

El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas¹

Precedent in International Investment Law: the argumentative value of previous arbitration decisions

GUSTAVO PRIETO²
 Universidad de Turín

Resumen

El artículo estudia el uso de laudos anteriores en el arbitraje de inversiones, donde tanto las partes y tribunales arbitrales recurren frecuentemente a decisiones arbitrales previas para justificar y argumentar sus propias decisiones. En este sentido, las decisiones arbitrales previas han sido usadas para dar forma a normas abstractas como el estándar de Trato Justo y Equitativo. Al respecto, se puede afirmar que la referencia de tribunales arbitrales a casos anteriores no solo es referencial, sino que forma parte de la construcción misma de obligaciones que son exigidas a los estados. El presente artículo estudia diferentes explicaciones que tanto la doctrina y los propios tribunales arbitrales han desarrollado para conceptualizar el uso de decisiones arbitrales previas en el derecho internacional de inversiones. Adicionalmente, se argumenta sobre la necesidad de concebir a estas decisiones previas como una expresión de ejercicio de autoridad pública por parte de arbitrajes de inversión.

Palabras clave

Legitimidad / Precedente Arbitral / Derecho internacional de inversiones / Autoridad pública.

Summary

The article studies the constant use of previous awards in investment arbitration, where parties and arbitral tribunals frequently resort to prior arbitration decisions to justify and argue their own decisions. In this sense, previous arbitration decisions have been used to give shape to abstract norms such as the Fair and Equitable Treatment standard. In this regard, it can be affirmed that the reference of arbitral tribunals to previous cases is not only referential, but also forms part of the construction of obligations that are required of the states. This article studies different explanations that both the doctrine and the arbitral tribunals themselves have developed to conceptualize the use of prior arbitration decisions in international investment law. Additionally, it is argued about the need to conceive of these previous decisions as an expression of the exercise of public authority by investment arbitration.

Keywords

Legitimacy / Arbitral precedent / International investment law / Public authority.

1 Recibido: 15/07/2018 – Aceptado: 09/10/2018

2 Investigador posdoctoral en el Departamento de Derecho de la Universidad de Turín, Italia; Doctor (PhD) en Derecho Corporativo y Economía por la Universidad de Verona, Italia; Magister en derecho internacional económico por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Correo electrónico: jgprietomunoz@gmail.com



1. Introducción

El litigio en el derecho internacional de inversiones, donde corporaciones demandan a estados en base a tratados internacionales, es una de las áreas de mayor desarrollo en el derecho internacional en los últimos años. De acuerdo con las últimas cifras de UNCTAD, existen hasta el año 2018 un total de al menos 855 casos conocidos dentro del régimen internacional de inversiones (UNCTAD, 2018). El uso de este mecanismo ha despertado gran interés de la academia y estudios jurídicos especializados que han impulsado una serie de doctrinas sobre el entendimiento de estándares sustantivos de trato, problemas de jurisdicción, cuantificación de daños, entre otros asuntos.

Sin embargo, un tema que no ha recibido suficiente atención, especialmente en la literatura en español, es el estudio de la frecuente referencia a laudos anteriores de arbitraje de inversiones. En este sentido, es prácticamente imposible encontrar un caso en el universo de arbitrajes de inversión donde las partes y el tribunal arbitral no usen decisiones arbitrales previas para justificar y argumentar sus propias decisiones. Es más, existen ciertas decisiones arbitrales que son frecuentemente usadas por diversos tribunales arbitrales para dar forma a normas abstractas como los estándares de trato, por ejemplo, el Trato Justo y Equitativo. Al respecto, se puede afirmar que la referencia de tribunales arbitrales a casos anteriores no solo es referencial, sino que forma parte de la construcción misma de obligaciones que son exigidas a los estados.

Es normal que dentro de un sistema nacional o internacional se recurra a casos anteriores en la argumentación, ya sea como referencia o en la forma de precedentes establecidos. Sin embargo, lo que hace particularmente especial el recurrente uso de casos anteriores en el arbitraje de inversiones son dos características. En primer lugar, no existe una conexión formal entre los casos citados. Es decir, tribunales arbitrales usan decisiones de otros tribunales que no corresponden al tratado de su competencia. En segundo lugar, en el arbitraje de inversiones se observan claramente trayectorias o interacciones entre tribunales que bien pueden encasillarse como “diálogo judicial” entre tribunales arbitrales. Esto significa que no solo existe una referencia de casos sino un desarrollo jurisprudencial sobre ciertos conceptos en la materia.

Este trabajo aborda brevemente las diferentes explicaciones que se han desarrollado para conceptualizar el uso de decisiones arbitrales previas en el derecho internacional de inversiones, para posteriormente argumentar la necesidad de concebir a las decisiones previas como una expresión del ejercicio de la autoridad pública por parte de arbitrajes de inversión.

2. Naturaleza jurídica de las decisiones arbitrales previas

Existen algunos criterios que pueden utilizarse para interpretar la naturaleza de decisiones arbitrales anteriores en el arbitraje de inversiones. En general en el derecho internacional, las decisiones previas de los tribunales no son, por sí mismas, consideradas como fuente de derecho, sino como un medio subsidiario para determinar el contenido de una norma existente. Esta visión se ve reforzada por el texto del Artículo 38 (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), que expresa que la CIJ aplicará: “con sujeción a lo dispuesto en el artículo 59, las decisiones judiciales y los criterios de los más altamente cualificados expertos en derecho público o internacional de varias naciones, como medios subsidiarios para la determinación de las ‘reglas del derecho’” (Estatuto CIJ, 1946).

En este caso, el léxico del artículo especifica claramente “decisiones judiciales” como un medio auxiliar para determinar las “reglas de derecho”. Aún más, el artículo 59 aclara que: “la decisión del Tribunal no tiene ninguna fuerza vinculante excepto entre las partes y

respecto de ese caso particular” (1946). A la luz del razonamiento expresado en el Estatuto de la Corte, es muy claro que una decisión de un tribunal no constituye “derecho” por sí sola. Además —estrictamente hablando en el sentido formal— no hay conexión entre los diferentes tratados de inversión ya que no hay uno solo, sino más de 3000 tratados de este tipo³.

Sin embargo, la observación de los diferentes casos en el arbitraje internacional de inversiones muestra que las partes del sistema otorgan un valor especial a las decisiones anteriores. En otras palabras, no sólo los árbitros de inversión utilizan decisiones pasadas para determinar el incumplimiento de normas internacionales, sino que también los inversores y los mismos Estados demandados también hacen referencia específica a casos previos para construir sus argumentos.

El uso de casos arbitrales precedentes se puede encontrar al leer casi cualquier proceso de arbitraje de inversión. Por ejemplo, es común ver fragmentos como el siguiente cuando un estado expresa un argumento:

Argentina aduce que hay muy pocos laudos y autores que postulen la afirmación de que el estándar de trato justo y equitativo es diferente al estándar mínimo internacional. Sobre la base de los fallos de los tribunales en los casos *Genin*, *Azinian* y *S.D. Myers*, Argentina considera que el significado de este estándar “está relacionado con la finalidad de proveer un principio básico y general”, “constituye el mínimo estándar internacional” y “su violación requiere de parte del Estado receptor de la inversión actos que demuestren una premeditada intención hacia el incumplimiento de una obligación, una insuficiente acción que caiga por debajo de los estándares internacionales o aun mala fe subjetiva”. La Demandada recalca que en el caso *Myers* el tribunal declaró que el Artículo 1105(1) del TLCAN impone un “trato justo a un nivel aceptable para la comunidad internacional, medido con el más alto grado de deferencia hacia las autoridades nacionales”. Por lo tanto, “[s]ólo se debe medir la razonabilidad de la medida que se denuncia como agravante y en forma deferente” (ICSID, 2006, *Caso No ARB/01/12, Laudo*, párr. 333).⁴

Este texto citado pertenece al laudo en el caso *Azurix Corp. v. La República Argentina (I)*, y se puede ver que, en un solo argumento, Argentina utiliza tres decisiones anteriores con diferentes antecedentes legales, basadas en diferentes tratados y diferentes partes.

Este es solo un ejemplo, pero formas similares de argumentación se pueden encontrar leyendo casi cualquier disputa actual de inversión, donde la recurrencia a decisiones previas no es meramente referencial. Por el contrario, las decisiones arbitrales previas están en el centro de casi cualquier argumento legal sobre el arbitraje de inversiones. Además, en la última década en el uso de precedentes arbitrales han emergido nuevos conceptos que no se incluyeron expresamente en el texto de un tratado, por ejemplo, las “expectativas legítimas o básicas” del inversionista, entre otros.

Esta observación genera varias interrogantes: ¿Por qué las decisiones arbitrales previas se utilizan tan activamente para determinar el incumplimiento de los Estados? y ¿Por

3 Estos nuevos tipos de casos generaron una literatura sobre esta rama del derecho que comenzó en la misma década y ha continuado hasta el presente. Entre los textos más importantes que comenzaron a discutir el nuevo régimen se puede mencionar a: Dolzer Rudolf / Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Nijhoff, (1995); Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other* (2001); Sornarajah, M, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (2000); Sornarajah, M, *The International Law on Foreign Investment* (2004); Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law* (2008); Schill, W Stephan, *The Multilateralization of International Investment Law* (2009).

4 Traducción personal, Todas las traducciones del ingles son mías.

qué los tribunales arbitrales dependen tanto de ellas como base para sus decisiones? Hay dos tendencias que pueden englobar las posibles respuestas.

La primera es negar que las decisiones anteriores tengan cualquier función generadora de derecho, donde se las concibe como “fuentes de inspiración” de tribunales arbitrales. Por el contrario, la segunda implica el reconocimiento de que las decisiones previas poseen ciertas características *ius-generativas*.

2.1. Decisiones anteriores como meras referencias o “fuentes materiales”

La primera tendencia puede llevar a entender las decisiones arbitrales anteriores como meramente referenciales para el proceso de interpretación. Esta conceptualización fue usada por algunos tribunales y parte de la doctrina durante el comienzo de la última década, donde se enfatiza que las decisiones previas no pueden considerarse como una fuente de obligaciones (Mills A, 2011, p. 475). Probablemente, una de las declaraciones más claras en este sentido proviene de un laudo en 2002, donde el Tribunal arbitral del *Caso UPS v. Canada* manifiesta:

[...] los numerosos tratados bilaterales para la protección de las inversiones de los que depende el argumento varían en sus obligaciones sustantivas; si bien son muchos tratados su cobertura es limitada; [...] no hay indicación de que reflejen un sentido general de obligación. El fracaso de los esfuerzos por establecer un acuerdo multilateral sobre inversiones proporciona una prueba más de esa falta de sentido de obligación (UNCITRAL, 2002, *Caso No. UNCT/02/1 Award on Jurisdiction*, párr. 97).

Sin embargo, en los años siguientes, el número de referencias a laudos aumentó cualitativa y cuantitativamente (Jeffery, 2007). Una explicación de la creciente importancia al uso de las decisiones previas llevó a redefinirlas, no como fuentes *de iure* sino como fuentes *de facto*, refiriéndose a ellas también como “fuentes materiales” (De Brabandere, 2012, p.247).

Desde esta perspectiva, las decisiones arbitrales son concebidas como fuentes de inspiración que constituyen directrices para los futuros tribunales de inversión, ya que otros árbitros se han enfrentado a hechos similares bajo diferentes tratados que comparten una estructura similar (2012, p.264).

Además, este entendimiento como “fuentes de inspiración” permite entender el uso de laudos previos dentro de la aplicación de las reglas de la convención de Viena, en especial el artículo 31.1 que establece la necesidad de que un tratado se interprete conforme al “sentido corriente” que haya de atribuirse a los términos del tratado (ONU, 1969).

El problema con la teoría de “fuentes de inspiración” es que no llega a explicar tres desarrollos clave en la práctica de los tribunales arbitrales en los últimos años. El primero es que esta categorización de las decisiones anteriores, no explica por sí misma el uso más frecuente de nuevos conceptos en los laudos de inversiones; por ejemplo las “expectativas legítimas” de los inversores o el mismo uso del principio de proporcionalidad, que no estaban incluidos en los textos originales de los tratados de inversión.

Estos nuevos conceptos se producen al analizar reclamos por incumplimientos de estándares absolutos que son ambiguos como el de “trato justo y equitativo”. En este caso, parece que los tribunales de inversión, al citarse y dialogar entre sí, no solo están buscando el “sentido corriente” de las normas en un tratado sino que, de hecho, están creando un significado.

El segundo punto que no puede explicarse completamente desde la teoría de precedentes arbitrales como “fuentes de inspiración” es el funcionamiento sistémico del régimen

como un todo donde destaca el sentido de comunidad. Si bien el régimen internacional de inversiones sigue siendo caótico, pero dentro del universo de las decisiones arbitrales podemos observar al menos trayectorias —entendida aquí como líneas conceptuales de varias decisiones arbitrales sobre un mismo concepto— o diálogos entre árbitros de inversión, y la existencia de una conciencia por parte de los árbitros del impacto de los conceptos que están desarrollando.

Una declaración clara en este sentido se puede encontrar en el Laudo de 2010 del Tribunal arbitral en el *Caso Global Trading v. Ucrania*. Este tribunal expresó la existencia de una “responsabilidad de contribuir” en esta disciplina de la siguiente forma:

[...] Según el conocimiento del Tribunal, esta es la tercera vez que se debe tomar una decisión sobre una objeción en virtud de la Regla 41 (5). Por lo tanto, el Tribunal es particularmente consciente de su responsabilidad de contribuir a la comprensión tanto de la Regla en sí, como también del procedimiento que debe seguirse en virtud de ella. (UNCITRAL, 2006, *Caso Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion of T. Wälde, párrs. 15, 16).

La comprensión de las decisiones anteriores como “fuentes de inspiración” no puede hacer frente a la práctica actual del arbitraje de inversión, donde los tribunales no solo consideran y definen el significado de las disposiciones abstractas de los tratados en sí mismos, sino que lo hacen interactuando sistemáticamente entre sí.

La tercera característica que no puede explicarse completamente dentro de la teoría de “fuentes de inspiración” es que un laudo arbitral tiene la capacidad de influir en el resultado de casos futuros, incluso si el nuevo caso se basa en un tratado diferente, con diferentes partes y diferentes reglas de procedimiento, por ejemplo ICSID o UNCITRAL.

Además, incluso en el caso de que un tribunal de arbitraje no recurra al uso de una decisión previa para argumentar su laudo, basta tan solo que una de las partes lo invoque. En tales casos, si un grupo de árbitros estima que una decisión previa específica no es pertinente, se encuentra en la situación de “resistir” argumentativamente su aplicación. Esto sucede porque si un Tribunal simplemente omite analizar un argumento específico de una de las partes basado en una decisión previa, el grupo de árbitros puede desencadenar un recurso de anulación futuro en el contexto del ICSID o causar la no ejecución de su propio laudo en el caso de laudos basados en las reglas UNCITRAL. Esto porque la omisión de analizar la no aplicación de una decisión previa concreta invocada por la parte perdedora del proceso puede ser interpretado por esta como contrario a la Convención de Nueva York para la ejecución de Laudos extranjeros, ya que no fue capaz de “presentar un caso” en virtud del artículo 5.1 (b) de dicha Convención para casos bajo reglas UNCITRAL (ONU, 1958).

En el caso de arbitrajes dentro del marco del CIADI, la negativa a tratar un argumento basado enteramente en un caso previo puede ser motivo de discusión de un panel de anulación del mismo CIADI donde se discutiría que el laudo no indicó apropiadamente las razones de su decisión de conformidad con la regla 50.1 (iii) de las Reglas de Arbitraje del CIADI para los laudos.

2.2. Decisiones arbitrales previas como generación de derecho

La segunda tendencia comprende posiciones que consideran a los laudos anteriores con la suficiente coherencia como para ser catalogadas únicamente como fuentes de inspiración. Esta forma de entender la naturaleza de las decisiones arbitrales previas puede observarse en el voto salvado de Thomas Wälde en 2006 dentro del Caso *Thunderbird v. México*, donde desarrolla de forma extensa la idea de una “jurisprudencia emergente”:

[...] Finalmente, deseo destacar la necesidad de prestar atención y respetar la jurisprudencia, en proceso de consolidación, que surge de las decisiones pertinentes de otros tribunales arbitrales autorizados, en especial las decisiones más recientes aplicables al TLCAN y a tratados de inversiones internacionales que por su metodología, procedimientos y contenido sustancial establecen un régimen similar al del Capítulo XI del TLCAN. Aunque en derecho internacional no rige la obligación de respetar los precedentes, esos laudos y sus fundamentos forman parte de una jurisprudencia emergente de derecho sobre inversiones internacionales. Esta es otra diferencia significativa con respecto al arbitraje comercial, en que no abundan los precedentes autorizados y persuasivos, en gran medida porque los laudos se emiten exclusivamente para partes privadas y porque en general no se dan a conocer públicamente. Por lo tanto, los tribunales de inversiones de tratados deben colocarse en el centro del derecho emergente sobre inversiones internacionales emergentes y no en sus límites o fuera de ellos [...].

[...] Aunque de por sí los laudos arbitrales individuales aún no constituyen un precedente vinculante, debería respetarse una línea de razonamiento coherente en que se desarrolle un principio y una interpretación especial de las obligaciones específicas de los tratados; si comienza a surgir una jurisprudencia autorizada, ésta adquiere el carácter de derecho internacional consuetudinario y debe respetarse. Toda desviación de una jurisprudencia adecuada y sólidamente establecida requiere una justificación basada en un amplio razonamiento. Este enfoque ayudará a evitar las amplias divergencias que caracterizan a algunos laudos arbitrales sobre inversiones, que no están sujetos a un sistema común y unificador de apelaciones. De no ser así, se corre el riesgo de desacreditar, en cuanto a su solidez, al sistema de arbitraje sobre inversiones internacionales, que se ha establecido como uno de los principales nuevos instrumentos para lograr una mejor gestión de la economía mundial. Pero también lo exigen las reglas aplicables del derecho internacional (Artículo 1131 del TLCAN) y, por lo tanto, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: una jurisprudencia arbitral moderna, cada vez más continua, no cuestionada y coherente forma parte de las fuentes formales de derecho internacional contenidas en las “decisiones judiciales” (Artículo 38 (1) (d)) y se desarrollará, con un efecto jurídicamente vinculante aún mayor, hasta dar lugar a la “costumbre internacional” (Artículo 38 (1) (b)), en especial del modo que una jurisprudencia arbitral define en un tratado contemporáneo y en un contexto fáctico los “principios generales de derecho” (UNCITRAL, *Caso Thunderbird v. Mexico*, 2006, párrs. 15, 16).

El voto salvado de Wälde se constituye en un fuerte argumento para el reconocimiento del papel de los laudos de los tribunales de arbitraje de inversión como una verdadera fuente de derecho al hablar de ellos como una “jurisprudencia consolidada” y vincula esta jurisprudencia con las fuentes del derecho internacional, al tiempo que expresa que las decisiones podrían constituir “principios generales” del derecho internacional consuetudinario en el contexto del Artículo 38 (b) del ECIJ. La visión de Wälde del papel de las decisiones anteriores podría considerarse como un conjunto de precedentes suspendidos en el proceso de materialización en el derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, el problema con esta visión es que en estas decisiones, los Estados no actúan directamente en el proceso de formación de derecho, porque son los tribunales arbitrales los que están dando forma a conceptos y principios, lo que significaría la existencia de un derecho que pretende auto legitimarse como consuetudinario pero ajeno

a una práctica estatal específica como se entiende de la misma naturaleza del artículo 38 (b) del ECIJ.

Como respuesta a la debilidad de este argumento —la existencia del derecho internacional consuetudinario sin una práctica estatal concreta— los defensores de este punto de vista proporcionaron una explicación al insistir en que los laudos están formando costumbres dentro del paradigma del “nuevo derecho internacional consuetudinario” (Porterfield, 2010, p.84-85) una posición que ha sido resistida claramente en la doctrina del derecho internacional (Kishoiyian, 1993).

Otros autores en la misma década explicaron la naturaleza de las decisiones anteriores con diferentes hipótesis como la idea de Matthew C. Porterfield sobre la existencia de un “*Common Law* de los derechos de los inversores” (Porterfield, 2010). Según esta idea existe una similitud entre la formación del “estándar mínimo de trato” de la inversión extranjera, incluido el “estándar de trato justo y equitativo” que Porterfield ve como su nuevo componente y la formación de la ley común por los tribunales nacionales para argumentar que eso no puede constituir una “norma legítima de derecho internacional” (2010, p.81). Porterfield al criticar su legitimidad reconoce la existencia del ejercicio de una “autoridad” (cuestionable) para crear una “ley común internacional de los derechos de los inversionistas” (2010) que evoluciona continuamente y que no proviene de las expresiones democráticas en el nivel del Estado y donde los parlamentos nacionales no ejercen un control.

En los siguientes años luego del voto salvado de Wälde y el artículo de Porterfield, el número de casos de inversión, y por lo tanto tribunales arbitrales, aumentaría dramáticamente de 300 casos conocidos en 2007 a más de 700 casos al comienzo de 2016 (ONU, 2015). Este incremento cuantitativo de casos también situó el uso de decisiones previas como una característica más constante en la argumentación.

El uso de decisiones arbitrales previas fue explicado por los tribunales arbitrales de diferentes maneras, algunos de ellos usaron un patrón similar de argumentación, en primer lugar, señalando que las decisiones preliminares no son vinculantes para casos futuros, pero que son importantes en la determinación de obligaciones de los estados. Por ejemplo, el tribunal del Caso *Glamis Gold Ltd v. United States of America* ve las decisiones anteriores como “trayectorias” que les da una importancia sistémica (UNCITRAL, 2009, párr.7). Este tribunal realiza una distinción donde por un lado existe un “mandato primario” de un tribunal arbitral de resolver una disputa, pero, por otro lado, también razona que existe una función subsidiaria de entender el “contexto en el que opera” .

Dentro de esta “conciencia del contexto”, las decisiones previas no tienen “efecto precedente” para el tribunal, pero un tribunal arbitral debe comunicar sus razones en caso de desviarse de lo que denomina las “principales tendencias presentes en decisiones anteriores” (UNCITRAL, 2009, párr.7). Bajo esta autoconcepción es evidente el sentido de pertenencia de los árbitros a un sistema que genera la necesidad del tribunal de ver otros casos previos.

Al respecto, existe también la inserción de un párrafo similar en varios laudos que no mantienen una conexión formal entre sí; en los casos *Burlington Resources Inc v. la República del Ecuador* y *Saipem v. Bangladesh* donde se argumenta a favor de un “deber” de adoptar soluciones establecidas en casos consistentes y contribuir al desarrollo del derecho de inversiones como parte del “estado de derecho”. El hecho de que el mismo texto se reproduzca en laudos diferentes y aparentemente desconectados se explica porque los dos casos comparten un árbitro, Gabrielle Kaufmann-Kohler.

Este es el texto insertado en los laudos:

El Tribunal considera que no está obligado a seguir decisiones anteriores. Al mismo tiempo, considera que debe prestar la debida atención a las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. La mayoría cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Cree asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del estado de derecho (ICSID, 2010, *Caso No. ARB/08/5*, párr.100).

Otros tribunales arbitrales no hacen ninguna autorreflexión sobre la naturaleza de sus funciones ni de la naturaleza del precedente arbitral, pero lo usan en gran medida en sus argumentos. Probablemente la categorización más clara en este sentido se encuentra en el tribunal *Occidental v. Ecuador (II)* donde, al analizar el uso de un principio de proporcionalidad en el arbitraje de inversión, el tribunal hizo una referencia a un creciente cuerpo de “normas arbitrales” refiriéndose a decisiones arbitrales anteriores (ICSID, 2012, parr. 404).

El tribunal del Caso *Occidental v. Ecuador* no proporciona ninguna definición de la naturaleza de este cuerpo de normas arbitrales, pero se refiere a laudos anteriores como “norma”, lo que indica que en la práctica actual las decisiones anteriores han adquirido una fuerza mayor que simplemente “fuentes materiales”.

3. Contextualizando a las decisiones arbitrales previas como ejercicio de autoridad pública

En la literatura reciente, existe una serie de intentos para conceptualizar la decisión arbitral previa donde se descarta la categoría de precedente vinculante en el campo, pero se le otorga una importancia mayor que a la de una fuente de inspiración. Por un lado se considera a la decisión previa como un poder “cuasi-legislativo” (ONU, 2015, Note issue 2) que opera ya sea como una “fuente material” o también como una especie de “razón excluyente” que reduce el campo de razones que un árbitro puede usar para alcanzar una nueva decisión.

Sin embargo, puede ser más útil contextualizar el uso de decisiones arbitrales previas como parte de un ejercicio de autoridad pública por parte de los árbitros de inversión. El término autoridad, puede ser entendido como “forma o expresiones de poder institucionalizado” (Hall, R., y Biersteker, T, 2002) o en un entendimiento más amplio como “capacidad legalmente establecida para restringir fáctica o legalmente la libertad de actores o de determinar cómo estos utilizan su libertad” (Bogdandy, 2014).

El arbitraje de inversiones, por sus características descritas anteriormente, no sólo resuelve disputas puntuales de inversión extranjera, sino que al hacerlo ejerce un poder — autoridad pública— que restringe de alguna manera la forma en que los Estados actúan o ejercen sus propias competencias (Schill, S., 2010). Esta capacidad se manifiesta de dos formas.

La primera, en la resolución de un caso concreto, en el ámbito de su competencia y a la luz de un tratado de inversión, consiste en controlar la legalidad de cualquier acción del poder público de un Estado.

La segunda se ejerce al emitir un laudo, el cual se incorpora a un tipo de jurisprudencia arbitral que define los conceptos que pueden usarse en casos futuros⁵. Esta segunda función

5 Para un mayor detalle sobre la perspectiva del ejercicio de autoridad pública internacional: von Bogdandy /Venzke (2014,

del arbitraje implica que una vez dichos conceptos son definidos en la argumentación de un tribunal arbitral y en caso de ser esta lo suficientemente persuasiva, implica que ciertos fallos de inversión pueden influenciar los textos de tratados futuros al otorgar un vocabulario más desarrollado sobre la materia, a los negociadores de tratados (Titi, 2013). Por ejemplo, luego de una multiplicidad de fallos sobre el estándar del trato justo y equitativo, permitió diferenciar diferentes elementos concretos, un catálogo de conceptos como expectativas legítimas, o denegación de justicia, para ser usados (o excluidos expresamente) en futuros tratados.

Como contrapartida, la conceptualización del arbitraje como un ejercicio de autoridad pública fuera de la estructura del estado, permite complejizar más la discusión sobre la legitimidad de dicho poder. Si el arbitraje de inversiones es concebido únicamente como un mecanismo de solución de disputas, los debates sobre su legitimidad se centran en la discusión sobre si los estados han consentido válidamente o no a su uso ya sea mediante una ley, un contrato o un tratado.

De otro lado, si se reconoce al arbitraje de inversiones como una forma de autoridad pública, el debate acerca de su legitimidad no puede centrarse en discusiones sobre el consentimiento estatal, sino también debe abarcar la forma en que este poder institucionalizado es usado.

4. Conclusión

El debate sobre la naturaleza y valor de decisiones arbitrales previas seguirá abierto en parte porque entre los propios árbitros de inversiones y la comunidad epistémica que los rodea existen diferentes autoconcepciones de su rol y función. Sin embargo, por las razones expuestas, una opción puede ser contextualizar a las decisiones arbitrales previas como acciones de un “poder institucionalizado”, un ejercicio de la autoridad pública que por sus características no es tan fuerte como para ser considerado como un tipo precedente vinculante, pero no es tan débil como para ser ignorado como simple referencia o fuente de inspiración.

En este sentido, adoptar el prisma conceptual del arbitraje de inversiones como ejercicio de autoridad pública determina que la fuerza de una decisión arbitral en casos futuros estará determinada no en la decisión en sí misma, sino en su argumentación. Por lo tanto, la evaluación sobre la legitimidad de las decisiones en el arbitraje de inversión se asemeja cada vez más al escrutinio que se ejerce sobre las decisiones de jueces de derecho público, como los son las cortes constitucionales.

El análisis de laudos internacionales de inversión no solo es efectuado por las partes en disputa, como sucede en el arbitraje comercial. Adicionalmente, en la actualidad existe una verdadera audiencia global que analiza este tipo de decisiones, especialmente en casos donde se evalúan temas sensibles de políticas públicas. Por ejemplo, la decisión del caso Philip Morris vs. Uruguay, caso donde se examinó la legalidad de medidas de un estado para restringir el consumo de tabaco, fue analizada no solo por las partes en conflicto, sino que ha sido objeto de un continuo análisis por especialistas jurídicos y de salud, a nivel global.

La existencia de esta “audiencia global” para laudos de inversión implica que un mismo texto es analizado no solo por operadores de diferentes tradiciones jurídicas (common law, civil law), sino también por especialistas de ciencias diversas. Por lo tanto, si la argumentación de un laudo en arbitraje de inversión es lo suficientemente persuasiva, sin ser formalmente vinculante en un sistema jurídico nacional o internacional, afectará las narrativas argumentativas de casos futuros en diferentes regiones geográficas.

Referencias bibliográficas

- Bogdandy, A. (2014). Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area. *International Journal of Constitutional Law Oxford*, (12), 987. <https://doi.org/10.1093/icon/mou066>
- Bogdandy, A. y Venzje, I., (2014). *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. Oxford: Oxford Univ. Press.
- De Brabandere, E. (2012). Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law. En Tarcisio Gazzini y Eric de Brabandere. *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Boston: Martinus Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004214538_010
- Dolzer, R, y Stevens, M. (1995). *Bilateral investment Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff. <https://doi.org/10.1017/s0165070x00004812>
- Dolzer, R. / Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Boston: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law:iic/9780199211753.001.1>
- Hall, R. y Biersteker, T, (2002). *The Emergence of Private Authority in the International System*. Cambridge Studies in International Relations 85, 4. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511491238.002>
- Jeffery, P. (2007). Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence. *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, 24 (2), 129-158.
- Kishoiyian, B. (1993). The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 14 (2), 327-375.
- Mills, A. (2011). Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration. *Journal of International Economic Law*, 14 (2,1), 469-503. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgr020>
- Porterfield, M. (2006). An International Common Law of Investors Rights. *Journal of International Law*, 27, 84-85.
- Schill, W. (2009). *The Multilateralization of International Investment Law*. Boston: Cambridge University Press.
- (2010). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Schreuer, C. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Nueva York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511596896.003>
- Sornarajah, M. (2000). *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Chicago: Kluwer Law International. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511841439.010>
- (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Boston: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511841439.009>
- Titi, C. (2013). The Arbitrator as a Lawmaker: Jurisgenerative Processes in Investment Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, 14, 829-851. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2758113>
- United Nations Conference on Trade and Development. (2015). IIA Note issue 2.
- Zhan, J et al. (2018). *La Inversión y las nuevas políticas Industriales*. UNCTAD. Ginebra: Naciones Unidas.

Sentencias

- ICSID (2006). *Azurix Corp. v. La República Argentina (I)*, No. ARB/01/12, Award
- (2007). *Saipem S. p. A. v. People's Republic of Bangladesh*. No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures.
- (2010). *Burlington Resources Inc v. la República del Ecuador*, No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction.
- (2010). *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, No ARB/09/11, Award).
- (2012). *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II)*, Case No. ARB/06/11, Award.
- UNCITRAL (2002). *United Parcel Service of America Inc (UPS) v. Government of Canada*. No. UNCT/02/1, Award on Jurisdiction.
- (2006). *International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States, NAFTA arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules*, Separate Opinion Thomas W. Wälde
- (2009) *Glamis Gold, Ltd. v United States of America*. UNCITRAL Rules, Award, (2009).

Convenciones, tratados y conferencias

- ONU (1945) *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ)*. La CIJ comenzó a funcionar 6 de febrero de 1946.
- ONU (1958). Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: UNCITRAL. Adoptada por la Asamblea Nacional el 19 de agosto de 1961.
- ONU (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Adoptada por Decreto Ejecutivo el 28 de julio de 2003.
- ONU (2015). *United Nations Conference On Trade And Development*. IIA Note issue 2, 2015