre los Estados anfitriones, que la función del Banco Mundial hace incompatible el que administre arbitrajes, la confidencialidad, los árbitros (que pueden también actuar como abogados de parte), el contenido que se la ha dado a ciertas disciplinas y que “no hay caso alguno en que el Banco Mundial haya sancionado a inversionistas por no cumplir con sus contratos”.

c) Ecuador

El 12 de junio de 2009 el poder legislativo de la República de Ecuador votó a favor de denunciar el Convenio CIADI, del cual era parte desde febrero de 2001. Los motivos esgrimidos son dos. Primero, para cumplir con la (recientemente creada) prohibición contenida en el artículo 422 de su Constitución que dice “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas

³⁴ Además, existe un lado positivo. Como bien dice el dicho, no hay mal que por bien no venga. Y las crisis internacionales no son una excepción: generan conocimiento. Son fuentes de Derecho. Casos distintos pueden ser citados en apoyo de la aseveración. En el caso Argentino, los casos han versado sobre temas otrora abiertos e importantes. Por ejemplo, los (controvertidos) requisitos de jurisdicción, las cláusulas paraguas, el agotamiento de recursos locales (incluyendo los polémicos “*fork in the road*”), la diferenciación entre reclamaciones contractuales e internacionales, el alcance de las cláusulas de nación más favorecida, el contenido de trato mínimo, trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, medidas equivalentes a expropiación, la responsabilidad internacional del Estado, el estado de emergencia, medidas de salvaguarda, estado de necesidad y sus consecuencias internacionales. Y esto podría ser la punta del iceberg.

privadas...”. Segundo, para “defender la soberanía de Ecuador, el manejo de sus relaciones económicas con otros estados o empresas de otras nacionalidades”.

Los intercambios en la Asamblea Nacional al ventilar la conveniencia de denunciar³⁵ incluyeron preocupación por los montos por los que había sido demandada.

Ya desde octubre de 2007 había indicado que no aceptaría que la jurisdicción del CIADI abarcara controversias relativas al manejo de sus recursos naturales no renovables, entendiéndose por tales (pero no limitados a) recursos mineros e hidrocarburos.

Irónicamente, Ecuador –si bien demandado con frecuencia– había sido victorioso en la mayoría de los casos.³⁶ El paso guarda consistencia con retórica nacionalista observable durante elecciones recientes.

e) Canadá

Pero no todo es rechazo. Canadá es un ejemplo alternativo que debe seguirse. El motivo es su trasfondo: la estructura constitucional de Canadá hace que la adhesión a un convenio internacional de tal envergadura tenga implicaciones locales importantes. Dado que Canadá está compuesto por provincias y territorios independientes, ello fue difícil, tanto jurídica como políticamente.³⁷ Implicó casi 20 años de negociaciones entre el gobierno federal, provincias y territorios.³⁸ Como resultado, el 15 de diciembre de 2006 Canadá se convirtió en el signatario 155 del Convenio CIADI.

C. El futuro del arbitraje de inversión

George Bernard Shaw quien solía decir: ‘nunca pronostiques, y mucho menos sobre el futuro’.³⁹ Desobedeceré su sugerencia.

El arbitraje de inversión ha llegado para quedarse. Y ello es plausible. A continuación fundamento ambas aseveraciones.

Es de preverse que el éxito del arbitraje de inversión continúe no sólo en el futuro inmediato, sino el mediato. El motivo es doble: la infraestructura jurídica mundial existente y el *corpus* de casos y literatura.

A la fecha, existen más de 2680 tratados de inversión, y los Estados siguen negociando y celebrándolos. A su vez, el CIADI nunca ha sido más exitoso.⁴⁰

³⁵ Es al legislativo ecuatoriano a quien le corresponde denunciar bajo el artículo 419 de su Constitución.

³⁶ Además que la denuncia ocurrió semanas después de una importante y publicitada victoria en una demanda por más de dos mil millones de dólares.

³⁷ *Inter alia*, dicho acto conlleva la necesidad de emitir una ley uniforme que facilite la aplicación y armonice las leyes canadienses en concordancia con dicha convención.

³⁸ La complejidad se magnificó dado que el Convenio CIADI carece de cláusula federal.

³⁹ La cita no es textual.

⁴⁰ De hecho, podría decirse que es víctima de su propio éxito.

Existen casi 300 laudos de arbitraje de inversión. Y la mayoría de ellos es de la última década. Ello hace de esta materia el área más dinámica del derecho internacional. Además, constituye una rica masa crítica de conocimiento sobre la materia. Y la literatura juega un papel importante. Se observa que cada laudo es disectado y comentado por expertos en todas las esquinas del planeta—a veces en forma ardua.⁴¹ Ello propicia una dialéctica mundial que enorgullecería a Georg Hegel, y que ha tenido como resultado la creación de una verdadera ciencia especializada.

Por lo anterior, es predecible que el derecho y arbitraje de inversión no sólo permanezca con nosotros, sino que se acentúe tanto en volumen como contenido. Si el pronóstico es acertado, todos saldremos ganando.

REFERENCIAS

- COOPER, Richard N. Trade policy and foreign policy. *In: STERN, Robert M. (Ed.). US trade policies in a changing world economy.* Cambridge, MA: The Massachusetts Institute of Technology – MIT Press, 1987.
- DIRK RAAT, William. *Mexico, from independence to revolution, 1810-1910.* Lincoln, NE: University of Nebraska Press, 1982.
- ECCLESHALL, Robert; GEOGHEGAN, Vincent; LLOYD, Moya; MACKENZIE, Iain & WILFORD, Rick. *Political ideologies: an introduction.* 2. ed. London: Routledge, 1994.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje de inversión.* México, DF: Porrúa, 2009.
- _____. *Estado de Derecho: un enfoque económico.* México, DF: Porrúa, 2007.
- JACKSON, John H.; DAVEY, William J. & SYKES JR., Alan O. *Legal problems of international economic relations.* St. Paul, MN: West Publishing Co., 1995.
- KEDOURIE, Elie. *Nationalism.* London: Hutchinson, 1960.
- MENDOZA, Salvador. *La doctrina de Cárdenas: texto, antecedentes y comentarios.* 1. ed. Ciudad de México: Botas, 1939.
- PAULSSON, Jan. Enclaves of Justice. *Transnational Dispute Management*, v. 4, n. 5, September, 2007.
- QUEZADA, Ernesto. La doctrina Drago, su esencia y concepto amplio y claro. *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, tomo XLIII, p. 355 y siguientes, Buenos Aires, 1919.
- SHEA, Donald R. *The Calvo Clause, a problem of inter-american and international law and diplomacy.* Minneapolis, MN: University of Minnesota Press, 1955.

⁴¹ Expertos de diferentes jurisdicciones son tan prestos a aplaudir como a criticar laudos que distan de reflejar los paradigmas más aceptados sobre la materia.