

LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y SU ROL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

INVESTMENT PROTECTION AND ITS ROLE IN THE INTERNATIONAL TRADE

CARLOS H. REYES DÍAZ¹

RESUMEN: En el año 2015 se conmemoran los setenta años de la Carta de las Naciones Unidas, los cincuenta años de la creación del tribunal de inversiones del Banco Mundial y los veinte años de la creación de la Organización Mundial del Comercio. Este trabajo tiene el propósito de poner sobre la mesa los retos más evidentes de los sistemas comerciales y de inversiones multilaterales, en cuanto a solución de conflictos en la actualidad como dos posibles aliados (¿o adversarios?) de un sistema que cuenta con recetas regionales y bilaterales que obstruyen un camino claro desde el ámbito multilateral. Por otra parte, se presentan acercamientos que algunas fracciones de la comunidad internacional han realizado como propuestas de cambio para la solución de sus problemáticas.

PALABRAS CLAVE: *ONU; OMC; comunidad internacional; esquema preferencial de controversias; inversiones multilaterales.*

ABSTRACT: In 2015 we commemorate the seventy years of the United Nations Charter, the fiftieth anniversary of the creation of the tribunal of the World Bank's investments and the twentieth anniversary of the creation of the World Trade Organization. This work aims to bring to the table the most obvious challenges of the multilateral trading systems and investment, in terms of conflict resolution, today as two possible allies (or enemies?) of a system that has regional recipes and bilateral obstructing a clear path in the multilateral level. On the other hand, some fractions of the international community have made proposals for change to solve their problems.

KEYWORDS: *UN; WTO; International Community; Preferential scheme of disputes; Multilateral investments.*

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. Introducción. II. La OMC y su rol actual. III. El esquema preferencial de controversias. IV. Retos en materia de inversión. V. Demandas recientes y multiplicidad de acuerdos. VI. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La trayectoria del CIADI es muy diferente de la del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Aunque ambos mecanismos han resuelto similar número de controversias, el CIADI², con treinta años más que el OSD³, tuvo un despegue lento y vio su apogeo a partir de la década de los noventa, mientras que el OSD tuvo un período corto de adaptación y mostró números altos de controversias casi desde su creación. La razón, el OSD resuelve conflictos de todos los acuerdos de la OMC, multilaterales y plurilaterales, de muchas áreas de conocimiento comercial que aplican reglas distintas para cada una de ellas, mientras que el CIADI, aunque conoce de controversias de un número mayor de acuerdos, los conflictos son siempre sobre temas comunes, debido a la similitud que existe entre todos los tratados. Muchas más son las divergencias que tienen entre sí ambos mecanismos y serán analizadas en este trabajo.

Es importante señalar que ambos sistemas no son incompatibles, pero no se ve pronto el momento en el que puedan ser complementarios. No quiero decir que se esté buscando esta complementariedad, pero es verdad que siendo dos materias que forman parte de un objetivo comercial, son tratadas desde orígenes, perspectivas y prospectivas completamente distintas. Los teóricos de una no lo son de la otra,

² 525 hasta el 9 de octubre de 2015. Consultado en: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=165&ListID=-74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en_us

³ 499 se han presentado en la OMC hasta ahora. Consultado en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_current_status_s.htm

mucho menos los practicantes; esto no quiere decir que no haya quien experimente con ambos, pero esto es diferente a pensar que el estudio de una lleve al conocimiento de la otra, todo lo contrario.

A diferencia de lo anterior, el estudio de los tratados de libre comercio necesariamente requiere de conocer los acuerdos de la OMC y, en muchos casos, también del mecanismo CIADI porque los capítulos de inversión de los TLC's remiten a estos procedimientos. Fuera de este caso, es complicado encontrar temas que vinculen a OSD y CIADI.

En momentos recientes ha quedado en evidencia una fisura para quienes estudian uno u otro de estos temas. Me refiero a que el comercio internacional es tan amplio que se le han adherido temas no estrictamente comerciales, pero que tienen efectos sobre el comercio, como el medio ambiente, los derechos laborales, la propiedad intelectual y los derechos humanos, lo que vuelve más complejo su entendimiento.

Por su parte, el CIADI es un tribunal que resuelve controversias en materia de inversión entre inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión, pero al igual que en la OMC, el concepto de inversión es muy amplio además de difuso,⁴ que también ha incorporado los mismos derechos de propiedad intelectual, derechos humanos, y derechos ambientales.

El resultado, ambos tribunales resuelven controversias sobre temas para los que no fueron creados, con la excusa de que son materias que vistas desde una perspectiva especial, pueden tener efectos sobre el comercio o sobre la inversión. En este escenario no aplican las reglas clásicas de conflicto de jurisdicción (i.e., *forum non conveniens*), en realidad no existe posibilidad de conflicto jurídicamente hablando, pero se presentan problemas en la aplicación o no de medidas jurídicas que al final serán en beneficio o en perjuicio de

⁴ *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 71. Ver documento completo en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaaia2013d2_en.pdf

los intereses de cada caso concreto, sean éstos particulares o sociales y quizá, incompatibles en el terreno fáctico, aunque no jurídico.

La crítica más severa que se ha hecho de estos procedimientos está en la protección de temas sensibles para la sociedad y no sin razón. Se preguntan algunos cómo es posible que un tribunal comercial o de inversiones pueda estar facultado o si tuviera capacidad para dar solución a problemas ambientales o de salud pública, temas que resultan sensibles sobre todo en un momento histórico en el que el cambio climático y el ébola, por mencionar sólo dos ejemplos, juegan un papel preponderante en la agenda de la sociedad mundial.

Las controversias comerciales y de inversión, sin embargo, no resuelven estos problemas. No es lo mismo conocer de un conflicto que tiene relación con el medio ambiente a resolver uno sobre medio ambiente. Estos tribunales resuelven sobre responsabilidad estatal o del inversionista y esta decisión tiene impacto en el medio ambiente o en la salud pública. Es precisamente por esta razón que los tribunales no están ampliando su competencia material sobre temas que no les son propios, pero es innegable que ciertas decisiones comerciales pueden repercutir en muchos otros ámbitos del derecho y de la sociedad.

II. LA OMC Y SU ROL ACTUAL

La construcción de la estructura comercial multilateral a partir de la OMC, tuvo cimientos distintos respecto de lo edificado con el GATT desde 1947. La nueva estructura de 1995 se construyó con diversas pistas de actuación que dejaron de ser estrictamente sobre el intercambio de mercancías con preferencias aduaneras. Los pilares del comercio internacional serían a partir de entonces, además de las mercancías, el comercio de servicios, la propiedad intelectual, la competencia económica, materias a las que se le adhirió el medio ambiente (Singapur, 1996), la globalización con enfoque social (después del fracaso de Seattle, en 1997) a partir de la Ronda del

Milenio, la protección de los derechos de salud (con el esquema de licencias obligatorias para productos farmacéuticos, en 2001), la protección de los derechos laborales (que la OMC ha hecho propios para combatir el trabajo infantil), entre otros.

Como puede verse, la OMC ha expandido su ámbito de competencia, aunque en muchos casos esta expansión ha trascendido sólo en su espacio político, con declaraciones ministeriales en las que los jefes de Estado y de gobierno se comprometen a tomar en cuenta y actuar en consecuencia, respecto de problemas que aquejan a la sociedad global pero que, de no atenderse, pueden constituirse en obstáculos para el buen desempeño del comercio multilateral. Al final, es muy difícil cumplir compromisos comerciales cuando los países tienen problemas de hambre, salud, laborales, violaciones de derechos humanos, entre otros. La OMC asume el reto de abarcar más de lo que inicialmente se propuso para no perder su legitimidad como uno de los organismos más influyentes del orbe, pero no puede haber ampliación permanente, debe de establecerse límites y definir competencias claras, y esto aplica no sólo para sí misma sino para cualquier organismo con vocación multilateral.

El mecanismo de la OMC (OSD) no resuelve diferencias en materia ambiental, pero ha resuelto conflictos en los que un Miembro impone restricciones comerciales a otro para garantizar la protección del medio ambiente,⁵ en donde la reclamación consiste en la violación de derechos comerciales de acceso a mercados, en tanto la defensa descansa en la exención de obligaciones cuando se protegen valores superiores como el medio ambiente (artículo XX, inciso b) del GATT). Por lo tanto, la obligación del tribunal correspondiente consiste en verificar si la “medida” aplicada por el Estado para proteger su medio ambiente fue tan necesaria como proporcional, eficaz y al mismo

⁵ Caso: DS332, Brasil-Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Reclamante: Comunidades Europeas), del 20 de junio de 2005. Consultado en: www.wto.org/

tiempo no constituye una discriminación arbitraria o injustificable, o una restricción encubierta al comercio.

Como puede verse de lo anterior, el medio ambiente y su protección no son el tema central del conflicto, sino la excusa para dejar de cumplir compromisos comerciales. La OMC ha dejado claro en diversas decisiones del OSD que su labor no se limita a la protección de simples compromisos comerciales, sino que tiene clara su labor y compromiso con el medio ambiente, de manera que cuando dos derechos (comercial y medioambiental) entran en conflicto no habrá duda que el medio ambiente tiene prioridad, pero también es verdad que los gobiernos se ven tentados a utilizar estos valores como herramientas para incumplir sus obligaciones ante la OMC.

Ante la pregunta de si la OMC tendría que jugar un rol más activo o no en la protección del medio ambiente, no hay consenso. La ONU tiene competencias especializadas en estos temas (PNUMA) y quizá sea por ello que tendría que asumir mayor coordinación en estos esfuerzos pero sus setenta años, cual si fuera un ser humano, comienzan a pesarle. La ONU no se ve tan ágil como para asumir estos retos en la actualidad, pero lo más grave es que no hay un relevo generacional, no se ve ningún otro organismo que pueda hacer frente con eficacia a estos problemas, de ahí que todos los organismos al igual que los Estados y la sociedad civil organizada tienen la obligación de afrontarlos con seriedad; en los “cómos” es en donde falta afinar la estrategia, al igual que en la adecuada coordinación de esfuerzos porque al PNUMA, a la OMS y a la OMPI no les parece muy conveniente que sea la OMC la que esté haciendo cumplir los compromisos que en principio les corresponden a éstos desempeñar y hacer cumplir, pero es verdad también que cuando quien debe de realizar una labor no la hace a satisfacción de todos los involucrados, siempre hay alguien que la hará en su lugar.

La OMC tiene la tarea de no perder de vista su misión y en el desempeño de la misma, contribuir al fortalecimiento de valores superiores que están en la competencia de otros organismos. Ya lo

hace, por cierto, con foros y declaraciones conjuntas que frecuentemente celebran la OMC-OMS-OMPI para fortalecer los derechos de propiedad intelectual de productos farmacéuticos que tienen un impacto de la salud global, pero que al mismo tiempo son derechos comerciales innegables. Lo hace también refrendando su compromiso con la protección del medio ambiente, aunque ello no le impida garantizar el cumplimiento efectivo de los acuerdos abarcados que pudieran verse vulnerados en el ámbito comercial.

El reto más importante que tiene enfrente la OMC es evitar la desbandada que están haciendo sus Miembros hacia regímenes preferenciales, regionales o no, que comienzan a regular temas de forma paralela y sin control por parte del organismo multilateral. Los más de cuatrocientos acuerdos comerciales vigentes,⁶ entre áreas de libre comercio, uniones aduaneras, acuerdos de servicios y acuerdos preferenciales, son una amenaza constante a la congruencia que ha pretendido consolidar la OMC por la vía de su mecanismo de solución de diferencias. Además, acuerdos preferenciales como el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) y el Acuerdo Transatlántico (TTIP) están acaparando más la atención de la comunidad internacional debido a que plantean temas extra-comerciales, como la protección de derechos laborales, transparencia, comercio electrónico, protección del medio ambiente, mismos temas en los que la OMC ha sido incapaz de progresar a veinte años de distancia.

Ya son algunos años en los que se ha planteado la posibilidad de que la OMC ceda su protagonismo a los acuerdos preferenciales. Hay varias razones para ello, primero, después de veinte años la OMC no ha cambiado su régimen jurídico e institucional; apenas en 2014 se aprobó, no sin fuertes resistencias, el primer acuerdo desde su creación, el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, el cual tendría que haber entrado en vigor en 2015 y que apenas comienza a tener reacciones favorables hacia su aprobación. El sistema de

⁶ 413 acuerdos notificados al 23 de octubre de 2015. *Cfr.* Página web de la OMC, consultado en: <http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx>

solución de diferencias está rebasado, necesita una cirugía mayor que le permita seguir siendo eficaz (porque lo ha sido, no hay duda), de lo contrario va a enfrentar serios problemas en el futuro cercano.

La falta de control de la OMC sobre todas las relaciones bilaterales o preferenciales la pone en evidencia de aparente deterioro ante la comunidad internacional. Ahora mismo, en el TPP y el TTIP se están haciendo propuestas sin que la OMC tenga voz y mucho menos voto sobre las mismas. Las negociaciones de estos acuerdos son confidenciales, pero ¿no tendría que haber alguna representación del organismo multilateral por excelencia en ellas? ¿Qué acaso la OMC podría manifestar su punto de vista hasta que ambos acuerdos entraran en vigor? Si no se le permite participar ahora, es impensable que se pueda seguir considerando a la OMC como coordinadora del comercio mundial y quizá tampoco ya como un interlocutor indiscutible.

No quisiera entrar en la discusión de si los acuerdos preferenciales deben de guardar congruencia con la OMC porque no hay nada que los obligue en estos términos, todo es interpretación y con la “buena fe” de la mano se entendería que sí, pero en la negociación de un acuerdo es la voluntad de las partes que lo celebran la que vale en última instancia y si esta voluntad contraviene lo dispuesto por la OMC, pues ya se verá después. Lo que sí creo es que la OMC debería de jugar un rol más preventivo y de intermediario, antes que de ésta sólo quede vigente su mecanismo de solución de diferencias. La OMC fue creada más para propiciar el diálogo, el debate y el impulso de temas comerciales como engranes que mueven a las relaciones internacionales en periodos de paz y la solución de controversias fue tan sólo una herramienta para impedir que los conflictos detuvieran su progreso. En la medida en que las controversias toman el protagonismo que están tomando hoy, el organismo se posiciona más como contención y pierde su dinamismo negociador por el que en otra época se logró el más avanzado impulso liberalizador que hoy tiene el comercio mundial. La alternativa, de acuerdo con el

Director General de la OMC, está en las aportaciones que puedan hacer los Miembros ante esta problemática.

Recientemente (28 de octubre de 2015), el Director General de la OMC dijo lo siguiente sobre este tema:

Azevêdo solicita la opinión de los Miembros de la OMC sobre el modo de hacer frente a la creciente demanda en el ámbito de la solución de diferencias

En un discurso pronunciado el 28 de octubre ante el Órgano de Solución de Diferencias, el Director General, Roberto Azevêdo, dijo que el panorama de la solución de diferencias en la OMC había cambiado por completo a causa del aumento de la magnitud y la complejidad de las diferencias en los últimos 20 años. El Director General describió las medidas que ya había adoptado para responder a esos retos y expuso varias ideas sobre el modo de hacer frente a la creciente demanda en el futuro. Además, anunció que había pedido al Director General Adjunto Brauner que “dialogue con las delegaciones para recabar opiniones sobre cómo lograr que el sistema funcione aún mejor, teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias y las limitaciones de personal impuestas por los Miembros”.⁷

La inmovilidad de la OMC o su lento avance, como prefiera verse, ha propiciado que sea en el ámbito preferencial en donde se avance más; esto es fácil de entender, lograr el consenso de 161 Miembros debe de representar mayores dificultades que el acuerdo entre dos (o doce), aunque uno de ellos represente a 28 países, como la Unión Europea (como sucede con el TTIP con Estados Unidos). No es tema de menor importancia que dos Miembros de la OMC celebren un acuerdo, habrá quien piense que dos en un universo tan grande no representa mayor problema, pero sí, no son dos Miembros cualquiera de la OMC, son dos de sus socios con mayor peso comercial y de negociación. El acuerdo que alcancen ambos (de ser así) podría poner en jaque a toda la OMC, si estos acuerdos demuestran que pueden trascender en su regulación los problemas

⁷ Consultado el 31 de octubre de 2015 en: https://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra_s.htm

que ha enfrentado la OMC en su interior, van a plantear una seria duda sobre la legitimidad y la pertinencia de seguir desgastándose en negociaciones multilaterales cuando la solución podría estar (nuevamente) en el terreno bilateral.

Ejemplos claros que reflejan este escenario son los que tienen que ver con los derechos de propiedad intelectual y de inversión. La OMC construyó regulaciones sobre estos temas como pisos básicos sobre los cuales los Miembros pudieran regular en forma diferenciada proyectos más ambiciosos de protección, pero nunca menores a la protección multilateral. Estas atribuciones nacionales abrieron la brecha que ahora parece impedir más el consenso multilateral sobre estos temas, porque cualquier avance ahora se hace sin que la OMC pueda opinar y mucho menos avalar estos compromisos. Entre tanto, estos temas han sido casi abandonados jurídicamente en la OMC y se han relegado a declaraciones políticas.

No es raro entonces que se busquen alternativas distintas de la multilateral para seguir avanzando. La OMC tiene el reto de enfrentar esta circunstancia y asumir un rol más participativo y directivo o estará condenada a un deterioro lento, pero seguro.

III. EL ESQUEMA PREFERENCIAL DE CONTROVERSIAS

Concebido desde el GATT en 1947, el esquema de los llamados bloques regionales (ahora preferenciales, porque lo regional no es ya la constante en los acuerdos) está regulado en el artículo XXIV, párrafo 8, incisos a) y b), con las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio.

La OMC lleva el registro y le da seguimiento a los acuerdos comerciales preferenciales. Acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras, acuerdos de servicios y acuerdos con cláusula de habilitación, son las categorías que tiene registradas la OMC, aunque no sean los únicos acuerdos que existen. La Unión Europea y Mercosur, por mencionar sólo dos ejemplos, están registrados por la OMC como

Uniones Aduaneras, pero no pueden considerarse en un mismo nivel de integración, ni siquiera como áreas similares.

La razón de que la OMC no haya actualizado su sistema para definir con mayor claridad las diferencias entre los más de cuatrocientos bloques en el mundo está en la dificultad para modificar los acuerdos vigentes. La estructura orgánica y funcional de la OMC está supeditada a la aprobación de sus Miembros en las Conferencias Ministeriales, que tienen que celebrarse al menos cada dos años, de conformidad con el artículo IV, párrafo 1 del Acuerdo por el que se establece la OMC. Desde su creación en 1995, este organismo ha sido incapaz de transformarse jurídicamente, como ya se ha dicho, y esta incapacidad impide que los acuerdos preferenciales avancen de manera uniforme, con lo que estos acuerdos se transforman o se extinguen y lo único que hacen sus suscriptores es notificar (no sin deficiencias) de los cambios a las instancias correspondientes de la propia OMC.

Al no haber consecuencias ante la falta o inexacta notificación, los acuerdos preferenciales han comenzado a transformarse de manera diferenciada, como si un río se desbordara y comenzaran a crearse nuevos cauces, así los acuerdos preferenciales comienzan a crear sus propias versiones regionales del libre comercio. Recientemente, Paul Krugman (Nobel de Economía 2008), respecto del TPP y del TTIP, destacaba que sus objetivos no eran más los del libre comercio clásico, sino que podía considerárseles más como acuerdos de inversión puesto que el libre comercio que pretende la eliminación de obstáculos al tránsito de mercancías y de servicios ya casi ha cumplido su misión, lo que hace que estos acuerdos, en lugar de concluir su vigencia, se transforman en nuevas versiones que les permiten seguir vigentes.

¿Son los tratados de inversión las nuevas versiones del libre comercio? Esta pregunta la responde afirmativamente Krugman y para ello se basa en las negociaciones (las versiones filtradas de ellas, pues no son públicas) del TPP y del TTIP. De acuerdo con este

autor, las negociaciones de estos tratados están enfrentando sus mayores retos en los capítulos de inversión y de propiedad intelectual, ambos con factores que los vinculan entre sí. Todos los tratados de libre comercio (y uniones aduaneras) contemplan capítulos sobre estas materias, y lo hacen de manera uniforme. Extrañamente la redacción de estos capítulos es muy parecida en todos los acuerdos comerciales, hay cierta tendencia a redactar las mismas obligaciones, principios y derechos, como también mecanismos similares para solucionar controversias, pero carecen de un escenario multilateral común. Entonces, la pregunta es si el ámbito multilateral sigue siendo punto de unión para la toma de acuerdos, porque según esto, no.

IV. RETOS EN MATERIA DE INVERSIÓN

En la actualidad quien estudia estos temas no se detiene a revisar lo dispuesto en el Acuerdo MIC (TRIMS en inglés)⁸ de la OMC. En 1995 este Acuerdo brilló más por integrarse como un resultado innovador accesorio o complementario del comercio internacional tradicional, antes que por su contenido y alcances. El Acuerdo valía más porque le dio a la OMC mayores atribuciones que las originales que tenía el GATT. Este Acuerdo tiene hoy un protagonismo discreto. Actualmente, 41 casos de la OMC citan este Acuerdo, aunque no se trata precisamente de controversias por violaciones del mismo, sino que lo refieren en Consultas.⁹

Los derechos de inversión se protegen en su totalidad por tribunales ajenos a la OMC, tanto por instancias domésticas como por arbitrajes. Por estas razones, podría pensarse que la OMC ha quedado a deber en materia de protección de derechos de inversión,

⁸ Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (*Trade Related Investment Measures*), acuerdo multilateral que entró en vigor en 1995, al momento de la creación de la OMC.

⁹ Consultado en la página web de la OMC: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_agreements_index_s.htm?id=A25

aunque en descargo de este organismo también podría decirse que no fue creado para protegerlos, sino para establecer estándares mínimos internacionales. La pregunta que surge entonces, es ¿cumple la OMC al establecer estándares mínimos, cuando lo que se está debatiendo en la actualidad son problemas mucho más complejos que no se previeron en 1995? ¿No sería mejor dejar que sea otro foro el que se posicionara en este tema para no sólo resolver los problemas mínimos, sino para conformar nuevos criterios sobre debates más serios como políticas públicas o ejecución de laudos?

La promoción y defensa de derechos de inversión debería de tomarse con más seriedad por quienes negocian en los foros multilaterales. Los TBI's son cada día más y el derecho que crean los tribunales a partir de sus decisiones en cuanto a interpretación y aplicación de estos tratados, comienzan a generar precedentes cada vez más arraigados en la consciencia doctrinal y jurisprudencial internacional, aunque no se consideren como precedentes obligatorios.

Es preocupante que el derecho tenga que abrirse brechas no institucionales, por la falta de un organismo que aglutine y legitime las decisiones de tantos tribunales sobre temas comunes. El tribunal del CIADI, sin embargo, no puede tomar el protagonismo que en los hechos demuestra con tantas controversias que le han sido planteadas y que ha resuelto, por una razón (entre muchas otras), el Banco Mundial no tiene la aceptación de la comunidad internacional, es considerado como un brazo financiero de Estados Unidos que, aunque no dirige jurídicamente al Banco Mundial, la percepción global es la contraria y, con todas las discusiones que apoyen una idea en contrario, esta situación lo estigmatiza de manera negativa en muchas naciones.

La alternativa (una de ellas, quizá la más recurrente) es la solución de estas controversias con la aplicación de las Reglas de UNCITRAL (donde entra en juego las Naciones Unidas). Cuando se piensa en la ONU, su imagen tiene más aceptación en la comunidad internacional que el Banco Mundial, pero habría que precisar al-

gunos detalles. Primero, estas Reglas son aplicadas por tribunales arbitrales de muchas partes del mundo, no por uno solo. Es decir, cualquier tribunal arbitral establecido en algún país o creado ex profeso, puede hacer suyas estas Reglas por razón de un acuerdo de voluntades y resolver en consecuencia, lo que generalmente sucede, haciendo de estas decisiones algo mucho más difuso que las del CIADI, pues hace imposible la sistematización y congruencia en cuanto al sentido de los fallos.

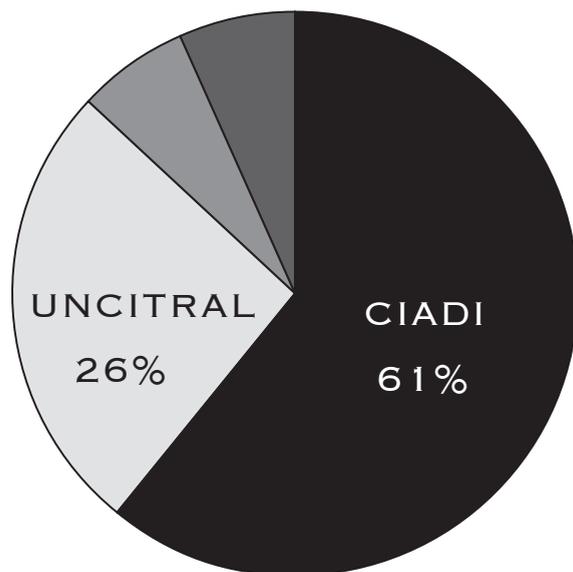


Fig. 1

Además de lo anterior, los tribunales que resuelven conforme con las Reglas de UNCITRAL no lo hacen sin tomar en cuenta casos del CIADI sobre temas similares, pues es el CIADI el que más casos ha resuelto (ver Fig. 1) y en donde se han establecido más criterios comunes respecto de temas sensibles. La poca idea de jurisprudencia aunque muy informal, ha derivado de casos resueltos por el tribunal del Banco Mundial; entonces, UNCITRAL no es una alternativa completamente distinta del CIADI y sí una versión

descafeinada del mismo. Esta es otra razón por la que muchos países que no son suscriptores del Convenio CIADI acuden a éste, por la vía del mecanismo complementario para resolver sus conflictos, México incluido, por supuesto.

El reto de la comunidad internacional es legitimar un tribunal permanente para que se comience a generar precedentes y se construya una verdadera jurisprudencia sobre la materia. La congruencia en las decisiones es la característica principal que le puede dar esa fuerza que se requiere a las decisiones arbitrales y quizá la única de la que no se puede prescindir para crear un tribunal. Sin pretender hacer menos la imparcialidad y la objetividad, la congruencia da certeza a las partes y profesionaliza los escritos de demanda y de contestación, pues los litigantes consiguen apoyarse en razones de peso que se saben previamente reconocidas y aceptadas por quienes resolverán su disputa.

Por desgracia, los tribunales que generen esta congruencia pueden hacerlo mejor si dependen de una instancia multilateral. Mientras que los tribunales constituidos por controversias de TBI's carecen de la más absoluta permanencia y, obviamente, no podrían en este formato generar jurisprudencia, un organismo que institucionalice estos mecanismos desde la instancia multilateral podría generar mayor certeza a estas decisiones, pues aglutinaría un mayor número de países. El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC es el ejemplo más cercano que existe al darle certeza, congruencia y eficacia (que no se tenía con el mecanismo del GATT) a las controversias de comercio internacional.

V. DEMANDAS RECIENTES Y MULTIPLICIDAD DE ACUERDOS

El escenario multilateral para la protección de inversiones está muy limitado y enfrenta un momento de particular competencia frente a los mecanismos preferenciales. En el momento en el que se escribe este documento, acuerdos como el TPP y el TTIP están próximos a

suscribirse. En el caso del TPP, concluyeron las negociaciones (octubre de 2015) en un marco de secrecía que generó demasiadas reacciones adversas por muchos sectores nacionales de sus doce miembros.

Mi opinión es que las negociaciones no públicas (que no es lo mismo que en secreto, ya que en las que tuvieron lugar en el marco del TPP estuvieron involucrados sectores gubernamentales y productivos nacionales de los doce miembros) pueden dar mayor celeridad a la consecución de acuerdos. Las negociaciones públicas dan lugar a manifestaciones de diversos grupos, que no necesariamente están en contra de las negociaciones, sino que buscan desestabilizar gobiernos. La secrecía pues, no necesariamente es negativa; lo sería si se dejara fuera de las reuniones a los sectores productivos nacionales que tienen intereses substanciales en lo que se acuerde en ellas.

En el capítulo de inversión del TPP, aunque no se ha dado a conocer todavía en forma definitiva, las mayores dudas sobre su contenido recaen en temas relativos a posibles demandas sobre materias en las que el Estado ejerce el monopolio regulatorio. Salud pública, medio ambiente, seguridad, son algunos de los temas que han sido utilizados recientemente por los gobiernos para tomar decisiones que afectan derechos de inversionistas nacionales y extranjeros, pero que sólo estos últimos pueden disputar en foros internacionales.¹⁰

Recientes demandas como la de Philip Morris vs Uruguay¹¹ y contra Australia,¹² en dos procesos distintos, así como la de Eli Lilly

¹⁰ Sobre el tema de salud relacionada con derecho de inversiones, *cfr.* VADI, Valentina, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*. Routledge, USA, Taylor and Francis Group, 2013.

¹¹ Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7).

¹² Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCTRAL, PCA Case No. 2012-12. Consultado en: <http://www.italaw.com/cases/851#sthash.XyBW7Uls.dpuf>

vs Canadá,¹³ y Apotex vs Estados Unidos,¹⁴ controvierten decisiones de gobierno que pretenden proteger derechos relacionados con la salud pública, como el daño provocado por el consumo del tabaco y la efectividad de los medicamentos, se combaten porque los inversionistas titulares de marcas y patentes (derechos de propiedad intelectual) se ven afectados económicamente en sus derechos comerciales y de propiedad y buscan indemnización por ese daño.

La pregunta para el debate jurídico ante un escenario de demandas internacionales en tribunales inversionista-Estado, consiste en determinar, primero, si los gobiernos ven limitadas o no sus facultades de regulación¹⁵ ante la posibilidad de tener que indemnizar cantidades millonarias a empresas extranjeras en su país que se ven agraviadas por aquellas decisiones. La segunda pregunta, ahora desde la perspectiva contraria, es si por tratarse de una medida regulatoria que busca proteger objetivos o valores legítimos, los gobiernos pueden tomar las decisiones irrestrictas que consideren, sin importar si afectan o no derechos de propiedad. El punto medio no es posible ni ideal para resolver estos problemas, porque los gobiernos insisten en su potestad soberana para autodeterminarse libremente, pero al mismo tiempo mandan mensajes políticos frecuentes para atraer inversiones extranjeras, pues éstas son uno de los motores más efectivos para acelerar el crecimiento económico. El inversionista pretende posicionar su inversión en muchos países, pero requiere de certeza por parte del gobierno que lo hospeda

¹³ Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2 Consultado en: <http://www.italaw.com/cases/1625#s-thash.yQXMy8Na.dpuf>

¹⁴ Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1. Consultado en: <http://www.italaw.com/cases/1687#s-thash.FGV3MbiM.dpuf>

¹⁵ Aunque las negociaciones recientes sobre tratados de inversión están creando expectativas futuras para el derecho a regular por parte del Estado. Más sobre el tema, *cf.* TITI, Aikaterini, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Alemania, Hart Publishing, Eds. Nomos, DIKE, 2014.

para que no tome decisiones arbitrarias o injustificables en contra de sus derechos de propiedad. Por su parte, el Estado receptor de la inversión espera que sus inversionistas actúen de modo que no se afecten valores sociales y medioambientales supremos. Hasta ahora, la única medida que se ha podido establecer para conseguir este punto medio regulatorio, es la indemnización. Por desgracia, los montos de éstas se han disparado ostensiblemente, al grado de representar porcentajes muy significativos del presupuesto anual de un país (la reciente decisión del caso Yukos,¹⁶ por un monto de 50 bdd, es sólo un ejemplo).

El capítulo de inversión del TPP pretende una solución a este problema. Información recientemente filtrada sobre este tema dice que las demandas de inversión contra medidas que buscan proteger a la salud (específicamente consumo del tabaco) quedarían fuera del ámbito del TPP, es decir, que no se podrá demandar a un gobierno cuando éste adopte medidas que busquen proteger valores superiores, como el de la salud pública. Esta medida, aunque pudiera satisfacer a grupos de presión social en períodos electorales (como el próximo en Estados Unidos), se percibe injusta para los inversionistas, pero al mismo tiempo, también para agricultores de tabaco (que son muchos), pues abre la puerta a la posibilidad de que los gobiernos que tengan intenciones más proteccionistas que protectoras de derechos, tomen decisiones que afecten derechos de propiedad (expropiaciones *de facto*), sin que los afectados puedan recurrir a tribunales internacionales. La medida podría combatirse ante instancias nacionales, claro, pero que no ofrecen la confianza necesaria que pudiera ofrecer una instancia objetiva e independiente, que no es la nacional.

El debate está sobre la mesa, nada se ha decidido de manera definitiva y toca ahora a los parlamentos nacionales aprobar o no lo

¹⁶ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227. Consultado en: <http://www.italaw.com/cases/1175#sthash.06XnZrgm.dpuf>

negociado en el TPP, suponiendo que el acuerdo se firme, como se prevé, entre marzo y abril de 2016 por los jefes de Estado.

VI. REFLEXIONES FINALES

Los acuerdos comerciales más recientes como el TPP y el TTIP regulan muchos temas que no formaban parte de la agenda de comercio de hace una década. La liberalización comercial enmarcada en la eliminación arancelaria ya no es la prioridad de estos acuerdos. Temas como inversión, el libre tránsito de personas, la transparencia, la armonización regulatoria, la protección del medio ambiente y los derechos laborales, entre otros, forman ahora parte de la agenda del comercio mundial.

El escenario contencioso es otro factor que debe de tomarse en cuenta de forma seria. Hay cada vez más foros extranjeros e internacionales en los que se pueden plantear y resolver conflictos, muchos de ellos asumen con naturalidad la tarea de cuestionar políticas y ordenamientos jurídicos nacionales y, también con más frecuencia, imponer obligaciones de indemnización a estos gobiernos, dinero que además pertenece a proyectos de comunidades que enfrentan retos sensibles y urgentes año con año. Indemnizar por daños de inversión a empresas reduce el impacto anual de proyectos de infraestructura interna de los países, algo sobre lo que hay que reflexionar muy seriamente.

La falta de políticas públicas bien definidas, así como la deficiencia en las vigentes, son caldos de cultivo para posibles demandas internacionales. Las administraciones gubernamentales tienen que poner atención en los objetivos que persiguen y evitar regular sin tomar en cuenta todos estos factores externos que antes no formaban parte de la visión natural del gobernante.

La regulación del comercio internacional nunca antes había tenido mayor acercamiento con las regulaciones internas. No hay una sin la otra y los efectos de la primera se reflejan inmediatamente en



la segunda. Cuando se reformó la Constitución mexicana en 2011 para dotar de mayor fortaleza a los derechos humanos, se hizo pensando que México no es origen y destino único de estos derechos, que es parte de una comunidad internacional que cada día comparte más su destino. Lo que está pasando en materia de comercio y de inversión es algo similar desde la perspectiva de que sus normas no tienen origen nacional y están cada vez más armonizadas en el mundo.

Por esta y por más razones, regular el comercio y la inversión desde escenarios compartidos y construir foros de solución de controversias institucionales, permanentes y también comunes, es por ahora lo que se percibe como la alternativa viable más adecuada para lograr la certeza que ahora le falta a estos mecanismos.

