

EL PODER DE LOS ESTADOS PARA HACER PROMESAS SIGNIFICATIVAS A LOS EXTRANJEROS

Jan Paulsson*

El presente artículo analiza el tema relevante de la adopción por parte de los Estados de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (TBI), partiendo de tres preguntas: ¿Es verdad que una limitación voluntaria de la soberanía constituye una violación de la soberanía? Si las restricciones a la soberanía son una opción soberana, ¿cuáles son las razones para aceptar dichas limitaciones? Por último, ¿cuáles son las buenas prácticas que debe seguir un Estado en las circunstancias en que este ha aceptado ciertas limitaciones a su soberanía? El autor entiende que la suscripción de TBI es un atributo de la soberanía del Estado, que la solución adecuada de disputas es esencial para el manejo exitoso de las relaciones con los inversionistas, por lo que los Estados no tendrían por qué temer la existencia de tribunales arbitrales internacionales y que la competencia entre los Estados en la atracción de inversiones es un proceso de largo plazo que demanda por parte de los Estados un proceder correcto y decente, un respeto hacia los fallos arbitrales y un trabajo transparente, profesional y con rigor en el establecimiento de las reglas de juego.

Revista de Economía y Derecho, vol. 6, nro. 21 (verano de 2009). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados. El presente artículo fue publicado por Cato Institute, cuyo permiso agradecemos.

* Socio principal de la firma Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (Francia). Árbitro internacional y presidente de la London Court of International Arbitration. Coautor del libro *International Chamber of Commerce Arbitration*. Este artículo recoge las palabras que Paulsson ofreció durante la ceremonia de investidura como profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), el 29 de agosto de 2008.

Los Estados tienden a molestarse cuando un extranjero alega que han violado obligaciones legales. Los Estados se irritan aún más cuando deben defenderse ante una Corte o un tribunal internacional. ¿Es esto una violación de su soberanía?

Exploremos tres interrogantes.

En primer lugar, ¿es verdad que una limitación voluntaria de la soberanía constituye una violación de la soberanía?

En segundo lugar, si las restricciones a la soberanía son una opción soberana, ¿cuáles son las razones para aceptar dichas limitaciones?

En tercer lugar, ¿cuáles son las buenas prácticas que debe seguir un Estado en las circunstancias en que este ha aceptado ciertas limitaciones a su soberanía?

Para entender el concepto de soberanía, es necesario comenzar por el significado de la palabra ‘soberanía’. El vocablo no debe emplearse en un sentido infantil. ‘Soberanía’ no es “yo hago lo que yo quiero”. Ciertamente, tampoco significa “todopoderoso”. Cada día nos enfrentamos a una realidad en la cual no podemos hacer lo que queremos.

Esto es obvio. Una cuestión más interesante es si la soberanía, aunque no nos da el poder de vencer las fuerzas de la naturaleza ni los efectos de los accidentes ni de los errores de cálculo, por lo menos significa que nadie puede decirnos lo que debemos hacer. Esta cuestión amerita una reflexión. Si todos los hombres son iguales, en ese orden de ideas cada persona sería soberana. Nadie podría decirme cómo yo debo comportarme. Pero el hecho es que los seres humanos individuales en realidad no quieren ser soberanos en este sentido extremo. Nosotros estamos dispuestos a dar una parte de nuestra libertad y, en efecto, insistimos en la oportunidad de negociar: aceptamos que las leyes criminales nos sean aplicadas para estar protegidos por esas mismas leyes; aceptamos que debemos pagar por nuestro comportamiento imprudente para así poder vivir con una mayor tranquilidad porque la regla tiene como consecuencia que nuestros conciudadanos tenderán también a comportarse con mayor prudencia. Finalmente, aceptamos someternos a un mal negocio porque si nuestros contratos no fueran vinculantes, estaríamos enfrascados en la pobreza de un sistema económico primitivo en el cual cada transacción sería instantánea –toma y paga–, sin la posibilidad de crear bienestar gracias a la empresa compartida, mediante la inversión fundamentada en la confianza en compromisos de largo plazo o mediante el uso del capital de prestamistas voluntarios.

Los Estados también tienen motivos similares para aceptar limitaciones legales a su conducta futura. Así como los individuos deben aceptar que ninguna regla tendría significado si cada uno tuviera el derecho “soberano” de decidir si es culpable de una conducta criminal, de un comportamiento imprudente o del incumplimiento de un contrato, un Estado también debe aceptar que no puede ser el juez de sus propias controversias ni determinar por sí mismo si ha o no transgredido sus límites legales. Nadie, ni siquiera un Estado, puede ser el juez de su propia causa.

Estos conceptos son sencillos, pero merecen una reflexión madura. Los dictadores buscan abusar de la ley y disfrazar este abuso mediante pretensiones de soberanía. Para nosotros, se trata de parar a la amenaza. Entonces miremos un famoso ejemplo de una limitación a la soberanía:

El 21 de marzo de 1921, un buque a vapor británico llamado el SS *Wimbledon*, operando bajo contrato con un transportador francés, fue informado por las autoridades alemanas de que no sería autorizado a transitar a través del canal de Kiel, que atraviesa la parte norte de Alemania, conectando el Atlántico con el Báltico. Este incidente dio origen a un importante debate internacional sobre cómo el principio *pacta sunt servanda* puede limitar la soberanía. El Gobierno francés apoyó la reclamación de su nacional, afirmando que Alemania había violado el derecho internacional y debería ser condenada a pagar una indemnización. El buque estaba transportando municiones cargadas en Grecia y destinadas a la base naval polaca de Dantzig. Como resultado de la negativa alemana de conceder tránsito, el *Wimbledon* fue inmovilizado durante 11 días, teniendo después que seguir un pasaje más largo por el norte de Dinamarca. Alemania sostuvo que estaba en su derecho, de acuerdo con una ley —las Órdenes Nacionales de Neutralidad, en relación con la neutralidad alemana en la guerra entre Rusia y Polonia—, cual prohibía el tránsito de municiones. Francia, apoyada por Inglaterra, Italia y Japón, presentó una demanda ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (la predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia), afirmando que la negativa alemana de conceder el tránsito, había violado preceptos del famoso Tratado de Versalles, hasta el punto que el canal de Kiel debía “mantenerse abierto y libre a los buques de comercio y guerra de todas las naciones en paz con Alemania en términos de completa igualdad”. Alemania estaba legitimada bajo el tratado a imponer cargas y regulaciones, siempre que estas “no impidieran el tráfico innecesariamente”.

La Corte Permanente reconoció que Alemania tenía “indiscutibles derechos soberanos que posee sobre el canal de Kiel”. Sin embargo, esos derechos estaban sujetos a una limitación, a saber, el Tratado de Versalles, que, de acuerdo con el demandante, debe tener efecto *pacta sunt servanda*. Alemania alegó, por el contrario, que su derecho como un poder neutral de decidir si las municiones destinadas a un país en guerra era “una parte esencial de su soberanía”, a la que no podía renunciar mediante un acuerdo.

La Corte Permanente estuvo en desacuerdo y condenó a Alemania a pagar a Francia una indemnización a favor de su nacional, la compañía de transporte. A continuación veamos los términos de un pasaje de la decisión de la Corte, rendida en 1923:

“La Corte rehúsa a ver en la firma de cualquier tratado por el cual un Estado se obliga a hacer o no hacer un acto particular, un abandono de la soberanía. No hay duda de que cualquier convención que crea una obligación de esta clase, pone una restricción sobre el ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que se requiere que sean ejercidos de una cierta manera. Sin embargo, el derecho a celebrar compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado”.

“Sin embargo, el derecho a celebrar compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado”. Esta, aunque es una oración simple, tiene un gran peso. La capacidad de hacer un compromiso obligatorio es parte de lo que hace que un Estado sea un Estado. Estamos hablando del poder de hacer una promesa significativa. Si los Estados no tuvieran ese poder, estarían totalmente desfavorecidos. El acto de limitar una conducta posible mañana es un ejercicio de autoridad hoy. Si ese acto está destinado a ser significativo internacionalmente, debe, antes que nada, crear obligaciones vinculantes, y, en segundo lugar, estar abierto a una evaluación por parte de una Corte o tribunal internacional. En realidad, no hay diferencia en relación con lo que vemos en las relaciones entre individuos ordinarios. Un hombre cuyas promesas no significan nada, tendrá mayores dificultades en la vida. Tendrá que trabajar solo y siempre tendrá que pagar en efectivo.

Pasemos ahora a nuestro segundo tema. Ahora que sabemos que la capacidad de aceptar limitaciones obligatorias a la soberanía es un atributo de esa misma soberanía, preguntémonos ¿por qué un Estado haría un acuerdo semejante?

Hay muchas respuestas. Algunas tienen que ver con un deseo de ejercer liderazgo. Un Estado será difícilmente aceptado como un líder global y podrá difícilmente convencer a otros Estados de cooperar de ciertas maneras, a menos que muestre que él cumple con los mismos compromisos. Además, el impulso para hacer compromisos internacionales puede ser la expresión de una voluntad popular, ya que los candidatos políticos identifican un deseo público para la expansión de ciertos valores (como los derechos humanos o la protección ambiental) son elegidos sobre esa plataforma y luego, en el desempeño de sus funciones, están preparados para unirse a líderes de otros países para conseguir un objetivo común tendiente a asegurar esos valores.

No obstante, para facilitar el análisis, concentrémonos en un tipo de limitaciones de la conducta futura del gobierno. Se trata de limitaciones aceptadas en busca del interés propio a través del mecanismo de los tratados para la promoción y protección de inversiones extranjeras. Hay alrededor de dos mil tratados bilaterales de este tipo, comúnmente referidos como TBI. Aunque distan de ser idénticos, contienen, casi invariablemente, cuatro compromisos. Primero, cada Estado promete que no nacionalizará las inversiones hechas por los nacionales del otro Estado, o que no tomará medidas equivalentes a la nacionalización, sin la compensación correspondiente. Segundo, cada Estado promete que no discriminará a los nacionales del otro Estado. Tercero, cada Estado promete que su conducta frente a los inversionistas del otro Estado se ajustará al concepto de trato justo y equitativo y, en términos más generales, al derecho internacional. Finalmente, estos tres compromisos amplios son reforzados por una cuarta promesa, que consiste en que cada Estado acepta que cualquier reclamación por la violación de las tres promesas sustantivas pueda ser llevada a un arbitraje internacional por el inversor demandante.

Esa es la naturaleza de los TBI. Durante los últimos veinte años hemos visto centenas de arbitrajes bajo estos tratados. En todos esos arbitrajes un Estado ha sido el demandado. Algunas veces el Estado ha ganado, algunas veces ha perdido y algunas veces el resultado no ha sido completamente favorable a ninguna de las partes.

Sin embargo, los Estados nunca disfrutaron el tener que defenderse ante un organismo externo. Algunos de esos casos han sido políticamente delicados. Algunas veces se ha indicado que los árbitros son personas privadas y se ha cuestionado si ello es una violación a la soberanía. Ya hemos visto que esta es una mala pregunta. Para un Estado,

estar atado por sus propios compromisos no es una violación de soberanía. La pregunta correcta es si otorgar las promesas contendidas en estos TBI está dentro del interés del Estado. Algunos se preguntan si aceptar los TBI no va en contra del interés del Estado. Examinemos entonces las posibles objeciones.

¿Son los TBI injustos por naturaleza?

Algunos críticos han sugerido que los TBI pueden ser la obra de inversionistas poderosos, quienes convencen a sus Estados de origen para presionar a los Estados importadores de capital para que firmen los TBI o –más bien de una manera ofensiva para los negociadores– que son firmados ignorando sus consecuencias.

Esta no es una objeción válida. Es fácil demostrarlo al examinar el contenido de varios TBI, introducido por los Estados en desarrollo entre ellos mismos –podemos llamarlos “TBI Sur-Sur”–. Estos no son, obviamente, la obra de exportadores de capital. Entonces es interesante considerar lo que contienen –precisamente las mismas cuatro promesas que contienen otros TBI–. En efecto, el primero de los arbitrajes modernos Estado-inversor, hace 25 años, en el caso SPP c. Egipto, provino de la famosa Ley Egipcia 43 de 1974, no de un TBI. Esta Ley 43, que inició una exitosa política de Puertas Abiertas para la inversión extranjera, fue concebida por el Parlamento egipcio, no por países o empresas occidentales. Sin embargo, la Ley 43 contenía las mismas protecciones. Debemos entonces concluir que estas protecciones son consideradas justas y apropiadas por los países en desarrollo. Incluso recientemente, en febrero de 2008, una reclamación de un inversionista omaní fue resuelta a su favor bajo un tratado firmado entre su país y Yemen, tratado que contenía también las cuatro sempiternas promesas.

¿Son injustos los árbitros que deciden los casos TBI?

Muchas partes vencidas afirmarían que sí, y de alguna manera podrían hasta tener razón. La justicia no es perfecta en cada caso. De todos modos, los abogados que representan a Estados tantas veces como representan a inversionistas, con poca probabilidad, dirán que existe una tendencia general en contra de los Estados demandados. Ciertamente hay muchos ejemplos de defensas exitosas en contra de demandas de inversionistas –y ejemplos de furiosas protestas por parte de inversionistas que consideran el rechazo de su demanda como un error judicial e incluso como una denegación de justicia–. Mejor, desde el punto de vista del Estado, inversionistas vencidos han sido en

ocasiones condenados a pagar costos significativos. (Hungría, Ucrania y Pakistán, por ejemplo, han sido beneficiarios de tales condenas). En efecto, en un caso el inversionista vencido pagó al Estado sus propias costas y emitió una disculpa pública.

Los tribunales de inversiones han, además, mostrado que la corrupción y otras ilegalidades no son toleradas. Kenia, El Salvador y Filipinas han obtenido, por ejemplo, el rechazo de demandas sin siquiera entrar a considerar si las mismas eran o no fundadas en principio, debido al hecho que la inversión original involucraba sobornos u otras violaciones a la ley nacional.

En los casos en los que los demandantes han recuperado sus inversiones, los tribunales internacionales, con frecuencia, han reducido considerablemente las reclamaciones por pérdida de beneficios, dejando a los inversionistas con la sensación de haber recuperado poco.

Posiblemente sería un gran error considerar esta cuestión como si se tratara de una competencia deportiva como el Mundial de Fútbol. Es comprensible que en casos notorios la percepción pública tienda a ser simplista: es bueno si ganamos, malo si perdemos. Las relaciones económicas internacionales, sin embargo, no son como las competencias deportivas. Resolver las disputas adecuadamente es esencial para el manejo exitoso de las relaciones con los inversionistas. Un Estado puede jactarse de ganar, pero lo importante para su reputación en el largo plazo es que sepa enfrentarse a los desacuerdos de una manera leal, seria y eficiente, y que respete el resultado de los procesos internacionales normales. México es un ejemplo sobresaliente. Al ingresar al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, México abrió la puerta a las reclamaciones internacionales en su contra por parte de los inversionistas estadounidenses y canadienses. Ya se han presentado reclamaciones de este tipo. México ha ganado algunas de ellas y ha perdido otras. Lo que la comunidad internacional ha observado es i) que México se ha defendido de una manera muy competente, ii) que sus pérdidas han sido bastante moderadas, y iii) que siempre ha pagado las sumas a las que ha sido condenado. Su reputación ha sido entonces establecida. En comparación con los beneficios del tratado, en términos de billones, las autoridades mexicanas han señalado que los pagos incidentales a los inversores que han sido maltratados son un precio pequeño a pagar, en términos de millones.

En casos altamente controvertidos puede, en efecto, ser muy atractivo para los Estados resolver el problema de una vez por todas a un

nivel internacional en lugar de tenerlo incrustado en la escena local, creando tensiones, perturbaciones y perjuicios para la reputación del país en el largo plazo. Un caso como el de *World Duty Free c. Kenya* pudo haber llevado al desastre de no haberse resuelto internacionalmente. La reclamación se elevaba a 500 millones de dólares; el inversionista se mostró a sí mismo como alguien con la voluntad y la capacidad para corromper autoridades del más alto nivel; y una investigación oficial de la época mostró que el sistema judicial keniano estaba severamente comprometido.

En el desenlace, el tribunal internacional –presidido por un ex presidente de la Corte Internacional de Justicia– ratificó la defensa de Kenia al punto que un contrato obtenido mediante soborno no podía ser ejecutado.

Podrían ustedes preguntarse si la aceptación de un TBI conduce a una mayor inversión extranjera. Esa es una pregunta interesante. Lo más asombroso es, sin embargo, que la premisa parece incorrecta. Parece menos probable que la firma de un TBI pueda llevar directamente a un aumento de la inversión extranjera. La inversión extranjera fluye masivamente hacia Suiza, aun cuando Suiza nunca haya firmado un TBI. Todo el mundo entiende por qué. Un Estado solvente con un gobierno bueno y estable atrae inversiones sin necesidad de TBI. Por otra parte, un Estado con un historial de crisis financieras, rechazo de deudas y cambios de políticas arbitrarios no se volverá automáticamente atractivo por el solo hecho de firmar TBI. Que un Estado pueda demostrar una fiabilidad duradera es un tema de una mayor complejidad. Se necesita una tradición de previsibilidad, eficiencia, transparencia y justicia en la manera de gobernar. El estado de derecho es una parte de este contexto y la red de los TBI contribuye al mismo.

Es fácil observar que un país gobernado según el estado de derecho no tiene por qué temerle a los TBI ni a los tribunales internacionales.

De la misma manera, una falla al aceptar el concepto de protección del inversionista, seguramente, desmotivará a los inversionistas, incluyendo a los inversionistas presentes, los cuales deben ser el primer objetivo de los Estados importadores de capital, persuadiéndolos de aumentar sus inversiones en su magnitud y en su duración. (A propósito, Suiza ha firmado una amplia gama de TBI).

Veamos ahora el propósito fundamental de la protección al inversionista. Ciertamente no se trata de proteger a las multinacionales. No tiene sentido hablar de los intereses y de los derechos de las multi-

nacionales en abstracto. No tenemos ninguna apuesta a priori sobre la supervivencia de las multinacionales como motores del comercio internacional. Si las estructuras capitalistas no le sirven a la sociedad, pueden ser suprimidas sin ningún arrepentimiento. Sin embargo, han demostrado ser palancas inigualables para la movilización de capital y para el uso de tecnología. Así es que cuando protegemos los “derechos” de las empresas, lo hacemos porque ese es el precio de sostener un sistema valioso, explícitamente acogido tanto por los sistemas capitalistas como por las teorías socialdemócratas e, implícitamente, por los planificadores centrales del capitalismo de Estado.

Cuando ustedes miran al mundo desde esta perspectiva, descubren que el objetivo de la protección de las inversiones es convencer a los inversionistas de invertir durante el máximo de tiempo posible y por la rentabilidad más baja posible. Así es como los Estados importadores de capital maximizan sus beneficios. En un país sin leyes, uno siempre puede poner a alguien a especular, pero solo si hay una tasa de retorno espectacular—después de lo cual tanto la inversión como la rentabilidad abandonan el país rápidamente—. Esta no es la clase de inversiones que es deseada por los Estados receptores. Es sumamente importante que el Estado tenga el poder de atraer las buenas.

Concluimos entonces en relación con este segundo tema.

La idea que un Estado pueda ser tenido como responsable bajo el derecho internacional por tribunales arbitrales creados en virtud de un tratado, no es ni nueva ni radical. Hubo centenas de casos como esos en el siglo XIX. Los Estados demandados fueron de todas las clases: ricos y poderosos, europeos o antiguas colonias. Los tribunales internacionales hicieron responsable a Estados Unidos por las acciones que su propia Corte Suprema había declarado como no constitutivas de incumplimientos del derecho internacional. Estas decisiones internacionales fueron, sin embargo, respetadas por Estados Unidos.

Cuando uno de los laudos más ilustres fue proferido contra Gran Bretaña en el caso *Alabama Claims* (1872), el árbitro británico emitió un áspero desacuerdo, calificando al laudo de aproximadamente 15 millones de dólares como “injusto”. Sin embargo su gobierno—basante más poderoso en aquel entonces que Estados Unidos—pagó la suma de la condena.

Esta tradición de respeto al derecho internacional tal y como es aplicada por los tribunales internacionales debe ser tomada en cuenta por los críticos contemporáneos del arbitraje de inversión. Esos crí-

ticos imaginan a veces que los tribunales internacionales pueden ser paralizados por declaraciones de Cortes municipales en el sentido de que los tratados que crean la jurisdicción internacional son contrarios a las Constituciones nacionales. Sin embargo, sugerir que los requerimientos alegados de la propia Constitución de una nación pueden neutralizar las iniciativas de sus gobiernos va en contra del mismo derecho internacional. Puede suceder que esas iniciativas sean un exceso de poder bajo la ley nacional. Pueden enredarse con la ley nacional, pero (siempre que la apariencia de autoridad sea suficiente) no evita que alguien pueda confiar en esas iniciativas en el plano internacional. Cualquiera sea su fuerza como un asunto de ley nacional, aquellos argumentos se evaporan en el plano internacional.

Como lo expresó el juez Keba Mbaye (antiguo vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia y primer presidente de la Corte Suprema de Senegal): “Un Estado no debe estar autorizado a citar las disposiciones de su ley interna para escapar de un arbitraje que ha sido previamente aceptado”. Otro gran juez nacional, Lord Mustill, sugirió: “Posiblemente debería clasificarse como un principio de orden público internacional”. Este concepto fue firmemente respaldado en un arbitraje entre una parte privada alemana contra Bélgica en un caso llamado *Benteler c. Bélgica* (1984). Incluso ha sido incorporado en la ley municipal de Suiza, la cual dispone que un Estado parte en una convención de arbitraje “no puede apoyarse en su propia ley para atacar la arbitrabilidad de una disputa o su propia capacidad para ser parte en un arbitraje” (artículo 177(2), *Ley de Derecho Internacional Privado*).

La crítica de los tribunales basada en que impiden políticas democráticas –sea la protección ambiental o el mercado laboral– está mal dirigida. Los tribunales internacionales no establecen políticas. Ellos dan efecto a los acuerdos internacionales. Negar la autoridad de un tribunal internacional equivale a despojar a los Estados de su poder de hacer promesas fiables. El profesor francés Pierre Mayer escribió hace veinte años un artículo fundamental, “La neutralización del poder normativo del Estado en relación con los contratos del Estado” (1986, *Journal du Droit International*, p. 5), en el cual dijo que sería muy extraño si el efecto de insistir en la soberanía sobre los recursos naturales, significara que un Estado, aunque supuestamente soberano, estuviera en realidad impedido para reclutar la asistencia de inversionistas extranjeros y de tecnología, ya que no podría comprometerse

válidamente a dar las garantías legales necesarias para el inversionista. Añade que “permitir a los Estados deshacer sus compromisos significa, en la práctica, prohibirles comprometerse en el futuro” (“permettre aux Etats de se délier, c’est en pratique leur interdire de se lier dans le futur”).

Cuando Francia quiso asegurarse de que la Walt Disney Corporation construiría Eurodisneyland en las afueras de París y no en España, el Parlamento aprobó una ley especial para autorizar al gobierno a aceptar la jurisdicción arbitral internacional (CIADI) en los acuerdos “con corporaciones extranjeras para la implementación de operaciones que tengan un interés nacional” (artículo 9, Ley 86972, del 19 de agosto de 1986, *Journal Officiel*, 22 de agosto de 1986, p. 10190). La corporación estadounidense fue firme en cuanto a una jurisdicción neutral en el evento de una disputa con el gobierno.

Las críticas a los tribunales internacionales en el sentido de que deben operar con mayor eficiencia, transparencia, coherencia y justicia son completamente legítimas. Sin embargo, ninguna institución humana es perfecta. Los tribunales arbitrales internacionales han existido por muchas generaciones; las quejas de aquellos que han quedado decepcionados con sus laudos han existido precisamente también por generaciones. Uno debe ser cuidadoso al reconocer críticas que no son en realidad sino una fachada para dejar de obedecer las normas internacionales.

Pareciera entonces que aquellos que cuestionan la legitimidad de la adjudicación internacional están apuntándole al blanco equivocado. Critican el principio de la supremacía del derecho internacional cuando en realidad su desacuerdo es en relación con las elecciones políticas de sus propios gobiernos al hacer que sus tratos se vean reflejados en los tratados internacionales. El error es bastante peligroso, pues ¿qué ocurriría si destruyera la autoridad del derecho internacional? En ese sentido, ¿importa realmente si ellos tienen razón acerca de la política? ¿Qué harían una vez prevalezcan, una vez que hayan alcanzado un consenso acerca de las principales reglas para la protección del medio ambiente, la eliminación del trabajo de los menores, el tratamiento adecuado a las personas acusadas de haber cometido delitos, una adecuación de las condiciones del mercado en beneficio de los productores menos favorecidos a quienes se les ha negado el acceso a los mercados? ¡Qué vacua victoria! Estar ahí con las manos vacías, y rápidamente anhelar la herramienta destrozada.

Para completar, en el campo de las inversiones extranjeras, los tribunales arbitrales son instrumentos del estado de derecho (*Rule of Law*). El objetivo de los tribunales arbitrales no es fallar a favor de los ricos, es permitir a los Estados hacer promesas confiables. Socavar la confianza es privar al Estado de una herramienta muy valiosa.

Los tribunales arbitrales no tienen que asumir la responsabilidad por el contenido de los tratados.

En casos individuales, los tribunales internacionales tienden a fastidiar a los Estados demandados, independientemente de que sean ricos o pobres; sin embargo, sus decisiones deben ser respetadas con el fin de alcanzar los continuos beneficios del principio de legalidad. El respeto por las expectativas legítimas y preestablecidas es un requisito esencial para la sanidad de las relaciones internacionales.

Y, finalmente, nuestro tercer y último tema, que será el más corto. ¿Qué debe hacer un Estado una vez que ha aceptado ciertas limitaciones a su soberanía al hacer las promesas, de las que hemos hablado, a los extranjeros? En términos muy generales, ¿qué es lo más recomendable una vez un Estado ha firmado un TBI?

En muchos países, el arbitraje internacional es apreciado desde una perspectiva derrotista y defensiva. No existe la concepción de que el uso efectivo del proceso arbitral constituye una tarea importante para el manejo de las relaciones económicas internacionales, particularmente para el manejo de la deuda pública. Dondequiera que exista esa percepción derrotista, la inclinación de los inversores extranjeros por el proceso arbitral continuará siendo apreciada como parte de la estrategia del “hombre rico” para tomar provecho de una manera injusta.

Ahora consideremos una de las manifestaciones más importantes de derrotismo que han contribuido a que el Tercer Mundo tenga una perspectiva negativa del arbitraje internacional:

- Los Estados son reacios a someterse a la jurisdicción de tribunales que no hacen parte de su estructura estatal. Esta es una consideración especialmente importante respecto de las naciones recientemente independizadas, en donde las debilidades del sector privado local son tales que los inversores extranjeros y los bancos internacionales solicitan directamente del Estado los compromisos contractuales. En la medida en que las economías nacionales evolucionan, se hace cada vez más raro que los ministerios actúen directamente como signatarios de contratos de derecho privado.

- Cuando los países que se encuentran en vías de desarrollo tienen que enfrentarse a los inversores extranjeros en el escenario del arbitraje internacional, lo hacen con recelo o incluso con aflicción. Estos sentimientos tienden a intensificarse en el tiempo cuando nuevos funcionarios –o, de hecho, nuevos regímenes– miran hacia atrás, con ojo crítico, el trabajo de sus antecesores.

- Muchos agentes de los países en vías de desarrollo malinterpretan de diferentes maneras el proceso del arbitraje internacional:

Asumen que es un mecanismo diseñado para la protección del inversor, cuando, de hecho, es un mecanismo favorable al inversor y al Estado, pues le genera ventajas significativas y comparativas, incluso frente a sus propias Cortes. Debe ser obvio que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los inversores extranjeros ocasione importantes y justificados reclamos, y que la única forma confiable de convertir esos reclamos en dinero sea a través de un sistema exhaustivo de resolución de conflictos. Por cuestiones de practicidad, los laudos arbitrales internacionales tienden a ser ampliamente más ejecutables que las decisiones de las Cortes nacionales, las cuales tienen un reconocimiento internacional muy limitado.

Varios Estados todavía creen que el arbitraje internacional favorece intrínsecamente a la parte extranjera, cuando la experiencia de los últimos treinta años ha demostrado que los gobiernos serios, incluso aquellos de los países pobres, están en capacidad de ejecutar el proceso con éxito. Además, las principales instituciones arbitrales han respondido a los amplios cambios en la identidad de sus usuarios, haciendo los cambios correspondientes en sus estructuras de gobierno. Por ejemplo, la mayoría de los miembros de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional no provienen ni de Europa ni de América del Norte.

También es un error sospechar que los inversores tratan de enfrentar a los Estados con las Cortes que se encuentran predisuestas contra los primeros, porque los inversores serios entienden que es en su propio interés que los Estados receptores confían permanentemente en el arbitraje internacional.

Poco beneficia decirle a los Estados receptores que deben respetar el proceso de arbitraje internacional, pues es la forma de proceder correcta y decente, y que a largo plazo hará que los inversores extranjeros tengan una mejor opinión de los Estados receptores. Para obtener un resultado, es preferible comprender que el mecanismo del

arbitraje es algo que los Estados receptores pueden emplear de una manera efectiva para su propio beneficio económico.

Es un error craso concentrarse en la oposición entre el inversor y el Estado receptor. La verdadera línea divisoria se encuentra dentro de la comunidad de inversores. Hay buenos inversores y malos inversores. El buen inversor está ahí para el largo trayecto, y obtener un retorno decente, como es entendido por todos desde el comienzo. Con el fin de merecerse dicha recompensa, este espera que sea llamado para efectuar una contribución real, la cual él mismo agradecería que fuera evaluada por alguien y en cualquier momento. Su enemigo no es el Estado, porque ambos comparten intereses. Sin embargo, el mal inversor (un operador dudoso que quiere ganar dinero rápidamente, obteniendo beneficios enormes por bienes de mala calidad, procurando firmar toda clase de documentos de dudosa procedencia, tales como contratos, enmiendas y certificados diseñados como una cobertura legal de un desempeño pobre) genera un mal ambiente que también perjudica al buen inversor.

Aquellos que operan con transparencia, profesionalismo y rigor, y que crean una atmósfera de seriedad y confianza, se sitúan de un mismo lado, así representen al inversor o al gobierno. Se encuentran unidos por la búsqueda de un ambiente en el que las expectativas legítimas de largo plazo se puedan apoyar. Si tal ambiente es alcanzado, y si los malos inversores se encuentran desanimados o rechazados, muchas deudas dudosas se evaporarán.

¿Cómo se puede crear y mantener un ambiente de tales características? Parece claro que todas las buenas prácticas incluyen rigor y profesionalismo al supervisar la inversión extranjera, la forma cómo esta llega al país, la forma cómo esta es implementada y la forma en que las inversiones regresan al inversor. Parece igualmente claro que una mala práctica es firmar un TBI y después olvidarse de este. Desafortunadamente, como frecuentemente decía mi padre: “Los buenos ejemplos se admiran; los malos se imitan”. Pero este ciclo de negligencia seguramente puede romperse. Existen muchos países receptores de capital que desarrollan estructuras serias y durables para canalizar las inversiones de una manera positiva. Esto no sucede automáticamente. Si han de maximizarse los beneficios de la inversión extranjera, el trabajo duro del Estado receptor de capital comienza con la firma del TBI. Es imprescindible que funcionarios con un conocimiento y experiencia adecuados analicen con una óptica crítica el marco legal. ¿Es claro el

marco legal? ¿Es efectivo el marco legal? ¿El marco legal contiene sistemas de aprobación de licencias aplicable a los extranjeros? ¿Es transparente el proceso de toma de decisiones?

En un país latinoamericano que ha sido excepcionalmente exitoso en la captación de inversión extranjera, una importante comisión interministerial asegura supervisión, coordinación e implementación. Este Estado ha creado una extensa página web que contiene una vasta información, no solamente en español y en inglés, sino también en francés, alemán e italiano. Lo anterior con el fin de facilitar las relaciones con los principales socios económicos.

Reducir la oscuridad de la gobernabilidad no solo beneficia al inversor extranjero, sino también al Estado receptor; los procedimientos burocráticos y misteriosos generan fundamentos para la corrupción, y la corrupción claramente conduce a un proceso de toma de decisiones viciado.

Los TBI deben adaptarse a la política aplicable a la relación bilateral particular. Cuando dos países comparten una frontera común, ellos pueden buscar una integración sustancial de sus economías, y, sobre ese supuesto, proveer total protección a cualquiera de las inversiones que el inversor tenga al otro lado de la frontera, aun si no ha sido específicamente aprobada. Aun si los dos países están situados lejos el uno del otro, la conducta puede ser la misma sobre la base que las inversiones de volumen mediano también deben ser apoyadas, y es menos factible de iniciarse si se requieren aprobaciones formales por parte del gobierno. Pero algunos TBI siguen el ejemplo de Malasia y Bélgica/Luxemburgo, que limitaron la aplicación de su TBI a proyectos aprobados. En un caso llamado *Gruslin c. Malasia*, donde el demandante era de origen belga, quien no había hecho nada diferente a invertir en un fondo que había hecho inversiones de portafolio en la Bolsa de Valores de Kuala Lumpur, un tribunal CIADI se negó incluso a considerar la demanda sobre la base que no se encontraba cobijada por el tratado, pues la inversión no había sido debidamente aprobada.

Como se observa, aunque el objetivo de pactar limitaciones a la soberanía es ganar el poder de hacer promesas significativas, estas promesas van solamente hasta donde van (y no más allá). Esto también es un elemento esencial del derecho internacional.