



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.



Universitat Autònoma de Barcelona

LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL CIADI: UNA PROPUESTA DE JUS
COGENS PROCESAL

DANIEL ENRIQUE RUEDA PINILLA

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

TESIS DOCTORAL

LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL CIADI: UNA PROPUESTA DE JUS
COGENS PROCESAL

Doctorando

Daniel Enrique Rueda Pinilla

Director:

Dr. Francisco Ramos Romeu

Doctorado en Derecho

Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho

Universidad Autónoma de Barcelona

2022

TABLA DE CONTENIDO

	Página
Capítulo I	
INTRODUCCIÓN	
1.1 INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN	11
1.2 Presentación de la investigación	19
1.3 Presentación del Problema y objeto de estudio	19
1.4 Aspectos metodológicos de la investigación	21
1.5 Estructura del trabajo	22
Capítulo II	
DERECHO DE INVERSIONES	
2.1 Derecho Internacional Económico	23
2.2 Antecedentes y Evolución	24
2.2.1 El tratado Jay	27
2.2.2 La gestión de disputas - La Protección Diplomática	29
2.2.3 El Espousal	30
2.2.4 El Regreso al pasado y el Uso de la Fuerza	32
2.2.5 El Regreso del Derecho	34
2.2.5.1 Doctrina Calvo	34
2.2.5.2 Fórmula Hull	36
2.2.6 Escenario de Posguerra	37
2.2.7 El Sistema Internacional de posguerra	38
2.2.8 El Nuevo escenario de resolución de controversias	41
2.2.9 El surgimiento del Derecho de Inversiones	43
2.2.9.1 Regreso al Origen – Replicando a Jay	44
2.2.9.2 Tratado Alemania Pakistán	44
2.2.9.3 Proliferación inicial de los tratados de inversión	46
2.2.9.4 Esbozos de unidad en la resolución de disputas	48
2.2.9.5 Cuestionamientos al Nuevo Orden Internacional	51
2.2.9.6 La liberalización monetaria	52
2.2.9.7 Las Postrimerías del Siglo XX	53
2.2.9.8 La consolidación del Derecho de Inversión	57
2.3 El sistema de fuentes y el Derecho de Inversión	59
2.3.1 Tratados Internacionales en Materia de inversiones	61
2.3.2 La Costumbre internacional	65
2.3.3 El Derecho Nacional	68
2.3.4 Contratos de Inversión	72
2.3.5 Principios Generales del Derecho	75
2.3.6 El Precedente en el Derecho de Inversiones	80
2.3.7 Doctrina Internacional	87
2.3.8 El Rol del Derecho Blando	88

2.4 Métodos de Interpretación y el Derecho de Inversiones	89
2.4.1 Reglas de interpretación fuera de la codificación	94
2.4.2 Los Tratados de Inversión y la interpretación	96
2.5 El Arbitraje de Inversión y el sistema legal	100
2.6 Conclusiones parciales.	103
CAPITULO III	
EL SISTEMA ARBITRAL Y EL PROCEDIMIENTO	105
3.1 Distinción teórica entre los aspectos sustanciales y procesales	105
3.2 El aspecto sustantivo y procesal en el Derecho Internacional	107
3.3 Relación entre normas sustanciales y procesales	108
3.3.1 Las Instituciones y la Justicia Formal	109
3.3.2 Diversas visiones del concepto de justicia	111
3.4 El institucionalismo y sus visiones del procedimiento	113
3.5 Los modelos de toma de decisiones y el aspecto procesal	121
3.6 Dirimiendo disputas en la esfera internacional	125
3.7 Modelo de Toma de Decisiones en el Sistema Arbitral	129
3.7.1 El arbitraje de inversión y el modelo descrito	132
3.7.2 Críticas al arbitraje internacional	138
3.8 La Autonomía de las partes y el trámite Arbitral	144
3.8.1 Protección de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Inversiones	146
3.9 Fases Procesales en el Arbitraje Internacional	155
3.9.1 Inicio del procedimiento	155
3.9.2 La solicitud de inicio del trámite	159
3.9.3 Notificación de la Solicitud de Arbitraje	160
3.9.4 Etapa inicial	162
3.9.5 El Desarrollo del trámite	164
3.9.6 La Virtualidad y el trámite arbitral	175
3.9.7 Deliberaciones del Tribunal y Laudo	177
3.9.8 Etapa posterior al Laudo	180
3.9.9 Conclusiones parciales	184
CAPITULO IV	
EL CIADI	186

4.1 Los conflictos que se dirimen en el CIADI	189
4.2 Derecho aplicable al procedimiento	190
4.2.1 Reglas definidas por las partes	191
4.2.2 Reglas obligatorias	192
4.2.3 Reglas potestativas	194
4.2.4 Procedimiento no determinado por las partes	196
4.3 El inicio del arbitraje CIADI	202
4.3.1 La solicitud de arbitraje	204
4.3.2 El tribunal arbitral	211
4.3.2.1 Las decisiones de la primera sesión del tribunal	213
4.3.3 El procedimiento inicial y la Covid 19.	221
4.3.4 Las recusaciones	224
4.3.4.1 La Recusación de los árbitros	224
4.3.4.2 Recusaciones contra abogados y expertos	236
4.3.5 Demanda de reconvención	238
4.3.6 Acumulación de demandas	244
4.3.7. Demandas colectivas	252
4.4 La fase probatoria	259
4.4.1 Las partes y la actividad probatoria	269
4.4.2 El Estado y la actividad probatoria	270
4.4.3 La exclusión de medios de prueba	273
4.5 Medidas provisionales	274
4.5.1 Financiamiento del Arbitraje por terceros.	277
4.5.2 Aseguramiento de los costos del proceso	281
4.6 El recurso de anulación en el CIADI	290
4.6.1 Indebida Constitución del Tribunal.	292
4.6.2. Exceso manifiesto de facultades	294
4.6.2.1 En relación a la jurisdicción y competencia del tribunal	295
4.6.2.2 En relación con el derecho aplicable	296
4.6.3 Corrupción del Tribunal	304
4.6.3.1 La transparencia en el arbitraje internacional	305
4.6.3.2 La transparencia y las reglas de arbitraje CCI.	306
4.6.3.3 La Convención de Mauricio	307
4.6.4 Violación de una Norma Fundamental de Procedimiento	309
4.6.5 Omisión de razones fundamentales de la decisión	315
4.8 Conclusiones parciales	321

CAPITULO V	
GARANTÍAS PROCESALES EN EL CIADI	323
5.1 Natural Justice y debido proceso	326
5.2 La doctrina y los principios generales del proceso	331
5.3 Los principios ALI/UNIDROIT	333
5.4 Delimitación conceptual de los principios generales del Derecho Procesal Internacional	334
5.5 Determinación de las garantías fundamentales en el sistema CIADI	345
5.5.1 Debido Proceso	347
5.5.2 Igualdad de las partes	353
5.5.3 Derecho de Defensa	365
5.5.4 Iure Juge Naturel	369
5.6 La transparencia como expresión de las garantías procesales	395
5.7 Hacia una noción de Jus Cogens Procesal	399
5.8 Conclusiones parciales	413
CAPITULO VI	
CONCLUSIONES GENERALES	415
Tabla de Abreviaturas	425
Glosario de términos	427
Decisiones arbitrales	429
Listado de Referencias	460
Bibliografía	465

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

Las garantías procesales en el CIADI: Una propuesta de Jus Cogens Procesal

Resumen

Con el álgido desarrollo del derecho de inversiones, alcanzado con la existencia de casi 3.300 tratados bilaterales celebrados¹ entre Estados de todas las culturas jurídicas, a la vez que se aprecia un escenario de múltiples oportunidades para la expansión económica, también es plausible el desarrollo de múltiples conflictos.

Dentro de los distintos mecanismos para la resolución de disputas, el arbitraje se ha posicionado en la esfera internacional como la forma generalizada para resolver conflictos y al que más se recurre dentro del derecho de inversión, propiciado por la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión, foro al que los inversores acuden de forma más frecuente y que es un referente internacional.

Al concurrir múltiples culturas jurídicas son diversos los desafíos que se presentan en la resolución de las disputas, sobre todo en lo que atañe al aspecto procesal, dado que las reglamentaciones de estos sistemas se caracterizan por su falta de concreción en la especificación de unas garantías mínimas, aspecto que propone esta tesis estabilizar a través del reconocimiento del *JUS COGENS PROCESAL* cuyo contenido y rasgos esenciales se analiza en el seno del CIADI, con vocación de expansión a otros foros.

Abstract

Due to the incredible investment law's development showed for the existence of much more than 3.300 Bilateral Investment Treaties, which are involved States stem from different legal cultures, and it is the evidence of a special scenario with

¹ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (Consultado Julio 31 2022)

opportunities for the economic growth, despite of the conflicts that rise up on the way.

International law has considered a multiple sort of dispute settlement mechanisms, arbitration has gone taking the first position on the resolution of international conflicts and also in Investment Law, in part based on the contribution of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), like a special foro where the majority of investors presents their claims owned to its special international recognition on this field.

The majority of the disputes settlement mechanisms do not have a specific regulation about the procedural issues and the panorama is the same in the investment arbitration. The lack of a regulation about the minimum standards or procedural guarantees is evident. This research proposes a resolution of this problem turned out the notion of Procedural Jus Cogens, which has not been used in International Investment Law in general and ICSID system in specific.

Agradecimiento

Estas líneas no habrían sido posible sin el continuo acompañamiento de la providencia, principio y fin de nuestra existencia como seres racionales.

Desde luego, estas líneas van dedicadas a toda mi familia, especialmente a mis padres, de quienes recibí el ejemplo de la constancia, dedicación y disciplina, como valores en los que debe estar cimentada la vida.

A mi esposa, quien con amor y paciencia me ha acompañado a lo largo de este proyecto y de quien siempre he recibido el mejor apoyo y consejo, aún en los momentos en los que las actividades propias del doctorado me absorbían por completo.

A mi director de tesis, Dr Francisco Ramos Romeu, por la guía permanente y orientación a lo largo de este camino, así como por su permanente disposición a discutir las ideas que se plasman en este trabajo.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

1.1 INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN

En los tiempos que corren, la humanidad se encuentra interconectada de una forma mucho más profunda que en el siglo pasado, a partir de los desarrollos tecnológicos y la desaparición del campo socialista. El comercio internacional, así como las inversiones internacionales y los movimientos de dinero a través del orbe, se han incrementado, al igual que el desarrollo y replica de negocios desde países desarrollados hacia otros que no lo son, utilizando diversas formas legales para ello, lo que ha potencializado el crecimiento económico y la movilidad en todos los sentidos, a la par que esta profundización en la interacción entre personas ubicadas en diversos lugares, también ha estimulado el apareamiento de distintos tipos de fricción social, que se expresan de múltiples maneras, entre ellas, por la vía de las controversias legales y del litigio internacional.

Con el marco recién descrito, en el escenario internacional, se ha buscado la manera de poder resolver de forma eficiente los conflictos que se suscitan, por medio del arbitraje², intentando reducir las diferencias entre los sistemas legales o propiciando el surgimiento de escenarios en los que las normas se apliquen de manera uniforme, sin importar la procedencia de las partes involucradas en el litigio, sin embargo, estos esbozos de armonización o aproximación, como han sido llamados en la doctrina, se han intentado hacer desde la perspectiva sustancial del derecho, definiendo el alcance de las categorías jurídicas en sentido estricto, particularmente en las áreas comerciales y de las transacciones financieras, que se evidencia en diversos instrumentos internacionales

² El mecanismo de resolución de disputas que es usualmente escogido para resolver las diferencias entre los Estados y los Inversionistas ha sido el arbitraje, como se evidencia, entre otros, en el Modelo de Tratado Bilateral de USA de 2012, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte Art. 1120, la Carta de Energía Art 26 para 2 (c)

El derecho de inversiones, ha sido descrito por una parte de la doctrina, como uno de los mayores propiciadores de la expansión del Derecho Internacional en los últimos 30 años, con más de 3.300³ instrumentos internacionales celebrados y más de 1.150⁴ disputas de inversión adelantadas. El Derecho Internacional de Inversiones se ha convertido a la vez en un reto para el Derecho Internacional Público por cuanto se abordan temáticas relacionadas con la responsabilidad del Estado, el derecho de los tratados y el derecho consuetudinario internacional, referente a los derechos y el estatus de los inversionistas, así como sus propiedades, lo que ha propiciado el surgimiento de un verdadero derecho transnacional, al interrelacionarse aspectos nacionales e internacionales en la resolución de las disputas, que se refleja en el arbitraje que le es propio al sistema, en el que confluyen elementos del arbitraje comercial y del sistema de resolución de disputas que proviene del Derecho Internacional Público, por lo que la propia naturaleza del Derecho Internacional de Inversiones es un tema álgido en la doctrina⁵.

En el marco del Derecho de Inversión, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI), se ha posicionado como el foro más importante para resolver las disputas que se ventilan en esta área del Derecho Internacional, cuyo sistema normativo de regulación hace referencia a cuestiones procesales antes que a aspectos sustanciales, sin embargo, las normas de este conjunto de disposiciones, en muchos casos, buscando materailzar un foro caracterizado por la neutralidad, se muestran indeterminadas, lo que ha permitido el proferimiento de diversos pronunciamientos por parte de los tribunales arbitrales y los comités de anulación, que antes que contribuir al soporte de este sistema arbitral, han terminado afectándolo por la inconsistencia que estas decisiones proyectan.

³ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (Consultado Julio 30 2022).

⁴ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Consultado Julio 31 2022).

⁵ DOUGLAS, Zachary, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, 2003 74 BYIL 151 – 284.

A la vez, en el sistema internacional, con la puesta en funcionamiento de la Organización Mundial del Comercio (en adelante la OMC), a partir de 1995, se propugnó por el establecimiento de un nuevo sistema de comercio internacional, como una expresión del nuevo orden económico internacional, surgido en las postrimerías del derrumbamiento del campo socialista, y que buscó sobreponerse a los conceptos que hasta ese momento se mantenían inalterados con respecto al comercio internacional. Es así como el entramado legal que se derivó a partir de la OMC, representó un sistema legal autónomo, que se caracteriza por la amplia y diversa regulación referente a la carga y los estándares probatorios, el manejo de la evidencia, la jurisdicción que ejerce, las medidas cautelares, así como la interpretación de los tratados y de las normas jurídicas surgidas de su propio sistema.

Dentro del sistema de la OMC se encuentra implementado el mecanismo de resolución de controversias, en el que se resuelven las disputas relacionadas con el comercio internacional, que son presentadas directamente por los Estados, con la pretensión de desarrollar y mantener la consistencia legal del sistema comercial internacional. Este sistema de resolución se caracteriza por funcionar a través de paneles que tienen a cargo la resolución del conflicto y cuya decisión puede ser llevada ante el órgano de apelaciones del sistema, por tanto, hay una distancia considerable con el arbitraje interno, en lo correspondiente a las partes, la clase de decisiones adoptadas, así como la ejecución de las mismas y desde luego con el procedimiento que rige cada una de las fases de resolución de dicha disputa.

Ahora bien, en el ámbito del CIADI, el desarrollo del sistema procesal ha estado marcado por diversas particularidades, debido a que algunos instrumentos internacionales han abordado el asunto de las garantías procesales desde una visión que se encuentra fuertemente influenciada por el Derecho Penal, mas no así en lo que atañe al Arbitraje Internacional. El aspecto se hace más álgido, si se tiene en cuenta que una armonización en el aspecto procesal, podría estar

estrechamente ligada con los sistemas procesales nacionales, los que se encuentran vinculados a fenómenos históricos, políticos y culturales propios de cada Estado.

Es así como el arbitraje internacional ha buscado contribuir con las limitaciones a las que se ha venido haciendo referencia. No obstante, la mayoría de instrumentos internacionales que abordan la materia se refieren a la manera como se inicia el trámite arbitral o a la forma como se puede ejecutar una decisión obtenida en estos procesos, sin referirse puntualmente a aspectos relevantes del procedimiento, como sucede con respecto a las garantías de las partes dentro del trámite⁶.

En el marco del análisis, se evidencia que en los años recientes ha resurgido un importante interés en el relacionamiento que se da entre el derecho internacional y el arbitraje de inversión y tanto desde la doctrina, así como desde la jurisprudencia, se ha identificado en algunos momentos, al derecho de inversión como un subsistema dentro del derecho internacional, con elementos que le son propios y que por tanto, no permiten caracterizarlo como una mera extensión⁷ de aquel.

Este trabajo se centra entonces en la relación que existe entre el derecho internacional, el derecho de inversiones y el arbitraje, en la específica perspectiva del derecho procesal, máxime si se tiene en consideración que en el arbitraje de inversiones se discute de forma intensa sobre la naturaleza de las reglas procesales que operan en estos litigios internacionales, escenario que se ha consolidado debido a la red de tratados celebrados, así como al apareamiento de disputas en este marco, en un escenario en el que a los inversionistas se les han

⁶ BIANCHI, Andra. 2016. *International Law Theories: An Inquiry into Different ways of thinking*. Oxford, Oxford University Press.

⁷ STONE SWEET, Alec and GRISEL, Florian. 2014. *The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance*, in Mattli Walter and Dietz Thomas (Eds). *International Arbitration and Global Governance: Contending theories and Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.

reconocido derechos subjetivos y acceso directo a los foros internacionales, con unas particularidades que no se encuentran en ninguna otra área del derecho económico, sin embargo y pese a la relevancia del Derecho Procesal, el que sin lugar a dudas es esencial en la materialización de la justicia, es un tópico que no se aborda de forma prolija y detallada en el Derecho Internacional, bien por la vía reglamentaria o doctrinal.

Dado que el presente trabajo se enfoca en las garantías procesales del CIADI, se hace una revisión de las principales etapas del trámite arbitral, desde la visión de éstas, por tanto, en el texto no se abordan detalladamente aspectos sustanciales o del funcionamiento de los mismos dentro de las Cortes Nacionales, así como tampoco se hace un análisis de la fase de ejecución de las decisiones proferidas o los efectos que éstas producen.

Identificado el marco de acción de la presente investigación, es claro que se abordarán los aspectos relacionados en concreto con el arbitraje de inversión, puntualmente en referencia con el CIADI, por tanto y aun cuando se haga mención tangencial a otros sistemas (CCI, SCC, Reglas CNUDMI, OMC) los mismos solo se abordarán en aras de usar elementos que aporten claridad a los hallazgos que se vayan dando. En múltiples casos, como sucede con la OMC, el sistema está relacionado por enmarcarse dentro del Derecho Internacional Económico, pero dista considerablemente de los elementos característicos, del arbitraje en general y del de inversión en particular.

En la perspectiva enunciada y ante la indeterminación a la que se ha hecho referencia en cuanto a las garantías procesales dentro del CIADI, se propone acudir a la noción de JUS COGENS PROCESAL en aras de establecer las garantías procesales que deben ser tenidas como mínimas dentro del sistema CIADI, de forma indistinta a la tradición jurídica a la que estén adscritas las partes, los terceros o los que tienen a cargo la resolución de la disputa.

Para tal fin, se abordan las principales fases del trámite CIADI, de conformidad con las delimitaciones dadas por su sistema normativo, en aras de evidenciar las falencias e inconsistencias que resultan identificables, a fin de plantear una propuesta de mejora, desde una visión novedosa, dados los hallazgos evidenciados. Con esta propuesta, que no requiere ajustes normativos, se pretende mejorar el sistema de arbitraje del CIADI, haciendo prevalecer de forma efectiva las garantías procesales, tema al que la doctrina especializada pocas veces se ha referido y de la que no existe una profusa literatura sobre la materia, toda vez que la mayor parte de los escritos de los doctrinantes que abordan el arbitraje de inversión, se dedican a los aspectos sustanciales y no a los que abordan el asunto procesal.

Es así como Inicialmente podría mencionarse una obra clásica en lo que corresponde al CIADI, esta es la escrita por el profesor Christoph Scheuer⁸, en el que se hace un comentario detallado de toda la Convención del CIADI, con la citación de algunos casos y la mención del trámite procesal que debe adelantarse, sin que se aborde de forma detallada las garantías. Una obra de un contenido similar, pero de edición más reciente, lo constituye el libro de Julien Fouret, Rémy Gerbay y Gloria Álvarez⁹, en la que se hace una revisión comentada de la Convención y de las Reglas de Arbitraje del CIADI. En este texto, a partir de la revisión del artículo 52 (1) (d) de la Convención del CIADI, se hace un análisis de las garantías fundamentales y se evidencia la ausencia de criterios sólidos con respecto a la materia, en las decisiones proferidas por los tribunales y los comités ad hoc, aunque no se plantean propuestas de solución de la inconsistencia hallada.

⁸ SCHREUER, Christoph. 2001. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press,

⁹ FOURET, Julien, GERBAY, Rémy and ÁLVAREZ, Gloria (Ed). 2015. *The ICSID Convention, Regulations and Rules. A practical Commentary* Northampton: Edward Elgar.

En la obra *Abuse of Rights in International Arbitration*¹⁰, el autor hace un análisis de diversas garantías procesales y la forma como estas se desconfiguran a partir del abuso de las mismas, no obstante, el abordaje de la obra se plantea preeminentemente desde el área del arbitraje comercial internacional y su régimen particular, que dista sustancialmente del que le es propio al arbitraje de inversión.

Ahora bien, la única obra que hasta la fecha en que se culmina el presente estudio, se ha dedicado al análisis detallado del procedimiento en el marco del arbitraje dentro del sistema CIADI, corresponde a la escrita por Jeffery Commission and Rahim Mooloo¹¹, denominada *Procedural Issues in International Investment Arbitration*, en la que se abordan las principales fases del trámite arbitral, señalándose aciertos y defectos en la reglamentación, no obstante, no se hace un análisis de las garantías procesales en concreto, ni se hacen postulados frente a las mismas, por cuanto el libro se avoca a una revisión del trámite de las etapas más importantes en la resolución de la disputa.

En lo concerniente a trabajos de investigación relacionados con el tema propuesto en la presente tesis, deben destacarse algunos trabajos de investigación referentes al tema en general, dado que no se ha analizado puntualmente el aspecto de las garantías procesales en concreto. Es así como en la tesis doctoral de Edward John Guntrip¹² titulada “The de-fragmentation of international investment law and international human rights law: A procedural basis for a host State Human Rights defence in ICSID arbitration” se propugna por la introducción de los derechos humanos dentro del sistema arbitral del CIADI, a partir de la interacción que se puede dar entre estos y el derecho de inversión, como dos regímenes *lex specialis*. En dicho trabajo se plantea a los derechos humanos como una herramienta defensiva, que puede ser usada por los Estados, para

¹⁰ EL FAR, Ahmed 2020, *Abuse of rights in International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press.

¹¹ COMMISSION, Jeffery and MOLOO, Rahim. 2018. *Procedural Issues in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

¹² GUNTRIP, Edward John. 2016. *The 'de-fragmentation' of international investment law and international human rights law: a procedural basis for a host state human rights defence in ICSID arbitration*. PH.D Thesis (Sin publicar)

argüir violaciones a los derechos humanos por parte de los inversionistas, sin embargo, como ya se planteó, no es abordado el tema de las garantías procesales en concreto.

El aspecto procesal del arbitraje de inversión es abordado de forma general en la tesis doctoral de Sonja Heppner¹³, “Procedural Transparency in Investor – State Arbitration”, investigación en la que se examina el aspecto procesal teniendo en cuenta el rol que juega la transparencia en el marco de la disputa arbitral a la luz de las reglas sobre transparencia internacional de CNUDMI, así como de la Convención de Mauricio sobre la materia.

Recientemente fue dada a conocer la tesis doctoral de Ridhi Kabra, titulada *Jurisdictional Aspects of Multiparty Actions in International Dispute Settlement*¹⁴, en la que se abordan los desafíos que implican para el arbitraje de inversión la presentación de demandas colectivas, desde el punto de vista del consentimiento, así como desde las normas procesales que deben ser adoptadas para dar curso al caso y las vicisitudes que se presentan en la resolución de esta clase de disputas. En este trabajo, aún cuando se aborda el aspecto procesal de la resolución de disputas, el enfoque principal no se centra en el aspecto de las garantías procesales.

De lo recién planteado y de lo que se pondrá en evidencia en las subsiguientes líneas, se hace plausible que el tema en el que se centra la presente tesis, es tratado de forma tangencial en diversas obras escritas por doctrinantes de múltiples nacionalidades, sin embargo, se reitera, no ha sido abordado y analizado de forma detallada, con el enfoque que se da en el presente texto, el que, como ya se dijo, se centra en el sistema arbitral del CIADI.

¹³ HEPPNER, Sonja. 2019. *Procedural Transparency in Investor-State Arbitration*. Trinity College. PH.D Thesis (Sin publicar)

¹⁴ KABRA, Ridhi. 2019. *Jurisdictional Aspects of Multiparty Actions in International Dispute Settlement*. University of Cambridge. PH.D Thesis (Sin publicar)

1.2 PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación que se desarrolla en el presente trabajo tiene la pretensión de aportar ideas y planteamientos novedosos, que contribuyan a desarrollar el derecho procesal internacional, concretamente en lo que corresponde al arbitraje de inversión que se ventila al interior del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI)

En el Derecho Internacional, a lo largo de los últimos treinta años ha crecido de forma exponencial la producción intelectual que aborda los temas relacionados con el derecho de inversiones, así como los sistemas de resolución de disputas que atañen a él, sin embargo, las temáticas de los diversos escritos, tanto de la doctrina, así como los que proceden de la academia se han enfocado en el estudio de las cuestiones sustanciales que de allí se desprenden, por tanto, las obras relacionadas con el aspecto procesal son puramente marginales.

Es en este marco que la presente investigación, a partir un análisis de la configuración procesal del trámite arbitral que se desarrolla ante el CIADI, propone el desarrollo del **JUS COGENS PROCESAL** y las garantías procesales fundamentales que lo integran, en aras de aportar elementos que estabilicen estas categorías jurídicas, dada la indeterminación de las mismas, que se deriva del sistema normativo de este centro.

1.3 PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA Y OBJETO DE ESTUDIO

La presente investigación aborda el problema desde una triple perspectiva, a saber: El esclarecimiento de la forma como está configurado el Derecho Internacional de Inversiones, así como las dinámicas propias de su funcionamiento. En el mismo sentido, se aborda la organización del Centro Internacional de Resolución de Disputas Relativas a la Inversión (CIADI) y la forma como allí se resuelven los litigios por la vía del arbitraje internacional, con las

particularidades que le son propias al sistema. Igualmente, se hace un abordaje del aspecto procesal del arbitraje internacional desde esta visión, auscultando las fases más importantes del trámite, desde la visión de las garantías.

Dada la trascendencia que ha adquirido el CIADI como el foro por excelencia de resolución de los litigios referentes al arbitraje internacional de inversiones en el orbe y atendiendo al poco abordaje teórico que se le ha hecho a los aspectos referentes a las garantías propias del proceso y a la concurrencia de diversas culturas jurídicas que se da en los actores que allí intervienen, la presente investigación analiza qué categoría jurídica permite predicar la existencia armónica de unas garantías procesales fundamentales en el arbitraje internacional de inversión que se tramita en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión.

En aras de responder de forma coherente y consistente a la pregunta de investigación planteada, se analizarán la configuración propia del derecho de inversiones, los antecedentes que lo delimitaron como cuerpo autónomo, así como las particularidades que determinan el funcionamiento del mismo. Posteriormente se efectúa un análisis y caracterización diferencial de los aspectos sustanciales y procesales en el derecho, para pasar a analizar el sistema procesal y la configuración especial que tiene dentro del arbitraje internacional. Posteriormente, se hace la caracterización del Centro Internacional de Arreglo de Resolución de Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI) y el arbitraje que allí funciona, para posteriormente proponer la viabilidad de hablar de un grupo de garantías procesales que conforman un JUS COGEN PROCESAL. Su caracterización y comprensión como tal permiten dar sentido y armonía a la práctica arbitral que se desarrolla en el Centro, dando una respuesta coherente, sólida y fundada al problema de investigación planteado.

1.4 ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación fue desarrollada con una metodología doctrinal¹⁵ de enfoque cualitativo, en aras de entender los aspectos históricos del derecho de inversión, del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas en esta área, del Centro Internacional de Arreglo de Resolución de Disputas relativas a la Inversión y de las garantías procesales aplicables, buscando encontrar el fundamento inicial de los aspectos relacionados con la investigación y mirando como se habían desarrollado los mismos a lo largo del tiempo. Este primer paso se ha realizado fundamentalmente con la búsqueda en las bases de datos físicas y electrónicas de diversas entidades, por tanto, se localizaron las fuentes doctrinales y jurisprudenciales que podían ser relevantes para la investigación. Debido a ello, la metodología aplicada es de carácter analítico e inductivo, descriptivo, reflexivo y crítico, buscando propiciar una visión amplia del problema abordado¹⁶.

El análisis de la resolución de disputas vinculadas con asuntos relacionados con la inversión se ha desarrollado vertiginosamente en la época reciente, sin embargo, la mayor parte de este se han efectuado a partir del derecho sustancial y las cuestiones jurídicas que se relacionan con esta área, no así con los asuntos de índole procesal que se encuentran vinculados.

El segundo paso de la metodología doctrinal ha sido la interpretación y análisis de los textos, teniendo en cuenta que las fuentes más relevantes del derecho internacional son la costumbre internacional, los tratados y los principios generales del derecho. El presente trabajo se basó inicialmente en las normas que integran el sistema arbitral del CIADI (Convención, reglas de arbitraje, así como el mecanismo complementario), de donde se extrae la esencia del sistema de resolución de disputas, junto con los tratados de protección a la inversión que se

¹⁵ KUMAR SINGHAL, Ashish and MALIK, Ikramuddin 'Doctrinal and Socio-Legal Methods of Research: Merits and Demerits', 2012, Vol.2 (7), Educational Research Journal, 252-256

¹⁶ GESTEL Rob Van and MICKLITZ, Hans – Wolfgang, Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology? (European university Institute Working Papers Law 2011/05) 2011, 26.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

identifican en el escrito y las decisiones de los tribunales arbitrales y Comités ad hoc que funcionan al interior del sistema. A la par, se analizaron decisiones de otros sistemas de resolución de disputas a nivel internacional, así como de algunas cortes nacionales, siempre que las mismas tuvieran relación con el tema a tratar.

Las fuentes secundarias examinadas están relacionadas con los libros, artículos académicos y casos vinculados con la materia y que se encuentran relacionados en la bibliografía, consultados de primera mano en bibliotecas de Colombia, Estados Unidos, España y Alemania.

1.5 ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El escrito se divide en seis capítulos que se estructuran de la siguiente forma: Un primer capítulo que contiene la introducción al presente trabajo. En el capítulo segundo se abarcan los aspectos que caracterizan el Derecho Internacional de Inversiones como categoría autónoma dentro del Derecho Internacional. El capítulo tercero que está dedicado al abordaje de las fases procesales en las que se divide el trámite arbitral a nivel internacional. El capítulo cuarto se dedica a desagregar el funcionamiento del arbitraje dentro del CIADI, a partir de la configuración propia dada por su sistema normativo. El capítulo quinto se ocupa de analizar las garantías procesales que han sido identificadas al interior del CIADI, tanto por los tribunales arbitrales, así como por los comités ad hoc y se desarrolla la propuesta de aplicación de las garantías procesales fundamentales de manera armónica a partir de la noción de **JUS COGENS PROCESAL** y por último el capítulo sexto corresponde a las conclusiones generales de la presente investigación.

CAPITULO II

EL DERECHO DE INVERSIONES:

2.1 EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

Para abordar el derecho de inversiones, tema central dentro del presente trabajo, se hace necesario revisar algunos conceptos básicos que fundamentan la materia, así como la relaciones que se dan con el derecho económico, de tal forma que se pueda acreditar la manera como la interacción de los mismos dio lugar a la paulatina consolidación de un área del derecho internacional que no encaja dentro de una única categoría, que tiene su propia dinámica y que, aún cuando comparte unos elementos característicos con algunas áreas del derecho internacional, se ha ido deslindando paulatinamente hasta consolidar un régimen autónomo.

El concepto derecho internacional económico¹⁷ se podría delimitar respecto a las regulaciones que se vinculan con las relaciones entre Estados, así como entre éstos y la incidencia en los particulares,¹⁸ por lo que se da la confluencia de una multiplicidad de áreas que incumben, se relacionan, se complementan en algunos casos y en otros se yuxtaponen, concurriendo, entre otros, la regulación del comercio internacional, del derecho de la integración, el derecho privado y público internacional, la reglamentación financiera internacional, normativas fiscales internacionales, así como el derecho de la propiedad intelectual, entre otros.

¹⁷ CHENG, Chia – Jui, 2022, The Evolution of the International Economic Order. in: Cheng Chia – Jui. (Ed). A New Global Economic Global Order. New Challenges to International Trade Law. Leiden: Brill Nijhoff. P. 3 – 83.

¹⁸ STONE SWEET, Alec and GRISEL, Florian. 2014. The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance, in Mattli Walter and Dietz Thomas (Eds). International Arbitration and Global Governance: Contending theories and Evidence. Cambridge: Cambridge University Press.

Es importante enfatizar que el derecho internacional económico no debe mirarse de forma separada al derecho internacional público¹⁹, por cuanto, al ser un área que involucra directamente a los Estados, se evidencia la presencia de prácticas propias de éstos, por lo que se da la confluencia del derecho nacional y del derecho internacional general.

En términos amplios, el derecho de inversiones tiene como ámbito de aplicación la protección que se brinda a los inversionistas, a través de una multiplicidad de herramientas, normalmente a través de los tratados, con un régimen particular de protección que en la mayoría de los casos incluye previsiones referentes a la resolución de controversias por medio de tribunales privados, en un sistema de resolución de disputas entre el inversionista y el Estado.

2.2 ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

Los antecedentes más remotos del derecho de inversiones se remontan a la Grecia antigua²⁰, en donde se encuentran los primeros vestigios de estándares mínimos de trato a los extranjeros y la protección que debía dárseles a éstos. Posteriormente, podríamos citar múltiples ejemplos a lo largo de la edad media, como sucedió con las medidas adoptadas en el siglo X de nuestra era, para proteger distintas inversiones efectuadas por algunos comerciantes de Venecia, quienes fueron admitidos para anclar sus barcos, sin el pago de impuestos, en los puertos del Imperio Bizantino, derecho que se garantizó a los comerciantes de Génova²¹, proceder que tuvo su réplica en el siglo XII en la corte inglesa, que

¹⁹ ST JOHN, Taylor. 2018. The Rise of Investor State Arbitration. Politics, law, and Unintended Consequences. Oxford: Oxford University Press, P. 1 - 4

²⁰ HUBER, Max. "Die Sociologischen Grundlagen des Völkerrechts" (1910) Archiv für Rechts – und Wirtschaftphilosophie P. 21, 26

²¹ SALACUSE, Jeswald W. 2021. The Law of Investment Treaties. Oxford: Oxford University Press. P. 80.

autorizó concesiones especiales para los comerciantes extranjeros²² o las tomadas en Cataluña²³, Provenza en Francia o en algunas zonas de Suiza y Alemania.

Estas muestras iniciales de protección a la inversión fueron adoptadas por la vía de disposiciones normativas tomadas por el monarca que regía, antes que por medio de tratados celebrados entre diversos Estados en los que se reconocieran beneficios recíprocos para los nacionales de las partes inmersas en un acuerdo internacional, dado que para el momento histórico al que nos referimos, aún no estaban configurados los Estados Nación en estricto sentido.

El concepto de sociedad internacional, central en la estructura que estamos revisando, solo vino a aparecer hasta el siglo XVI. Desde este momento se convertiría en un tópico que marcaría la filosofía del derecho internacional hasta Emmerich de Vattel en el siglo XVIII²⁴. Por su parte, luego de la paz de Westfalia, 1648, el sistema internacional empezó a configurarse, a partir del surgimiento de los Estados – Nación, mientras que los particulares, no contaban con el reconocimiento de derechos en la esfera internacional, sin embargo, se reconocía que las afrentas que un Estado le causaba al nacional de otro Estado, podían ser reclamadas por éste. En el marco al que estamos haciendo referencia, a lo largo del siglo XVII aparecieron los primeros tratados que contenían medidas de protección a los ciudadanos en sus actividades económicas²⁵. En esta época se

²² FISCHER, Peter. 1975. A Collection of International Concessions and Related Instruments. Contemporary Series Vol 1. New York: Oceana Publications.

²³ Uno de los casos que podría considerarse como una disputa relativa a la inversión, se suscitó entre 1417 y 1422 y fue conocido como el caso Nau dels Barquers, ventilado ante el cónsul de Barcelona, en el que el reinado de Aragón y Genova, entraron en un conflicto por la preeminencia económica y militar del mediterráneo, por lo que fueron adoptadas diversas medidas que afectaron el comercio de la zona. En 1417 se firmó un tratado en el que se estableció que se asumirían las reparaciones causadas por el conflicto, entre ellas, los daños al barco Nau dels Barquers. Los daños fueron establecidos por un tribunal integrado por tres árbitros. Por su parte, en 1615 un comerciante de Pisa, presentó una solicitud al Gran Duque de Toscana, para que se le permitiera presentar un caso ante el Cónsul Francés en Livorno y no ante una corte local. El caso se relacionaba con una compañía que se dedicaba a comerciar bienes en los puertos de Egipto, El Cónsul denegó la autorización al determinar que el competente para decidir era el Cónsul de Pisa.

²⁴ DE VATTEL, Emmerich. 1916. The Law of Nations or the Principle of Natural Law. Buffalo, N: WS Hein.

²⁵ El tratado Británico Español de 1667 y el Tratado de Utrecht de 1713, son considerados por la doctrina como antecedentes indirectos de los modernos tratados bilaterales de inversión, entre

desarrollaron a su vez los tratados de amistad, comercio y navegación, que buscaban proteger los intereses de las metrópolis en los territorios de ultramar, asegurando no solo el acceso a los puertos, sino también a las aguas interiores.

En el devenir histórico, en la medida en que los Estados – Nación fortalecían su noción de soberanía, se hacía plausible la necesidad de desarrollar una herramienta que facilitara las relaciones entre los Estados. Como se denota, el derecho internacional se desarrolló en distintos momentos de la evolución social, consolidando unos avances considerables en el tiempo reciente, lo que no quiere decir que en los periodos históricos previos al que estamos mencionando, no existieran relaciones entre los distintos pueblos.

Ahora bien, en el plano legal, diversas ideas se han ocupado de abordar el tema del derecho internacional desde distintas perspectivas²⁶. Una de las primeras cuestiones se relacionó con establecer si el derecho internacional, podía ser considerado en estricto sentido derecho; posteriormente el centro de discusión se desplazó hacia la efectividad del mismo, su aplicabilidad y la forma en que este puede contribuir a materializar la justicia, su forma de creación en el plano internacional y su obligatoriedad frente a quienes no han intervenido en su producción.²⁷

El desarrollo de los movimientos económicos, que en las distintas épocas han sido propiciados por los cambios que ha experimentado el comercio a nivel global, han venido aparejados de la mano con los cambios que se han dado en la esfera legal

otros, VANDELVELDE, Kenneth. 2009. U.S International Investment Agreements Oxford: Oxford University Press.

²⁶ RIPINSKY, Sergey and WILLIAMS, Kevin. 2008. Damages in International Investment Law. London: British Institute of International. and Comparative Law. P. 3- 18.

²⁷ ARSANJANI, Mahnoush. COGAN Jacob, SLOANE Robert and WIESSNER, Sigfried (eds). 2011. Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman. Leiden: Martinus Nijhoff.

y que han buscado ser una respuesta que brinde seguridad a los mismos, ante los diversos conflictos y vicisitudes que han surgido entre los actores implicados.²⁸

Los teóricos del derecho, en este caso, el propio Jeremy Bentham²⁹, al referirse al derecho internacional consideró que podía dividirse en el derecho internacional privado, que se ocupa de los conflictos normativos, en los cuales hay elementos de derecho extranjero en acción o atribución de competencia a tribunales ubicados en varios Estados. En tanto que, el derecho internacional público se ocupa de imponer el orden en el ámbito internacional, en todas las áreas donde confluyen los Estados, buscando siempre la resolución de cualquier diferencia, por las vías civilizadas.

En el marco histórico recién descrito, Francia y Estados Unidos firmaron un tratado de amistad y comercio en 1778, basado en el modelo desarrollado por John Adams, el que, guardadas las proporciones, tiene remotas conexiones con los modernos (APRI – BIT), en lo referente a algunas disposiciones que fueron tenidas en consideración, como es el caso del principio de Nación más favorecida, trato nacional y Trato Justo y Equitativo. Este tratado sirvió para que Estados Unidos suscribiera instrumentos similares con España, Inglaterra, Prusia y Marruecos, así como en una época posterior con países de América Latina, África y Asia³⁰.

2.2.1 EL TRATADO JAY

El tratado de amistad, comercio y navegación (Jay treaty) fue suscrito en 1794 entre Gran Bretaña y Estados Unidos e introdujo un desarrollo importante con la

²⁸ SAMUELSON, Robert J The (largely false) Globalization Narrative, Washington Post. Aug. 7 2016.

²⁹ BENTHAM, Jeremy. 1996. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Oxford: Clarendon Press.

³⁰ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2010. The International Law on Foreign Investment Cambridge: Cambridge University Press. P. 180–181. VANDEVELDE, Kenneth J. 2010. Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation New York: Oxford University Press. VANDEVELDE, Kenneth J. 1993. 'U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave', 14 Michigan Journal of International Law (1993), 621, 623.

creación de comisiones encargadas de dirimir las disputas relacionadas con los daños y las afectaciones a la propiedad de los nacionales de ambos Estados, sufridos durante la guerra de independencia. Esta comisión tenía la posibilidad de dirimir disputas entre Estados y entre Estados e individuos³¹. Este tipo de tratados en muchos casos, se constituían en vehículos que facilitaban la expansión del colonialismo, por medio del cual se extendía el fuero y régimen legal del Estado preponderante y de los oficiales de la jurisdicción de dicho Estado. En esta clase de tratados, se establecieron los que pueden ser considerados como estándares primigenios de lo que luego constituiría el derecho de inversiones, entre otros, la igualdad y reciprocidad en las transacciones comerciales, en tanto ratificaba la libertad regulatoria del Estado.³²

Ahora bien, la resolución de disputas es un área que ha tenido varias aproximaciones a lo largo de la historia. De una parte, el uso de los mecanismos más hostiles, entre otras, las retaliaciones propias del desarrollo inicial del comercio³³, así como las acciones basadas en el uso de la fuerza, fueron cambiando de forma paulatina a escenarios más modernos, con prevalencia del derecho y de la visión judicial del conflicto, no obstante, el desarrollo no ha sido lineal, por lo que se han presentado periodos históricos de evolución, así como de involución.

³¹ LEGUM, Barton. 2001. Federalism, Nafta Chapter Eleven and the Jay Treaty of 1794. News from ICSID, Washington: ICSID, v. 18, n. 1, P. 11 – 13.

³² El tratado entre Estados Unidos y Francia de 1778, establecía que los impuestos serían equivalentes, teniendo en consideración los pagados por la nación más favorecida. A la vez que cada Estado debía velar por la protección de los bienes y las propiedades y se garantizaba la libertad de desarrollar el comercio, proscribiéndose el contrabando.

³³ BOWN, Chad and PAUWELYN, Joost (eds). 2010. The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement. Cambridge: Cambridge University. P. 38 - 39

2.2.2 LA GESTIÓN DE LAS DISPUTAS

LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A lo largo del siglo XVIII se desarrolló la protección diplomática³⁴, siendo introducida por primera vez por Emmerich de Vattel³⁵, concepto que se refería a la búsqueda de respaldo de un Estado con respecto a sus nacionales, personas naturales o jurídicas, que se encontraban desarrollando actividades en suelo extranjero y que eran afectados por medidas ilícitas o negligentes del Estado anfitrión, por lo que se perseguía una compensación a través del actuar del Estado de origen, por medio de actividades diplomáticas y militares³⁶.

La protección diplomática fue entonces el instrumento que aseguraba una compensación, de conformidad con el derecho consuetudinario internacional, en los casos en los que un Estado era responsable por un daño causado a un extranjero, siempre y cuando, se hubiesen agotado todos los mecanismos legales considerados en el ordenamiento legal del Estado anfitrión, sin perder de vista que, el Estado de origen del inversor afectado, no tiene una obligación directa de

³⁴ BROWNLIE, Ian, 2003. Principles of Public International Law. Oxford: Oxford University Press. P. 524–526.

³⁵ DE VATTEL, Emmerich. 1916. The Law of Nations or the Principle of Natural Law. Buffalo, NY. WS Hein. "Whoever mistreats a citizen, indirectly offends the state, which is bound to protect the citizen; and the sovereign of the latter should avenge his injury, if possible obliging the aggressor to make full reparation; since otherwise the citizen would not enjoy the great end of civil society, which is security." Este autor fue el primero en describir el derecho de los foraneos a permanecer temporalmente en un país extranjero o a solicitar la residencia.

³⁶ GIMBLETT, Jonathan and JOHNSON, Thonson Jr. 2012. 'From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law' in Sauvant, Karl. (ed) Yearbook on International Investment Law & Policy Vol. 2010-2011. Oxford: Oxford University Press.

DE VATTEL, Emmerich. 1916. The Law of Nations or the Principle of Natural Law. Buffalo, NY. WS Hein.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el proyecto de artículos sobre protección diplomática de 2006 la ha definido como: "la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad."

proceder y por tanto, tenía la discreción de actuar de la forma en que lo considerara.³⁷

2.2.3 EL ESPOUSAL

En el escenario planteado, el Estado de origen del sujeto afectado por el daño causado en el Estado extranjero, podía tomar la acción legal en contra del Estado receptor de la inversión, por medio del procedimiento denominado espousal³⁸, que se remonta a la época de Westfalia. En este escenario resultaba posible llegar al surgimiento de negociaciones o al litigio entre dos Estados ante una corte internacional o un tribunal arbitral.³⁹

Para la operatividad de la protección diplomática se requería la presencia de dos Estados, a saber, el receptor de la inversión, así como el Estado de origen del inversionista, por tanto, correspondía al Estado receptor de la inversión, con base en su propio sistema legal, establecer los parámetros legales de la resolución de la controversia, en tanto que, del derecho internacional podían establecerse los límites en cuanto a los aspectos básicos del caso, tales como la buena fe, estoppel, entre otros.⁴⁰

³⁷ Barcelona Traction, Light & Power Co, Ltd. (Belgium. v. Spain), Decision, february 5 1970 I.C.J. Reports 3

³⁸ SCHREUER, Christoph. (2007). 'The Dynamic Evolution of the ICSID System' in Hofmann, Rainer and Tams Christian (eds) *The International Conventional on the Settlement of Investment Disputes (ICSID). Taking Stock after 40 years.* Baden – Baden: Nomos.

³⁹ El que puede considerarse como el primer caso de arbitraje de inversion se dio en la segunda mitad del siglo XIX entre La Compagnie Universelle du Canal de Suez y Egipto. La disputa giró en torno a la construcción del canal del Suez, obra iniciada en 1859. Por múltiples diferencias generadas entre las partes, la resolución de la disputa se inició en 1864, la que formalmente finalizó con el laudo dictado por Napoleón III. Pese a ello, múltiples conflictos prosiguieron a este laudo, de tal forma que la relación fue compleja hasta la nacionalización del canal acaecida en 1956.

⁴⁰ La Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction consideró que el derecho internacional reconoce la protección diplomática de las personas jurídicas de conforidad con las leyes del Estado en el que la persona jurídica se incorporó, sin embargo, el derecho internacional no fija reglas en lo concerniente a la creación, administración o disolución de las personas jurídicas, ni lo correspondiente a los derechos de los accionistas. Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd (Belgium v.s Spain) ICJ Decision, february 5 1970 I.C.J Reports 3

Aún cuando constituía una novedad, el *espousal* no era una solución del todo eficiente, por cuanto:

1. Los Estados de origen de los sujetos, a fin de mantener buenas relaciones con los Estados receptores de las inversiones, evitaban iniciar el procedimiento⁴¹
2. Los Estados de origen sólo aceptaban iniciar el procedimiento, una vez se habían agotado de manera no satisfactoria los remedios legales establecidos por el Estado receptor.

En este escenario, se hace plausible que los Estados se empezaron a hacer responsables por las violaciones de los derechos de los ciudadanos extranjeros, por una vía procesal común en el derecho internacional público, por lo que el moderno derecho internacional de inversiones, desarrollado a partir de la protección diplomática⁴², se consolidó por medio de instrumentos de distinta naturaleza.

Desde esta perspectiva, es evidente entonces que el derecho internacional de inversiones hunde sus raíces en el derecho internacional público, no obstante, cada área tiene sus particularidades,⁴³ a la vez que el derecho internacional de

⁴¹ WHITEMAN, Marjorie Millace, 1967. Digest of International Law, U.S. Department of State, vol. 8, 1216–1219.

⁴² JURATOWITCH, Ben. 2008. The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties, 23 ICSID Rev.FILJ P. 10 – 35, 16 – 22.

⁴³ Guinea v. Democratic Republic of Congo, ICJ, Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo Objeciones preliminares, mayo 24 2007, ICJ Reports 2007, pp. 582-618 (p. 614): “The Court is bound to note that, in contemporary international law, the protection of the rights of companies and the rights of their shareholders, and the settlement of the associated disputes, are essentially governed by bilateral or multilateral agreements for the protection of foreign investments, such as the treaties for the promotion and protection of foreign investments, and the Washington Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, which created an International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), and also by contracts between States and foreign investors. In that context, the role of diplomatic protection somewhat faded, as in practice recourse is only made to it in rare cases where treaty régimes do not exist or have proved inoperative”

inversiones se ve enriquecido con otras fuentes, sin que resulte posible ubicarlo en una inequívoca categoría.

A partir del siglo XIX se desarrollaron distintas iniciativas, que propendían por la creación de un código multilateral de inversiones, como una fuente central de obligaciones uniformes para los Estados parte, e históricamente se han desarrollado diversos esfuerzos por tratar de crear reglas uniformes que armonicen el procedimiento en la materia, sin que a la fecha las mismas se hayan concretado.

2.2.4 EL REGRESO AL PASADO Y EL USO DE LA FUERZA

Con las tensiones propias del siglo XIX, determinados Estados propiciaron el uso de la fuerza militar para exigir el cumplimiento de obligaciones no cumplidas, como sucedió con Francia en contra de México en 1861⁴⁴. En este país precisamente, el inicio del siglo XX sobrevino con una multiplicidad de expropiaciones⁴⁵, que unidas a las que se dieron en la Rusia soviética⁴⁶, crearon una inestabilidad considerable en el derecho internacional, así como un estado de alarma general entre los inversionistas.

A su vez, como reacción a las particularidades causadas por la protección diplomática y a las acciones tomadas en contra de Venezuela⁴⁷ por las potencias

⁴⁴ Este caso se conoció como el caso “Jecker” originado por el impago por parte de México a su acreedor suizo – francés de una deuda por 75 millones de francos, de los que México había recibido efectivamente menos de 4 millones. El no pago de la suma adeudada, fue la justificación usada por Francia para invadir a México. NUSSBAUM, Arthur. 1947. A Concise History of the Law of Nations. The MacMillan Company, P. 211–212.

⁴⁵ LOWENFELD, Andreas. 2008. International Economic Law Oxford: Oxford University Press. P. 471–473;

⁴⁶ WOUTERS, Jan, DUQUET, Sanderijn and HACHEZ, Nicolas. 2013. ‘International investment Law: The Perpetual Search for Consensus’, In De Schuteer Oliver, Swineen, Johan and Wouters, Jan (eds) Foreign Direct Investment and Human Development, The Law and Economics of International Investment Agreements. London and New York: Routledge.

⁴⁷ Los puertos y costas venezolanos fueron bloqueados por las armadas del Imperio Británico, Alemán y del Reino de Italia, quienes exigían el pago inmediato de las deudas contraídas por el Estado venezolano con las compañías asentadas en las potencias. El bloqueo cesó con el

europeas, debido a lo abultado de la deuda externa, se puso en marcha la doctrina Drago, desarrollada por el argentino Luis María Drago, que propugnaba por la prohibición del uso de la fuerza por parte de cualquier Estado, para dirimir las controversias de cualquier naturaleza, surgidas entre Estados, por tanto, debía acudir a soluciones con base en el ordenamiento y en ningún caso en la fuerza.⁴⁸

La Corte Permanente de Justicia Internacional en una decisión de 1924, se refirió a la protección diplomática en particular, sobre la cual estableció:

“By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.”⁴⁹

En el moderno derecho de inversiones⁵⁰ la protección diplomática tiene una operatividad restringida, por cuanto, en los términos del derecho consuetudinario internacional, en los casos en los que los Estados han celebrado tratados y por tanto se han comprometido a resolver sus diferencias ante tribunales arbitrales, no resultará admisible invocar la protección diplomática, sin embargo, en determinadas circunstancias, la protección diplomática puede tener un margen de operatividad⁵¹, siempre que estemos frente a:

Protocolo de Washington, firmado en febrero 13 de 1903, en el que se definieron las condiciones en que se saldarían las obligaciones.

⁴⁸ Esta doctrina fue desarrollada en 1902, por el Ministro Drago de Relaciones Exteriores de la Argentina.

⁴⁹ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)* PCIJ Reports, 1924, Series A, No. 2, p. 12 and the *Panevezys Saldutiskis Railway case (Estonia v. Lithuania)* PCIJ Reports, 1939, Series A/B, No. 76, 1

⁵⁰ En la actualidad es considerada como un procedimiento adelantado por el Estado nacional de la persona injuriada, en aras de asegurar la protección por ella requerida y obtener la reparación que le infligió el acto considerado una transgresión internacional. AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, 2008. *Diplomatic Protection* Oxford: Oxford University Press.

⁵¹ La Comisión de Derecho Internacional en 2006 elaboró el borrador de un cuerpo para abordar la protección diplomática, al que hicimos referencia en precedencia. En dicho borrador, se precisa el alcance de la figura, a la vez que establece que la protección diplomática se desarrolla a partir del concepto de la nacionalidad dominante y efectiva de las persona naturales que cuenten con más

- La ausencia de un tratado de inversiones o de un acuerdo comercial con provisiones sobre inversiones
- La falencia de un sistema de resolución de controversias en los tratados celebrados.
- La inexistencia de un sistema de resolución de controversias, en determinados temas no compendidos en los tratados celebrados⁵²

2.2.5 EL REGRESO DEL DERECHO

2.2.5.1 DOCTRINA CALVO

Por su parte, la doctrina Calvo, fue teorizada por el tratadista Argentino Carlos Calvo en el libro *“Le droit international theorique et pratique”*⁵³, dicha teoría proponía reconocer los mismos derechos de los nacionales para los inversionistas extranjeros, de conformidad con los estándares nacionales, por lo que las diferencias relativas a la inversión debían ser resueltas en las cortes nacionales y no en el escenario internacional⁵⁴ de tal forma que la protección diplomática, así como la posibilidad de ventilar las diferencias en tribunales internacionales, no

de una nacionalidad, en tanto que, con respecto a las personas jurídicas, corresponde al lugar donde la persona se haya incorporado, siendo necesario que exista un estrecho vinculo con este, pues no basta con simplemente haberse incorporado en un Estado, en los casos en los que, por ejemplo, el control de la persona jurídica recae en sujetos nacionales de un tercer Estado. El abordaje práctico de estos conceptos se evidencia, entre otros, en los casos *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decisión de Jurisdicción, Agosto 19 2013; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1. Award. Septiembre 22 2014.

⁵² JURATOWITCH, Ben. 2008. *The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties*, 23 ICSID Rev.FILJ P. 10 – 35, 16 – 22.

⁵³ CALVO, Carlos. 2018. *Le droit international theorique et pratique*. Paris: Hachette livre. GRIGERA NAÓN, Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks, 21 Arb. Int'l 127, P. 134-37 (2005).

⁵⁴ BEMIS, Samuel Flagg. 1943. *The Latin American Policy of the United States: An Historical Interpretation*. New York: Harcourt, Brace and Co. P. 230–234.

resultaba viable⁵⁵, debiendo resolverse cualquier disputa al interior del Estado receptor de la inversión, con apego a su sistema jurídico.

En el marco de la primera y segunda Conferencia Panamericana, entre los años 1889 y 1902, se dieron amplias discusiones acerca de consignar en un instrumento internacional, surgido en este marco, los principios de la Doctrina Calvo, sin embargo, debido a la oposición de Estados Unidos, no fue posible concretar una convención en particular. Aún cuando no se materializó un acuerdo en torno al tema, la doctrina Calvo fue adoptada de múltiples maneras en tratados, contratos, así como en disposiciones de derecho nacional⁵⁶. No obstante y a pesar de que los particulares renunciaran a sus derechos, no sucedía lo mismo con sus Estados de origen, los cuales, en su condición de sujetos de derecho internacional, se encontraban en igualdad de condiciones frente al Estado receptor de la inversión⁵⁷, pese a que desde la segunda mitad del siglo XIX se empezaron a ventilar por la vía del arbitraje las primeras disputas, que en un comienzo involucraron directamente a los Estados. Es preciso resaltar que desde el primer caso de arbitraje que involucró a un inversionista y a un Estado, que como lo mencionamos en precedencia se trató del caso de la Compañía Francesa Universal del canal del Suez v.s Egipto, hasta julio 30 de 2022 se han iniciado más de 1150 casos de arbitraje inversionista - Estado⁵⁸.

⁵⁵ MONTT, Santiago. 2009. State liability in investment treaty arbitration. Oxford. Hart Publishing. P. 42, 43. Este autor considera que los conceptos que se conocen como la doctrina Calvo, fueron desarrollados de forma previa por Andrés Bello en 1832, en la obra Principios de Derecho de Jentes. 1832. Santiago de Chile. Imprenta de la Opinión.

⁵⁶ MOURRA, Mary Helen 2008. 'The Conflicts and Controversies in Latin American Treaty-Based Disputes', in Mourra, Mary Helen and. Carbonneau, Thomas B. 2008. Latin American Investment Treaty Arbitration: The Controversies and Conflicts, The Hague: Wolters Kluwer,

⁵⁷ Decision of the General Claims Commission of Mexico and United States in the North American Dredging Company case. FELLER, Abraham Howard. 1935. The Mexican Claims Commissions, 1923–1934 New York: Macmillan. P. 187.

⁵⁸ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Consultado julio 31 de 2022)

2.2.5.2 FÓRMULA HULL

Producto de la reforma agraria adelantada en México en la primera etapa del siglo XX, en la que se afectaron severamente los derechos de propiedad de los titulares de estos, incluidos los extranjeros, desde los Estados Unidos fue desarrollada la fórmula Hull, propugnada por el secretario de Estado, Cordell Hull. En este sentido se consideraba que la toma de una propiedad privada sin que mediara un reconocimiento monetario, correspondía a una confiscación⁵⁹ y por tanto, demandaba el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva⁶⁰ al afectado. Los elementos basilares de la doctrina se ven reflejados en la carta entregada por el Secretario Hull al embajador de México, en la que se señaló:

“The taking of property without compensation is not expropriation. It is confiscation. Governments would be free to take property far beyond their ability or willingness to pay and the owners thereof would be without recourse. We cannot question the right of a foreign government to treat its own nationals in this fashion if it so desires. This is a matter of domestic concern. But we cannot admit that a foreign government may take the property of American nationals in disregard of the rule of compensation under international law. Nor can we admit that any government unilaterally and through its municipal legislation can, as in this instant case, nullify this universally accepted principle of international law based as it is on reason, equity and justice”

La formula Hull se erigió entonces como una herramienta por medio de la cual se reclamaba el pago de una compensación adecuada en los casos en los que eran confiscadas las propiedades, por parte del Estado receptor de las inversiones.

⁵⁹ HULL, Cordell, Diplomatic Note for the Secretary of State of the United States of America to the Minister of Foreign Affairs of Mexico, 21 July 1938. En 1938, Hull intercambió notas con el Secretario de Relaciones Exteriores Mexicano, en relación con las expropiaciones acaecidas entre 1920 y 1930,

⁶⁰ SCHACHTER, Oscar. ‘Compensation for Expropriation’, 78 American Journal of International Law (1984) P. 121 – 130.

2.2.6 EL ESCENARIO DE POSGUERRA.

El desarrollo económico de comienzos del siglo XX, en el campo del derecho impulsó el avance del derecho de inversiones, no obstante, las revoluciones, las guerras mundiales, así como la gran depresión, hicieron retroceder el comercio de forma considerable a niveles propios del siglo XIX. Pese al marco de adversidades económicas, se buscó la conclusión de un Código Multilateral de Protección a las Inversiones Extranjeras, lo que no se logró, pese a los esfuerzos desplegados en las Conferencias de Ginebra (1947), la Habana y Bogotá (1948)⁶¹. En éstas dos últimas se evidenciaron las tensiones existentes al interior de la comunidad Panamericana, entre quienes propugnaban por el establecimiento de unas reglas que facilitaran las inversiones extranjeras y quienes buscaban hacer prevalecer los derechos de los nacionales, dentro de los Estados receptores de la inversión, con respecto a los inversionistas⁶².

Atendiendo al desastre humano y económico generado por la Segunda Guerra Mundial, las potencias vencedoras esblecieron una visión del nuevo orden internacional, cimentado en pilares que garantizaran la estabilidad y previnieran la repetición de lo ocurrido, por tanto, sistema que debía cimentarse en la paz, la estabilidad financiera y el trato equitativo entre naciones⁶³

⁶¹ A la par, diversas organizaciones no gubernamentales propendían por el mismo fin, sin lograrlo, tal como ocurrió con la International Law Association en 1948 y la Cámara de Comercio de Paris en 1949. UNCTAD, 2005. *International Investment Agreements: A Compendium*, vol. III, 259. Geneve.

⁶² En esta senda se circunscribe, los intentos por establecer una Convención acerca del tratamiento a los extranjeros, adelantada en Paris en 1929. Por su parte, la Carta de la Habana de 1948, buscó crear una organización internacional del comercio, que cumpliera el rol de establecer y monitorear el régimen internacional de comercio e inversiones, la organización dependería del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, iniciativa que fue rechazada por los Estados Unidos, por lo que terminó fracasando. En 1949 la Cámara de Comercio de Paris elaboró un borrador de código de trato justo para los inversores extranjeros. Por su parte, la OCDE desarrolló una serie de instrumentos multilaterales, incluyendo el Código de liberalización de los movimientos de capital (1961), así como el borrador de una Convención de Protección a la Propiedad Extranjera de 1967.

⁶³ MILES, Kate. 2013. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press.

Los dos últimos pilares eran vistos como esenciales para la realización del primero, por los múltiples sucesos que había arrojado el periodo de entreguerras, así como la necesidad de reconstruir las devastadas economías domésticas⁶⁴. A partir de esta visión, se consideró que el nuevo orden internacional⁶⁵, emergente de la Segunda Guerra Mundial debía estar caracterizado por:

- Una estructura institucional, basada en una red de tratados internacionales que le dieran fundamento.
- Sistemas financieros que limitaran las fluctuaciones de capital, pero con mercados abiertos al intercambio de bienes.
- Relaciones entre las naciones, que estuvieran fundamentadas en el sistema internacional de instituciones.

2.2.7 EL SISTEMA INTERNACIONAL DE POSGUERRA

Tomando como base lo anterior, podemos dimensionar el panorama del derecho económico internacional, que tuvo su materialización en Bretton Woods en Julio de 1944. Allí, los representantes de 44 países, dispusieron la creación del Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y la Organización Internacional del Comercio (ITO). Esta conferencia perfiló el nuevo sistema económico internacional con base en el libre movimiento de bienes y consideró al dólar como la base del tipo de cambio internacional. De igual forma se estableció la cooperación económica internacional, la cual debía tender a la prosperidad generalizada, así como a la puesta en funcionamiento de un sistema que contribuyera a solucionar rápidamente las dificultades económicas de las

⁶⁴ KRONFOL, Zouhair A. 1972. Protection of foreign Investment: A Study in International Law. Leiden: Sijthoff.

⁶⁵ SCHACHTER Oscar. (1960). Private Foreign Investment and International Organization, 45 Cornell Law Quarterly P. 415.

naciones⁶⁶ creadas por la guerra o eventualmente por las situaciones venideras a futuro.

Aún cuando el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial debían enfocarse en el aspecto de las relaciones económicas internacionales, se hizo evidente que la resolución de los problemas del comercio internacional ocasionados por la guerra estaban fuera del alcance de éstas instituciones, razón que justificó la creación del GATT (1948), en pro de buscar el desarrollo del comercio internacional⁶⁷.

En el escenario producido por Bretton Woods, que da origen al derecho económico internacional confluyen entonces, de un lado el derecho internacional, las relaciones internacionales y por supuesto los movimientos propios de la economía internacional.

En el esquema internacional surgido a partir de la Carta de las Naciones Unidas (1945), se estableció un sistema de gestión de las relaciones internacionales, que tuvo como fundamento principal la soberanía y la política económica. Es en este marco donde confluyen las instituciones internacionales, así como las que posteriormente serían reconocidas como organizaciones no gubernamentales y las corporaciones internacionales, como actores centrales de las relaciones internacionales⁶⁸. Sin embargo, estos actores confluyen en el ámbito internacional, sin que, para el momento de la creación, se identificara de forma clara la existencia de una autoridad que ejerciera un control sobre el sistema.

El panorama recién descrito pone de presente las tensiones que se acumulan, por cuanto cada uno de los actores, en principio, tendía a su propio beneficio, lo que

⁶⁶ SALACUSE, Jeswald. 2004. "Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain," in Horn, Norbert and Kroll Stephan. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague. Kluwer Law International.

⁶⁷ JACKSON, John Howard. 2000. *The Jurisprudence of GATT and the WTO* Cambridge: Cambridge University Press.

⁶⁸ ANGHIE, Anthony. 2004. *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

de inmediato evidencia una contradicción con los fines planteados en la configuración del sistema internacional que data de 1944. Es precisamente esta contradicción la que remarca la utilidad del derecho internacional en el aspecto económico⁶⁹ y que posibilitó su estructuración, consolidación y desarrollo posterior.

De igual forma, el Banco Mundial, en sus inicios, tuvo un papel poco relevante, al verse en parte opacado por los esfuerzos bilaterales, que diversos países pusieron en marcha a través de negociaciones directas, buscando un rápido crecimiento económico en la posguerra. En este escenario, el rol más preponderante fue el desplegado por Estados Unidos con el plan Marshall, así como el adelantado por la Comunidad Europea en el sur y este de Europa, que terminaron reduciendo significativamente al papel concebido originalmente para el Banco Mundial teniendo en cuenta que los planes de reconstrucción y el manejo de la resquebrajada economía no provinieron de la institución que se suponía, había sido diseñada para ese fin.

En aras de lograr una mayor efectividad, el Banco Mundial ha buscado adaptarse a los cambiantes escenarios, desarrollando múltiples actividades a través de cinco instituciones, a saber: El Banco Internacional para la reconstrucción y el desarrollo, la Asociación Internacional de fomento, La Corporación Financiera Internacional, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Por el contrario, el Fondo Monetario Internacional no se vio opacado y jugó un papel decisivo desde su creación, estabilizando el sistema financiero internacional, determinado por el dólar y su relación con las demás monedas y precios internacionales, situación que se mantuvo inalterada hasta que desapareció el patrón oro como concepto de referencia con respecto a la moneda estadounidense, en 1973. Debido a ello, el Fondo Monetario se enfocó en el

⁶⁹ BÜTHER, Tim and MATTLI, Walter. 2011. *The new Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*. Princeton: Princeton University Press.

crecimiento de las economías y en dar soporte a las economías en crisis, coadyuvando a la liberalización del capital en las economías en desarrollo, emergentes o en transición.

Con el advenimiento de la década del 50 y 60 del siglo XX, se dieron múltiples nacionalizaciones alrededor del mundo, tal como sucedió en Irán con los activos británicos relacionados con la industria del petróleo de 1951, así como las expropiaciones que se dieron en Libia en 1955 y las nacionalizaciones en Cuba a partir de 1959. A la par, se materializó el desarrollo de lo que se llamó derecho de la integración, que posteriormente en la década de los 80 se consolidaría con el regionalismo⁷⁰, el cual funcionó como antesala de lo que sería la creación de la OMC en la década de los 90, que tuvo como antecedente al GATT, como ya se dijo, pretendía establecer políticas comerciales claras, favorables al establecimiento del libre mercado.

2.2.8 EL NUEVO ESCENARIO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En el escenario de posguerra, la sociedad internacional se caracterizaba por componerse de forma consentida y voluntaria, por lo que podemos encontrar en esta noción, la presencia de lo propugnado por Vitoria, quien se refirió al *ius gentium* romano como “*inter omnes gentes*”, siendo este un derecho entre gentes o naciones y no entre hombres, lo que para algunos muestra una pretensión universalista⁷¹, desde los mismos inicios del desarrollo teórico.

A su turno, el conflicto, es un comportamiento que se presenta en las diversas áreas sociales, alcanzando, desde luego, a la economía y la actividad comercial con los consiguientes efectos que este puede generar en el ámbito de los negocios. Por ello, se han adoptado diversos comportamientos frente a estas contingencias, que van desde ignorar la diferencia e incorporarla como un costo

⁷⁰ DYNEFORS – HALLBERG, Andreas. 2007. A Legal and Political View on Regional Trade Agreements in the GATT/WTO (Master Thesis, Göteborg University)

⁷¹ KENNEDY David. 1986. Primitive Legal Scholarship, 27 HARV. INT'L L.J. 1.

endógeno de la actividad negocial, hasta pedir el apoyo y protección al Estado de origen del inversor a través de una multiplicidad de herramientas⁷².

En referencia al tema abordado, el derecho ha girado alrededor de la regulación de tipo sustancial, así como de lo procesal. El aspecto sustancial ha discurrido en torno a la idea del derecho internacional público referente en concreto a la expropiación, así como a la compensación en perspectiva de derechos de propiedad. En tanto que el aspecto procesal ha girado alrededor del órgano que tiene la facultad para dirimir los conflictos⁷³.

En el ámbito internacional, en diversos momentos históricos han sido establecidos diferentes tribunales para resolver las disputas, a la par que se han creado comisiones con el mismo fin. En este aspecto siempre ha sido un elemento problemático la escogencia del derecho aplicable, así como del foro donde se ventilará la diferencia.

El foro clásico de resolución de conflictos en el derecho internacional es la Corte Internacional de Justicia, la que, en materias relacionadas con inversiones, solo tiene competencia en los casos en los cuales un Estado toma la decisión de exponer las reclamaciones de sus inversionistas en contra de otro Estado, lo que no se presenta de forma frecuente.⁷⁴

⁷² VAN HARTEN, Gustav. 2012. Arbitrator Behavior in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, 50 Osgoode Hall Law.Journal. 211, P. 213 – 214.

⁷³ WELSH, Nancy and SCHNEIDER, Andrea. 2013. The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration, 18 Harv. Negot. L. Rev. 71.

⁷⁴ La Corte Internacional de Justicia no es el foro típico para ventilar casos en los que, por la vía de una sentencia, se establezcan reparaciones monetarias por daños. La Corte solo ha decidido e impuesto condenas relacionadas con daños en pocos casos, entre estos (Dallo y el canal de Corfú). Por la estructura del sistema, las decisiones son dictadas a favor o en contra de los Estados, por tanto, serán estos los responsables o beneficiarios de una condena. El sistema de la Corte Internacional adolece de otro problema relacionado con la ejecución de la sentencia, por cuanto la misma depende de un elemento político que puede ser adaptado por los Estados, siendo el Consejo de Seguridad el que tiene competencia eventual para hacer ejecutar la sentencia.

2.2.9 EL SURGIMIENTO DEL DERECHO DE INVERSIONES.

En la misma senda de propender por la consecución de un tratado internacional de promoción de la inversión, que facilitara la resolución de las disputas, podemos mencionar diversos borradores, a saber, Convención Internacional de Protección Mutua de los Derechos de Propiedad en los Estados Extranjeros de 1957, la Convención en inversiones en el Extranjero de 1959, la Convención Sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por las afectaciones a los extranjeros de 1961 y la Convención de Protección a la Propiedad Extranjera de la OECD de 1962.⁷⁵

En los proyectos de instrumentos referidos, el derecho de inversiones y la resolución de sus conflictos se caracterizaba por:

1. El tratado de inversión soportaba el acuerdo de arbitraje y permitía demandar al Estado.
2. Se identificaba el derecho aplicable, así como las reglas institucionales aplicables al procedimiento.
3. Se hacía mención a la ejecución de la decisión⁷⁶.
4. Se consideraba que la resolución que ponía fin al trámite era definitiva.

⁷⁵ SCHWARZENBERGER, Georg. 1969. Foreign Investments and International law. London: Stevens. Este Proyecto de Código, corresponde a una versión modificada del proyecto Abs, proyecto que se paulatinamente se fue desdibujando, debido al poco apoyo de los Estados parte de la Organización.

⁷⁶ El cumplimiento de las decisiones no se presenta de la misma manera en todos los litigios. Argentina es un caso paradigmático dentro del derecho de inversiones, si se tiene en cuenta la multiplicidad de casos iniciados a partir de la crisis de 2001. Teniendo en cuenta la negativa a cumplir con las sentencias, Estados Unidos decidió suspender las preferencias tarifarias concedidas dentro del programa de sistema generalizado de preferencias, lo que forzó a Argentina a dar cumplimiento a las sentencias a partir de 2013.

Tal como lo referimos en precedencia, típicamente las diferencias que se generaban con inversores extranjeros eran resueltas a través de reclamaciones que se presentaban ante el Estado receptor de la inversión,⁷⁷ en muchos casos, por reclamaciones formuladas directamente por parte del Estado de origen del inversionista, el cual planteaba un arbitraje en contra del Estado receptor de la inversión.

2.2.9.1 EL REGRESO AL ORIGEN – REPLICANDO A JAY

Como se señaló, a lo largo del siglo XIX, se desarrollaron diversos tratados de amistad, comercio y navegación, basados preponderantemente en el tratado modelo de los Estados Unidos, adoptado por el congreso de la Unión en septiembre de 1776 y que fue replicado como modelo en diversos lugares a lo largo del siglo XIX, sin que surgiera en el panorama ninguna modificación sustancial a los lineamientos inicialmente desarrollados.

2.2.9.2 TRATADO ALEMANIA – PAKISTÁN

El panorama descrito cambió sustancialmente, a partir del tratado celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959⁷⁸, el que puede ser considerado como el primero de este género, a pesar de haberse dado diversos desarrollos teóricos previos, como se pondrá de presente más adelante⁷⁹. Alemania, buscando revertir los nefastos efectos que la derrota de la guerra había producido en todas sus esferas sociales

⁷⁷ BAKER, James and YODER, Lois. 1989. ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs, 5 Ohio St. J. on Disp. Resol. 75, 91.

⁷⁸ BROWN, Chester. 2015. International Investment Agreements – History, Approaches, Schools. The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: History, Economics and Politics. In Bungenberg, Marc, Griebel, Jörn, Hobe, Stephan and Reinisch, August (eds). International Investment Law. Baden – Baden: C.H Beck, Hart, Nomos.

⁷⁹ Algunos doctrinantes consideran el tratado Germano Sovietico de 1921, como el primero que permitió la resolución de las disputas derivadas de las relaciones que en ese momento se consideraban comerciales por la vía del arbitraje. NUSSBAUM, Arthur. 1942. Treaties on Commercial Arbitration: A test of international Private Law Legislation. Harvard Law Review. 219, 220. A su turno, otra parte de la doctrina considera que el desarrollo del derecho de inversiones se dio a partir de los tratados de amistad, comercio y navegación, desarrollados por los Estados Unidos de América entre 1946 y 1966. VANDEVELDE. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States, 21 Cornell INT'L. L.J 201 (1988)

y buscando una sólida reactivación, implementó estos mecanismos para atraer el arribo de inversionistas.

Esta clase de tratados se diferenciaban sustancialmente de los implementados en el siglo XIX, por cuanto, aún cuando no definían expresamente el término inversión, si se ocupaban de hacer mención directa de las clases de inversión que podían presentarse, como sucedía con los inversionistas que llevaban capital de un Estado a otro, con el ánimo de obtener una utilidad. A su turno, los Estados parte se obligaban a admitir inversiones de capital efectuadas por personas naturales o jurídicas, así como a promover estas inversiones, a través de la seguridad, además de obligarse a garantizar los permisos correspondientes, la posibilidad de transferir libremente las ganancias de este capital e imponiendo la obligación de no discriminar, de pagar una compensación justa en caso de una expropiación. A su vez se propendía por el intercambio y la cooperación científica y tecnológica, en tanto se reconocía de forma directa una serie de derechos en favor de los inversionistas, incluido el trato nacional, el de nación más favorecida, así como el trato imparcial y equitativo en el arbitraje⁸⁰.

El tratado de inversión entre Alemania y Pakistán, al que venimos haciendo referencia, permitía que las controversias entre los Estados se resolvieran acudiendo al arbitraje internacional o bien en el ámbito de la Corte Internacional de Justicia, en los casos en los que la disputa giraba en torno a la interpretación o aplicación de un tratado, sin embargo, debe resaltarse que no se concedían herramientas procesales a los inversionistas extranjeros para demandar directamente al Estado receptor de la inversión, por las violaciones a las provisiones del tratado⁸¹. Se hace evidente entonces que, en el aspecto procesal,

⁸⁰ Treaty for the promotion and protection of investments (with protocol and exchanges notes) Germany – Pakistan Nov 25 1959.

⁸¹ Artículo 11 del tratado: “ (1) In the event of disputes as to the interpretation or application of the present Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship.

(2) If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted

(a) To the International Court of Justice if both Parties so agree or

(b) If they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party.

las cosas se mantuvieron inalteradas con respecto a las provisiones que sobre la materia habían sido fijadas desde los tratados de amistad, comercio y navegación, por tanto, el desarrollo se dio mayoritariamente en la parte sustancial.

2.2.9.3 PROLIFERACIÓN INICIAL DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

A partir de la ejecución de este primer tratado, diversos Estados decidieron desarrollar programas similares, tal como ocurrió con Francia y Suiza en 1960, Holanda en 1963, Italia en 1964, la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo en 1964, Suecia y Dinamarca en 1965, Noruega en 1966, Reino Unido en 1975, Austria en 1976, Japón en 1977 y los Estados Unidos de América en 1977, no obstante, el primer tratado bilateral de inversión que incorporó la posibilidad de arbitraje de Estado e inversor fue el de Holanda e Indonesia de 1968⁸², con lo que la protección diplomática, a partir de ese momento, entró en un continuo declive.

(3)

(a) The tribunal referred to in paragraph (2) (b) above shall be formed in respect of each specific case and it shall consist of three arbitrators. Each Party shall appoint one arbitrator and the two members so appointed shall appoint a chairman who shall be a national of a third country. paragraph (2) (b) above shall be formed in respect of each specific case and it shall consist of three arbitrators. Each Party shall appoint one arbitrator and the two members so appointed shall appoint a chairman who shall be a national of a third country.

(b) Each Party shall appoint its arbitrator within two months after a request to this effect has been made by either Party. If either Party fails to comply with this obligation the arbitrator shall be appointed upon the request of the other Party by the President of the International Court of Justice.

(c) If within one month from the date of their appointment the arbitrators are unable to agree on the chairman of the arbitration tribunal such chairman shall upon the request of either Party be appointed by the President of the International Court of Justice.

(d) If the President of the International Court of Justice is prevented from acting upon a request under sub-paragraph (b) or sub-paragraph (c) of the present paragraph or if the President is a national of either Party the Vice-President shall make the appointment. If the Vice-President is prevented or if he is a national of either Party the appointment shall be made by the seniormost member of the International Court of Justice who is not a national of either Party.

(e) Unless the Parties otherwise decide, the arbitration tribunal shall determine its own rules of procedure.

(f) The arbitration tribunal shall take its decisions by a majority of votes. Such decisions shall be binding upon the Parties and shall be carried out by them."

⁸² Agreement on Economic Cooperation, NETHERLANDS and INDONESIA, July 7 1968. Article 11: "The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment, shall assent to any demand on the part of such national and any such national shall comply with any request of the former Contracting Party, to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention of Washington of March 18, 1965, any dispute that may arise in connection with the investment."

En este nuevo escenario, los conflictos entre los Estados soberanos fueron evitados y los conflictos con los inversores fueron despolitizados⁸³. A su vez, el tratado entre Chad e Italia de 1969⁸⁴, abrió una nueva senda en el derecho de inversiones, al establecer con una mayor claridad y precisión que el antecesor que acabamos de mencionar, la posibilidad para los inversionistas, de acudir directamente al arbitraje internacional, para reclamar en contra del Estado anfitrión, por las violaciones a las disposiciones del instrumento internacional.

Sin lugar a duda, el desarrollo de estos modernos instrumentos, denotan el paso de una visión dominada por la incertidumbre propia del poder político y la violencia, a los mecanismos de solución de disputas, con lo que, entre otras, se propició el establecimiento de escenarios en los que se perseguía hacer prevalecer la neutralidad, la imparcialidad, la previsibilidad en la resolución de conflictos, así como la toma de decisiones basados en criterios netamente técnicos.

De esta forma, se evidencia la aparición de un esquema en el que los inversionistas se movían en dos posibles entornos, de una parte, expuestos a la hostilidad del Estado receptor, caso en el que necesariamente había una apertura a absorber pérdidas, así como una propensión a negociar directamente las situaciones con el Estado receptor de la inversión o de gestionar frente a su propio Estado de origen, salidas diplomáticas con el Estado receptor de la inversión, en tanto que, de otra parte, se abría la posibilidad de establecer derechos claros frente al Estado receptor de la inversión y de hacer exigible las obligaciones

⁸³ Republic of Ecuador v. United States of America, Expert Opinion on the Construction of Art. VII of Prof. Christian Tomuschat, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-5, April 24, 2012, para 32: “[...] The BIT aims to depoliticize investment disputes by pushing the home State of the investor back to the sidelines. [...]”

⁸⁴ Treaty for the promotion and protection of investments of capital. Chad – Italy June 11 1969. Article 7: “Any investment dispute subject to this Agreement, which would be between a Contracting State (or any institution or organization dependent or controlled by the same State) and physical or juridical person having the nationality of another State, shall be subject to the jurisdiction of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, Washington under the Convention of 18 March 1965. Any dispute or any dispute between the two States concerning the interpretation or application of the present Agreement, shall be settled through diplomatic channels.”

pactadas, por la vía del sistema de resolución de conflictos que hubiese sido acordado.

Sin lugar a dudas, el apareamiento de este nuevo sistema, que incluía la existencia del arbitraje entre el inversionista y el Estado, marcó un punto de inflexión en el derecho internacional de inversiones, al permitir al inversionista reclamar directamente al Estado receptor de la inversión, sin necesidad de acudir a su Estado de origen a través de la protección diplomática, sin embargo, es preciso resaltar la resistencia que en un principio generó la concreción de estas herramientas procesales, por cuanto los conceptos clásicos del derecho internacional se mantenían aún vigentes de forma monolítica, como se aprecia con la soberanía estatal, al interior de la Corte Internacional de Justicia en el caso Corfú⁸⁵, siguiendo la opinión separada del juez Alejandro Álvarez, en el que se señaló:

“By state sovereignty, we understand the whole body of rights and attributes which a State possesses in its territory, to the exclusion of all other States, and also in its relations with other States. Sovereignty confers upon States and imposes obligations on them”

2.2.9.4 ESBOZOS DE UNIFORMIDAD EN LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Teniendo como fondo la concreción de los primeros tratados de inversión en los que se establecía el arbitraje entre el inversionista y el Estado y en aras de facilitar la resolución a través del arbitraje, de las disputas referentes a la inversión, en el seno del Banco Mundial se abrió paso una discusión que dejaba de lado el aspecto sustancial del derecho de inversiones y lo que de él se derivaba y que se centraba fundamentalmente en lo procesal, persiguiendo la creación de un mecanismo universal, que estableciera unas reglas uniformes para resolver los

⁸⁵ ICJ, The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Opinión separada de Alejandro Alvarez, Abril 9 1949, ICJ Reports 1949, pp. 39-48 (p. 42).

litigios surgidos entre el inversionista y el Estado. Es de resaltar que la International Law Association, desde 1948, de forma reiterada propugnaba por la adopción de un sistema de protección a la inversión, que pudiera tener a la Corte Permanente de Arbitraje, como el foro natural en el que se dirimieran las controversias relativas a la inversión.⁸⁶

El Banco Mundial se involucró decisivamente en sacar adelante el proyecto de convención internacional en el que se establecieran los aspectos procesales para resolver las controversias entre el inversor y el Estado. El Departamento Legal del Banco, elaboró un primer borrador a ser discutido con los directores ejecutivos, no obstante, al interior del propio banco había diferencias, en torno al trámite que debía dársele para su adopción, de una parte, se consideraba que debía surtir un trámite a nivel diplomático, en tanto que otros consideraban innecesario involucrar la política de alto nivel en este aspecto, finalmente se optó por realizar, junto con el apoyo de las Naciones Unidas, rondas consultivas en distintas partes del mundo, en las que se intercambiarían las visiones correspondientes. En estas rondas intervinieron expertos de 86 países⁸⁷. Finalmente, y gracias a la presión ejercida por Francia y Gran Bretaña a sus excolonias, se lograron los votos requeridos para aprobar la convención en marzo 18 de 1965, la cual entró en vigor en octubre 14 de 1966.

Desde el interior del CIADI se buscó la expansión de la convención, con la inclusión directa de la misma por medio de cláusulas contractuales, a partir de un

⁸⁶ Aron Broches, con el lugar que ocupaba dentro del Banco Mundial, impulsó decisivamente la elaboración de un borrador de convención al interior del Banco, a la par que se adelantaron cuatro conferencias consultivas en diversas partes del mundo, entre diciembre de 1963 y mayo de 1964, en las que intervinieron representantes de 86 países. TOYE, John. and TOYE Richard. 2004. *The UN and Global Political Economy. Trade, Finance and Development*. Bloomington: Indiana University Press.

⁸⁷ Un grupo de 21 países, en su mayoría latinoamericanos, liderados por el Vicepresidente del Banco Central de Chile, Felix Ruiz, quien actuaba como gobernador de su país ante el Banco Mundial, expresaron en la ronda de Tokyo, de septiembre 7 al 11 de 1964, su oposición a establecer una convención para dirimir las disputas entre el inversionista y el Estado, al considerar que se desconocía la soberanía del Estado, al permitir que extranjeros planterarn demandas en contra de éste. Esta postura fue conocida como el No de Tokyo.

modelo elaborado por su propia secretaría en 1969, buscando contribuir de forma decisiva al desarrollo y posicionamiento del arbitraje de inversión⁸⁸

La discusión en el ámbito internacional se dio en torno a considerar que una de las vías para dirimir los conflictos relativos a la inversión era la vía habilitada por el derecho nacional del Estado receptor⁸⁹, el cual dependería de los términos del acuerdo al que hubiese llegado el inversionista y el Estado receptor de la inversión, dando paso a escoger el foro, entre uno propio del litigio internacional o las cortes nacionales para tener jurisdicción sobre el conflicto, que debía resolverse con base en el derecho nacional⁹⁰, en un escenario completamente local.

Con el impulso del Banco Mundial, a través del modelo elaborado para tal fin, se propagaron los tratados de inversión, que se caracterizaban por ser coincidentes en establecer:

1. La garantía de dirimir los conflictos con base en disposiciones legales.
2. Ausencia de elementos políticos que distorsionen el procedimiento para resolver la controversia.

⁸⁸ El primer tratado de inversión que adoptaba al CIADI, como foro para dirimir las controversias, a partir de la cláusula modelo, fue el de Holanda e Indonesia de 1968, posteriormente aparecería en el tratado Chad e Italia de 1969, y en el tratado entre Bélgica e Indonesia de 1970, así como en el de Francia y Tunes de 1972. Por su parte, Holanda adoptó la cláusula en su modelo de tratado de inversión de 1979.

⁸⁹ NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, Luis. 2009. *Law and Practice of International Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Hague: Kluwer International Law; GUZMAN, Andrew. 1998. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, 38 *Va. J. Int'l L.* 639, 641; FORTIER, Yves and DRYMER, Stephen. 2005. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor, 13 *Asia Pac. L. Rev.* pags 79, 81; PORTERFIELD, Matthew C. 2005. State Practice and the (Purported) Obligation Under Customary International Law to Provide Compensation for Regulatory Expropriations, 37 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 159, 171–72.

⁹⁰ STEINITZ, Maya and GOWDER, Paul. 2016. Transnational Litigation as a Prisoner's Dilemma, 594 *N.C. L. Rev.* 751, 751, 753; DODGE, William S. and DODSON, Scott. 2018. Personal Jurisdiction and Aliens, 116 *Mich. L. Rev.* 1205, 1125.

3. La posibilidad para el inversionista de hacer una proyección de costo beneficio frente al escenario litigioso.
4. La neutralidad del foro, así como la especialidad de los árbitros que van a resolver el litigio.

2.2.9.5 LOS CUESTIONAMIENTOS AL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL

A pesar de los avances alcanzados en el derecho de inversiones, la década del 70 del siglo XX, fue una época álgida en lo que a cuestiones económicas se refiere. Los países en desarrollo presionaron fuertemente en los escenarios internacionales para lograr el establecimiento de un nuevo orden económico, a la par que rechazaban los estándares mínimos que se imponían a los Estados receptores de las inversiones, según lo establecido por el derecho internacional consuetudinario, incluso, alegaban las múltiples falencias de las que adolecía. Gracias a la presión ejercida de forma conjunta por estos países, se obtuvo en el seno de la Asamblea de las Naciones Unidas, la declaración del Nuevo Orden Económico, adoptada por medio de la resolución 3281 de 1974, que en su artículo 2 postula que cada Estado tiene derecho a:

“(C) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios.”

Esta reacción se originó en parte, debido a la frustración con respecto a la amplia visión que se planteó en la conferencia de Bretton Woods, en lo concerniente a la riqueza y la prosperidad, teniendo en cuenta que las herramientas no se desarrollaron con la prontitud esperada por los creadores,⁹¹ por lo que se truncaron las expectativas, al no haberse cumplido con los objetivos, tal como se denota en lo sucedido con la Organización Internacional del Comercio, con excepción del GATT, que jugó un papel muy discreto hasta 1994, circunscrito exclusivamente a lo referente a compensaciones comerciales, y control de exportaciones particularmente, sin abordar otras áreas específicas, por lo que no contribuyó en el desarrollo del comercio internacional, para el que fue establecido, situación que ha cambiado paulatinamente, con la puesta en marcha de la Organización Mundial del Comercio (OMC), desde donde se han profundizado los esfuerzos en la búsqueda de ordenar el sistema del comercio internacional, en aras de propiciar la dinámica económica a nivel internacional.

2.2.9.6 LA LIBERALIZACIÓN MONETARIA

Desaparecido el sistema monetario concebido en Bretton Woods, los mercados financieros se aceleraron dramáticamente debido al proceso de liberalización, internacionalización y globalización puesto en marcha y que se apalancó en los considerables desarrollos tecnológicos ocurridos a finales de los sesenta y en la década del setenta.⁹²

Con la crisis económica de la deuda de algunos países, surgida en la década de 1980, el Banco Mundial centró su atención en diversos proyectos para revertir este estado de crisis, los cuales, en muchos casos, produjeron el efecto contrario al deseado y terminaron afectando severamente las economías donde fueron puestos en práctica, antes que producir algún tipo de beneficio. Esta situación obligó al Banco a reorientar sus actividades y a enfocarse en dar asistencia a los

⁹¹ HELLEINER, Eric. 2014. *Forgotten Foundations of Bretton Woods: International Development and the Making of the Postwar Order*. New York. Ithaca: Cornell University Press.

⁹² CHENG, Chia – Jui. 2016. *A new International Legal Order*. Leiden: Brill.

sectores privados por medio de la antigua Corporación Financiera Internacional (IFC) y con la creación de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (Miga), que datan de 1956 y 1988 respectivamente. A la par, la liberalización monetaria propició la realización de inversiones en distintas partes del mundo y facilitó la realización de una multiplicidad de negocios imposibles de realizar hasta ese momento o con unos márgenes de utilidad muy bajos, debido a las restricciones previas.

2.2.9.7 LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XX

En el aspecto procesal, los tratados que se celebraban permitían la resolución de las disputas en torno a derechos reconocidos, incluido el derecho mismo de ventilar las controversias por la vía del arbitraje, de tal forma que, cumpliendo con lo pactado, las reglas procesales permitían que las partes escogieran a los árbitros de forma directa o a través de una institución. La posibilidad de ventilar las diferencias en un escenario internacional se posicionaba como una forma óptima de gestionar los conflictos, ajena a las distorsiones propias de los trámites que deben adelantarse ante las cortes nacionales, con el correspondiente riesgo que ello implicaba, por el ejercicio del poder soberano del Estado o la inmunidad que le es propia, dándole a las partes, que acudían a este nuevo sistema, una garantía de imparcialidad, lo que contribuyó en el posicionamiento del arbitraje de inversión como herramienta de resolución de disputas.⁹³

En la etapa final del siglo XX, con la conclusión de la guerra fría, se hizo evidente la necesidad de un cambio en las relaciones internacionales, por cuanto, al emerger un mundo multipolar, se hizo plausible la imperiosa necesidad de basar el sistema internacional en principios, normas y reglas, así como en procedimientos claros y transparentes de construcción de las decisiones. El institucionalismo fue

⁹³ BLYTHE, Stephen E. 2013. The Advantages of Investor-State Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in International Law, 47 Int'l Law. 273, 274–79.

la vía para conseguir estos fines, entre ellos, la reorganización del derecho internacional⁹⁴.

A su turno, el sistema financiero internacional se vio seriamente afectado en la década del 90 por la crisis mexicana, rusa y asiática, por lo que el FMI, el Banco Mundial y la recién creada OMC evidenciaron la necesidad de mejorar la configuración de este sistema, para evitar los colapsos repentinos que subsiguen al inicio de una crisis económica⁹⁵, así como las afectaciones que las mismas producen en las inversiones, con las consiguientes repercusiones en el derecho de inversión.

Producto de las crisis de finales de la década de 1990 a las que venimos haciendo referencia, al interior del G-7 se buscó una estrategia para dar estabilidad, tomando como experiencia los casos de las crisis recién concluidas, en la búsqueda de encontrar un sólido sistema con capacidad de reponerse rápidamente a las dificultades. Gracias a estas deliberaciones se concluyó que el nuevo sistema económico internacional debía ser puesto en funcionamiento por el Banco Mundial, así como los diversos bancos regionales⁹⁶ y que debía caracterizarse por⁹⁷ contar con un entramado institucional necesario y suficiente, que propiciara el funcionamiento ordenado del mercado, además de requerirse la labor disciplinada de todos los intermediarios en el sistema económico internacional, en tanto que debían ponerse en funcionamiento una serie de órganos regulatorios y de supervisión a efectos de mantener la disciplina del mercado.

⁹⁴ ORFEO, Fioretos. 2017. "Institutions and time in international relations" In *International Politics and Institutions in Time*. Oxford: Oxford University Press.

⁹⁵ PIERSON, Paul. 2004. *Politics in Time: History, Institutions and Social Analysis*. Princeton: Princeton University Press.

⁹⁶ OLIVER, Robert. 1995. *George Woods and the World Bank*. London: Lynne Rienner.

⁹⁷ RIXEN, Thomas, LORA Anne Viola, and ZÜRN Michael (Eds). 2016. *Historical Institutionalism and International Relations: Explaining Institutional Development in World Politics*. Oxford: Oxford University Press.

En este marco de gobernanza global, al que hemos venido haciendo referencia, convergen el derecho internacional y las relaciones internacionales, junto a la economía internacional, como una expresión clara de la interdependencia que vivimos en esta época⁹⁸ la que se caracteriza por la progresiva liberalización del capital y del sistema financiero internacional, que dista de lo planteado en Bretton Woods, con un flujo de capitales en el que cada vez intervienen menos intermediarios, lo que aunado al desarrollo tecnológico permite la interacción en tiempo real entre el sistema financiero y el mercado, así como la aparición de nuevos productos financieros que permiten la expansión del capital a nivel mundial, debido a que el proceso de decisión en los mercados internacionales no se encuentra centralizado.

La expansión económica producida a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha estado soportada en la exportación de capital en una multiplicidad de direcciones, debido a que, de una parte, los inversionistas buscan bajos costos, a la par que persiguen la maximización de sus ganancias y, por tanto, intentan que las inversiones se den en Estados en los que se generan incentivos, así como estructuras regulatorias que facilitan la creación de riqueza⁹⁹, por lo que la ampliación de la economía se ha generado debido a la globalización y la consiguiente caída de fronteras en el ámbito comercial, lo que ha facilitado el surgimiento de nuevos mercados, vinculados a diversas actividades en una multiplicidad de lugares¹⁰⁰ que han contribuido a la dinámica del derecho de inversión, atendiendo a que el comercio como actividad propia de las sociedades, ha estado aparejado del desarrollo legal, por cuanto el derecho ha sido la herramienta que facilita el aseguramiento de la creación de riqueza y la concreción y materialización de los derechos alcanzados¹⁰¹. Desde esta perspectiva, el

⁹⁸ CRONIN, Bruce and HURD, Ian (eds). 2008. *The UN Security Council and the Politics of International Authority* New York. Routledge. P. 80–104

⁹⁹ ÁLVAREZ, José. 2011. *The return of the State*, 20 *Minn. J. int'l L* 223.

¹⁰⁰ WEAVER, Mark. 2014. *The proposed transatlantic trade and investment Partnership. (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation and future trade implications*, 29 *Emory int'l. Rev* 225, 226.

¹⁰¹ MCARTHUR, Kathleen and ORMACHEA, Pablo. 2009. *International Investor-State Arbitration: An Empirical Analysis of ICSID Decisions on Jurisdiction*, 28 *Rev. Lit.* 559.

derecho de inversiones podría ser justificado a partir de tres teorías diferentes, con un enfoque particular:

1. Las inversiones son realizadas fundamentalmente por sujetos que buscan rentas a bajos costos en tanto amplían sus márgenes de utilidad en el negocio. En una economía donde se compite por el capital, las inversiones ocurren en los Estados que generan incentivos y esquemas regulatorios que maximizan los retornos de la inversión, facilitando el uso de los recursos naturales renovables y no renovables, el capital humano y donde exista la infraestructura para facilitar la actividad comercial¹⁰².
2. Las inversiones permiten la apertura y puesta en marcha de nuevos mercados vinculados a ideas novedosas y que propician el ensanchamiento de la economía¹⁰³.
3. Por último, las inversiones y el sistema jurídico que se desarrolla en torno a su protección, reflejan la importancia de los derechos de propiedad en el desarrollo económico¹⁰⁴.

¹⁰² AGMON, Tamir and MESSICA, Avi. 2009. Financial Foreign Direct Investment: The Role of Private Equity Investments in the Globalization of Firms from Emerging Markets, 49 *Mgmt. Int'l* 5; BLOMSTRÖM, Magnus and KOKKO Ari, 1998. Multinational Corporations and Spillovers, 12 *J. Econ. Surveys* 247; GORG, Holger and GREENWAY, David. 2004. Much Ado About Nothing? Do Domestic Firms Really Benefit from Foreign Direct Investment? *World Bank Research Observer* 19, 171 – 186; Liu, Kelly, 2012. Regional Determinants of Foreign Direct Investment in Manufacturing Industry, 4 *Int'l J. Econ. & Fin.* 178; MOUDATSOU Argiro and KYRKILLIS, Dimitrios. 2011. FDI and Economic Growth: Causality for the EU and ASEAN, 26 *J. Econ. Integration* 544; PAPANASTASSIOU, Mariana. 2009. Foreign Direct Investment and Small Countries, 49 *Mgmt. Int'l* 5.

¹⁰³ JENSEN, Nathan M. 2006. *Nation-States and the Multinational Corporations: A Political Economy of Foreign Direct Investment*. Princeton. Princeton University Press; BIGLAISER, Glen and STAATS, Joseph. 2010. Do Political Institutions Affect Foreign Direct Investment? A Survey of U.S. Corporations in Latin America, 63 *Pol. Research Q.* 508; BUTHE, Tim and MINER, Helen V. 2008. The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI Through International Trade Agreements? 52 *Am. J. Pol. Sci.* 741; LI, Quan. 2006. Democracy, Autocracy, and Tax Incentives to Foreign Investors: A Cross-national Analysis, 68 *J. Pol.* 62.

¹⁰⁴ FRANCK, Susan D. 2007. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law, 19 *McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* 337, 338–40; YACKEE, Jason W. 2010. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Investment: Hints from Alternative Evidence, 51 *Va. J. Int'l L.* 397.

2.2.9.8 LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DE INVERSIÓN

Para 1990, se habían celebrado 300 tratados de inversión, los que se incrementaron considerablemente ante el desmoronamiento del campo socialista, llegando en la actualidad a más de 3.300 tratados de inversión¹⁰⁵, sin lugar a dudas, un fenómeno moderno del derecho internacional. Como se ha hecho referencia, los tratados brindan derechos y garantías en el aspecto sustancial y procesal a los inversores extranjeros de los Estados celebrantes.

Los Tratados bilaterales de protección a la inversión, se han ido adaptando de acuerdo a los cambios surgidos en el entorno económico y del derecho internacional, por tanto, han sufrido diversas modificaciones hasta permitir a las partes, entre otras, escoger si resuelven su controversia ante un tribunal ad hoc regido por las normas CNUDMI, o un tribunal institucional como el que funciona en el CIADI¹⁰⁶. Consecuentemente con la elección, las reglas escogidas serán las que regirán dentro del conflicto, a la sazón de un código de procedimiento, para cada una de las fases, sujeto a los ajustes que las partes efectúen¹⁰⁷.

Como se aprecia, está tipo de atribuciones reconocidas a las partes para dirimir sus controversias, podría considerarse en principio, como una conjunción del derecho internacional público y privado. Del derecho internacional privado han sido tomados los derechos de propiedad individual, las reglamentaciones derivadas de la actividad comercial y la defensa de los derechos por medio de la actividad legal – litigiosa, así como la valoración y estimación de daños y perjuicios. En tanto que del derecho internacional público toma los criterios propios

¹⁰⁵ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. Fecha de consulta julio 30 de 2022.

¹⁰⁶ YACKEE, Jason W. 2008. Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment and the Rule of (International) Law, 42 Law & Soc'y Rev. 805

¹⁰⁷ GIORGETTI, Chiara. 2013. Who Decides in International Investment Arbitration, 35 U. Penn. J. Int'l L. 431.

de la responsabilidad del Estado, los aspectos regulatorios y su esquema propio de instrumentos internacionales en la delimitación del sistema¹⁰⁸.

Aún cuando el escenario típico de resolución de conflictos a nivel internacional es la Corte Internacional de Justicia, foro donde incluso pueden ventilarse los conflictos relacionados con la inversión, en perspectiva de derecho internacional, únicamente en los casos en los que los Estados tienen la decisión política de dirimir tales conflictos en este foro, se aprecia un alto grado de dificultad si se tiene en cuenta que debe transformarse una disputa referente a la inversión, en una propia del derecho internacional público, lo que puede terminar produciendo tensiones a nivel político, no controlables por la vía de la diplomacia, por tanto, aún cuando es un foro posible, no es el óptimo para dirimir este tipo de conflictos si se tiene en cuenta que:

1. En el ámbito de la Corte Internacional de Justicia no es frecuente que se tasen e impongan condenas por daños, teniendo en cuenta que a lo largo de su historia han sido pocas las decisiones que se han proferido en dicho sentido¹⁰⁹
2. Luego de proferirse la decisión en derecho, la ejecución de la misma queda sometida a la voluntad de los Estados parte del conflicto, pasando entonces del escenario jurídico al escenario político, ajeno al derecho de inversiones, en el que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede intervenir para forzar su cumplimiento, en consecuencia, el elemento político prevalece sobre el elemento jurídico.

¹⁰⁸ ÁLVAREZ, Jose E. 2011. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

¹⁰⁹ ICJ, *The Corfu Channel Case*, sentencia de abril 9, 1949, ICJ Reports 1949, pp. 39-48; *Guinea v. Democratic Republic of Congo. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Judgement*, December 19. 2005 I.C.J Reports 2005, p. 168; *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, preliminary Objections*, May 24, 2007, ICJ Reports 2007, pp. 582-618; (*United Kingdom v. Albania*). A su vez, el caso *Barcelona Traction, Light & Power Co. Ltd. (Belgium. v. Spain)*, Decision, february 5 1970 I.C.J. and *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, I.C.J Judgment July 20 1989., Reports 1989, P 15

3. En los casos en los que se profiere la sentencia, será el Estado vencedor del proceso, el beneficiario de la condena, mas no el inversor directamente afectado¹¹⁰

Ahora bien, el arbitraje de inversión, el que es mucho más reciente que el arbitraje comercial internacional, aunque tiene algunos elementos en común, como sucede en lo referente a la selección de los árbitros por las partes o por las instituciones a las que se les ha confiado el procedimiento, así como la adopción de una decisión definitiva y obligatoria, tiene sus propias particularidades. A la vez, ha estado sometido a unos intensos debates¹¹¹ en los últimos años y se han desarrollado múltiples propuestas, buscando reformarlo, varias de ellas relacionadas con la transparencia¹¹².

2.3 EL SISTEMA DE FUENTES Y EL DERECHO DE INVERSIÓN

Desde una visión clásica, las fuentes del derecho desde la perspectiva internacional se vinculan al análisis formal que de ellos se puede hacer. Para ello, se acude al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que señala como tales, a los tratados, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más importantes, sin embargo, en su aspecto práctico, la situación no es tan clara, máxime si se tiene en consideración, la forma como los distintos tribunales que han dirimido los conflictos en materia de inversión, han realizado el abordaje de la cuestión.

¹¹⁰ STEINITZ, Maya and GOWDER, Paul. 2016. Transnational Litigation as a Prisoner's Dilemma, 594 N.C. L. Rev. 751, 751, 753; DODGE, William S. and Dodson, Scott. 2018. Personal Jurisdiction and Aliens, 116 Mich. L. Rev. 1205, 1125.

¹¹¹ BOSMAN, Lise. (ed.) 2020 ICCA International Handbook on Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer International.

¹¹² Grupo de trabajo III de la CNUDMI, proyecto de corte multilateral de inversión, reforma a las reglas CIADI, así como a las reglas de arbitraje de CCI vigentes estas últimas desde enero 1 de 2021.

En términos lógicos, las fuentes formales corresponden a todas aquellas que enuncian normas en determinada manera y que por tanto están sujetas a ciertas condiciones tanto formales, como sustanciales de validez, consistiendo en un acto formal. Debe recabarse que en materia de inversión, el tema no es pacífico, debido a la interacción que se presenta entre el derecho nacional y el internacional, además del especial papel que juegan los contratos dentro del derecho de inversiones, por lo que, la claridad del esquema planteado en precedencia se diluye, máxime si se tiene en consideración, como un elemento adicional, las disposiciones del “soft law” que, aún cuando formalmente se encuentran excluidas del sistema de fuentes, son tenidas en consideración por los tribunales al momento de adoptar las decisiones correspondientes, a la vez que son usadas de forma recurrente por las partes en disputas, para apoyar la argumentación expuesta.

A su turno, la cuestión no es pacífica en el ámbito internacional, por cuanto si se aborda el tema de las fuentes, desde una perspectiva permeada por el arbitraje comercial internacional, el análisis se hará desde el plano conflictual¹¹³ que caracteriza a los sistemas de resolución de diferencias y estará naturalmente marcado por el tratamiento que allí se le da a las fuentes, en tanto que si la aproximación al tema se hace desde la visión del derecho internacional, se tendrá en consideración la incidencia que el derecho internacional tiene sobre el derecho de inversiones, antes que el aspecto específico y restringido de los tratados de inversión¹¹⁴, por tanto, la aplicación derivada de la interpretación será diferente en este caso.

¹¹³ ROBERTS, Anthea. 2013. “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the investment Treaty System” *American Journal of International Law* 107.

¹¹⁴ HIRSCH, Moshe. 2012. Sources of International Investment Law. in Bjourklund, Andrea and Reinisch A August. eds. *International Investment Law and Soft Law*. Cheltenham: Edward Elgar.

2.3.1 TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN

En aras de promover la protección de las inversiones, los Estados han celebrado una multiplicidad de tratados, que a la postre han terminado constituyendo un cuerpo que se aplica en lo que se denomina el derecho internacional de inversiones. El sistema que se crea con base en el entramado de tratados de inversión, busca una recíproca garantía y protección a sus ciudadanos y las inversiones que se efectúan en el territorio del Estado receptor¹¹⁵ y no constituye un cuerpo cerrado y completo, si se tiene en cuenta que hay disposiciones que emanan de otra clase de tratados y que inciden directamente en el área del derecho de inversiones¹¹⁶, siempre que no regulen el mismo aspecto, caso en el que deberá seguirse las reglas fijadas por las propias partes al interior del tratado¹¹⁷ o las reglas generales sobre el tema, *lex specialis*, *lex posteriori* y de prevalencia de la intención de los Estados parte, contenidas en los artículos 30 y 59 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.¹¹⁸, que define claramente la forma como debe procederse en el caso en el que sea evidente la colisión de disposiciones de los tratados o de éstas con la costumbre¹¹⁹, incluso en situaciones en las cuales uno de los Estados es parte de los dos tratados en conflicto, en tanto que el otro Estado es parte únicamente de uno.

¹¹⁵ SCHILL. Stephan W. 2011. Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach, in: Virginia Journal of International Law 2011, Vol. 52 No. 1, P. 57-102.

¹¹⁶ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic). Eastern Sugar v.s República Checa, SCC Caso No 088/2004, par 159 – 66, Laudo parcial Marzo 27 de 2007.

¹¹⁷ La práctica internacional ha incluido este tipo de cláusulas en los modelos de los tratados de inversión, de acuerdo con las provisiones desarrolladas por el modelo de Estados Unidos.

¹¹⁸ Dispone el artículo 30 (2) de la Convención de Viena: “ Cuando un tratado específico que está subordinado a un tratado anterior o posterior que no deba ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último”

¹¹⁹ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (También conocido como: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). En este caso, el tribunal debió resolver la cuestión relacionada con la prevalencia de una disposición incluida en el tratado bilateral entre Argentina y Estados Unidos, relacionada a los casos de emergencia y su prevalencia frente a lo dispuesto sobre la materia por el derecho consuetudinario internacional (Art 25 de la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional).

Las reglas recién referidas de la Convención de Viena, de forma específica, fijan una jerarquía interna de las fuentes, posicionando a los tratados y a la costumbre como las fuentes principales, en tanto que considera a los principios generales como fuentes complementarias, a la vez que determina las herramientas que permiten dirimir los casos en los que chocan las fuentes, procediendo de la forma como ya se describió.

Como se indicó en precedencia, desde finales del siglo XVIII, en aras de asegurar los derechos de los inversores por fuera de sus territorios de origen, se inició la celebración de los tratados de amistad, comercio y navegación, que buscaron propiciar la expansión económica y que en esencia, comparten elementos comunes con los tratados a los que estamos haciendo referencia, aún cuando estos últimos cuentan con unas disposiciones más desarrolladas en su nivel de detalle y precisión, que incorporan en muchos casos los ajustes propios basados en la experiencia.

Como ya lo mencionamos, típicamente se habla del tratado entre Alemania y Pakistán de 1959 como el fundacional de la época moderna en lo que respecta a los tratados de inversión, no obstante, el banquero alemán Hermann - Josef Abs¹²⁰ y el Secretario de Asuntos Legales Británico Lord Shawcross elaboraron el borrador de convención sobre la inversión en el extranjero de 1959, hecho en gran medida fundacional del derecho internacional de inversiones¹²¹, tal como lo conocemos en nuestra época, sin dejar de lado, el proyecto de código de la OECD

¹²⁰ Abs fue uno de los mayores conocedores de la práctica expropiatoria, al haber dirigido desde el Deutsche Bank, la expropiación de la riqueza judía en la época del nacionalsocialismo. JAMES Harold. 2001. *The Deutsche Bank and The Nazi Economic War against the Jews: The expropriation of Jewish – Owned Property* Cambridge: Cambridge University Press. Debido al reconocido papel que había desempeñado Abs en la maquinaria nazi de expoliación de la riqueza judía, el cual fue ampliamente publicitado en el Senado de los Estados Unidos en 1954, éste, debió mantener una prudente distancia de la negociación del BIT con Pakistán, lo que no impidió que fuera consultado de forma recurrente por los miembros de la diplomacia alemana.

¹²¹ DIEHL, Alexandra. 2008. *Tracing a Success Story or “The Baby Boom of BITs,”* in: Reinisch August and Knahr, Christina (eds.), *International Investment Law in Context*. Utrecht: Eleven International Publishing. P. 7-25.

de 1956, sin embargo, estos esbozos no se comparan con la celebración y entrada en vigencia en 1959 del tratado entre Alemania y Pakistán,¹²² que constituyó una evidente evolución en la materia,¹²³ tal como se señaló.

Los tratados bilaterales de inversión llevan implícito un remedio legal en contra de los actos ilícitos de los Estados¹²⁴ cometidos en contra de los inversionistas. En los casos en los que se presentan conflictos, se activa un mecanismo internacional que le confía a un órgano internacional (tribunal) la facultad de considerar los hechos y derechos implicados y pronunciarse de forma definitiva en un laudo que dirime la disputa. Así mismo, suelen ocuparse puntualmente de regular aspectos atinentes a la especialidad de las controversias sobre servicios financieros, la transparencia procesal y las medidas de ejecución del laudo, sin embargo, hay una multiplicidad de materias que se abordan en ellos, mayoritariamente relacionados con aspectos sustanciales¹²⁵.

Atendiendo a la reglamentación particular que se da con respecto a los servicios financieros, al estar sometidos a una especial vigilancia por parte de las autoridades estatales, se ha considerado que la cualificación de los árbitros que conocen del asunto debe ser superior a la normal y por ello debe estar plenamente

¹²² STERN, Brigitte. 2009. 'The contours of the notion of protection investment», 24 ICSID Review Foreign Investment Law Journal P. 534 – 543.

¹²³ En el periodo de negociación de este tratado se tuvieron en consideración muchos elementos antes de llegar a su versión final, En una primera etapa, se consideró la posibilidad de resolver las disputas surgidas con base en el tratado, acudiendo directamente a la Corte Internacional de Justicia. Incluso los alemanes, en un comienzo, se mantuvieron reacios a propender por la creación de un tribunal arbitral que específicamente se dedicara a dirimir las disputas referentes a la inversión, por cuanto, temían un alto riesgo de politización de esta clase de tribunales y por tanto un alejamiento de las cuestiones puramente jurídicas, máxime si se tiene en cuenta el especial momento histórico al que estamos haciendo referencia y la maltrecha posición que Alemania tenía en ese momento en el concierto internacional. POULSEN, Lauge. 2015. Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries Cambridge: Cambridge University Press.

¹²⁴ FEIT, Michael. 2010. Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity, 28 Berkeley J. Int'l L. P. 142–176.

¹²⁵ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio. 2019. Arbitraje Comercial y de Inversiones. Marco Normativo Paraguayo y Precedentes Jurisprudenciales. Ley Paraguaya sobre Contratos Internacionales y Arbitraje. Asunción: Intercontinental Editora.

acreditada su amplia trayectoria en la materia¹²⁶, lo que a su vez sucede con quienes están inmersos en el arbitraje de inversión, desde las firmas de abogados, así como los expertos que intervienen en la etapa probatoria.

A fin de estandarizar las disposiciones que regulan la materia, diversos Estados han adoptado modelos de tratados de inversión, a través de los cuales fijan unos parámetros alrededor de los que gira la negociación y que en muchos casos no son modificables y por tanto, solo restará adherirse al texto propuesto, esta situación naturalmente de la preponderancia que tenga un Estado frente al otro. Es así como en el caso canadiense, se establece que las partes deben acordar en un plazo no mayor a 60 días, la manera en que será implementada la decisión de los árbitros. En caso de incumplimiento de una de las partes, la otra tendrá la facultad de compensar o suspender los beneficios económicos por el valor equivalente a la condena que haya sido proferida por el tribunal¹²⁷.

Dentro de esta clasificación se encuentran los tratados multilaterales de inversión, los que tienen una estructura básica similar a la de los tratados bilaterales de inversión, con la particularidad de la intervención de una diversidad de Estados partes¹²⁸, que abordan un sector especial de la economía, como sucede con el acuerdo de Marrakech, la Carta de Energía o el Acuerdo Económico y Comercial Global.

En un espectro mucho más amplio, los Tratados de Libre Comercio abordan una multiplicidad de materias que no se restringen solo a cuestiones relacionadas a la inversión y que por tanto tienen un alcance político, así como social y desde luego económico. Esta clase de instrumentos legales se enfocan preponderantemente en la reducción de las barreras al comercio y son celebrados en su mayoría por

¹²⁶ PELCZ, Katia. "Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation?" 10 May 2016, 2. At <https://ssrn.com/abstract=2778056> (accedido julio 30 de 2022.)

¹²⁷ REED, Lucy and MARTINEZ, Lucy. 2009. Treaty Obligations to Honor Arbitral Awards and Diplomatic Protection, in Bishop Doak (ed). Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns 24 New York: JurisNet LLC.

¹²⁸ ORTINO, Federico. SHEPPARD, Audley and WARNER, Hugo. (eds). 2006. Current Issues in Investment Treaty Law, vol 1 London. (BIICL) P. 123.

Estados ubicados dentro de una misma región geográfica, desde luego, las disposiciones allí establecidas, influyen directamente en el derecho de inversión.

2.3.2 LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Con el devenir histórico, los tratados se han posicionado como la principal fuente del derecho internacional general y a su vez, del derecho de inversiones, primordialmente por la certeza que la positivización de sus disposiciones propicia. Pese a ello, la costumbre internacional conserva un rol preponderante dentro del sistema de fuentes, al permitir llenar de contenido las *lacunae* que se presentan por no haber sido delimitadas entre los Estados, determinadas materias, por medio de tratados¹²⁹. De igual forma, la costumbre, en la interpretación, contribuye en la armonización de los instrumentos, salvo que las mismas partes hayan establecido una solución distinta, por cuanto, de una parte, puede señalarse que la costumbre vigente al momento de la conclusión del tratado prevalecerá sobre este en cuanto cree una situación más favorable al inversionista.¹³⁰

A la costumbre internacional se le ha reconocido históricamente su importancia, por cuanto desde esta perspectiva, ha sido considerada como la fuente principal, incluso, muchas reglas establecidas en instrumentos internacionales, o que se ventilan en diversas reuniones del ámbito internacional, se encontraban vigentes por efecto de la práctica, de forma previa a la positivación¹³¹. Es precisamente la situación recién descrita, lo que permite afirmar que la costumbre internacional

¹²⁹ Guinea v. Democratic Republic of Congo, ICJ, Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo Preliminary Objections, May 24, 2007, ICJ Reports 2007.

Noble Ventures, Inc v Romania, ICSID Case No ARB/01/11, Award October 12 2005. para 69.

¹³⁰ Artículo 3 (5). “ If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.” Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal (1991)

¹³¹ NYS. Ernest, (2017). Le Droit International. Les principes, les théories, les faits, T I, Paris. Hachette Groupe Livre.

goza de un tipo de legitimidad propia, que se deriva del decantamiento que produce el devenir histórico.

De conformidad con lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia, son dos los elementos que deben concurrir para que la costumbre internacional pueda ser considerada como tal. De un lado, debe evidenciarse la práctica desplegada por los sujetos de derecho internacional (elemento objetivo o material), no solo los Estados¹³² y de otra parte¹³³, debe evidenciarse que la forma como procede el sujeto tiene una noción de obligatoriedad (elemento subjetivo – opinio juris).

La práctica corresponde a la exteriorización de la voluntad o de comportamientos materializados por los jefes de Estado, los cancilleres, actos desplegados en reuniones internacionales, consagración de disposiciones normativas en los ordenamientos internos o decisiones judiciales adoptadas, en la medida en que se haga referencia a obligaciones internacionales, e incluso la abstención de pronunciamientos por parte de los sujetos internacionales, en situaciones en las cuales debía hacerlo. Es del caso resaltar que la uniformidad no implica para los sujetos internacionales, la obligatoria reproducción de comportamientos o el deber de identidad plena, bastará con la conformidad práctica del comportamiento, para que este pueda operar.¹³⁴

En la práctica la situación no es del todo pacífica, máxime si se tiene en cuenta que algunos de los Estados pueden haber expresado su aquiescencia con respecto a alguna práctica, en tanto que otros pueden haberla rechazado, por lo que, con respecto a aquellos, la costumbre podrá tener una entidad *lege ferenda*

¹³² Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) Advisory Opinion. June 21 1971. I.C.J Reports 1971 P. 16.

¹³³ North Sea Continental Shelf, Sentencia de Febrero 20 1969. I.C.J Reports 1969.

¹³⁴ Fisheries case. Judgment of 18 December 1951. ICJ. Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) Sentencia de Febrero 24 1982 , ICJ. Reports, 1982.

en tanto que frente a estos será contra legem, lo que incide directamente en la aplicabilidad de la misma.¹³⁵

En cuanto al elemento subjetivo, corresponde al reconocimiento o convicción del Estado de la obligatoriedad del comportamiento desarrollado en la esfera internacional, no obstante, la ausencia de un elemento que permita determinar con certeza cuales son los actos que confieren en si mismo el valor de la costumbre, dificulta el funcionamiento de la opinio juris como un elemento autónomo a tener en consideración, por cuanto debería ser tomada como resultado de la norma y no como un elemento constitutivo de la misma.

El tribunal arbitral en el caso Amoco v.s Iran, haciendo referencia al elemento subjetivo y a su eventual redundancia y ausencia de independencia del mismo, señaló:

“As a rule, state practice as reflected in settlement agreements cannot be considered as giving birth to customary rules of international law, unless it presents specific features which demonstrate the conviction of the state parties that they were acting in application of what they considered to be settled law”¹³⁶

A su turno, por disposición del propio tratado, los Estados partes pueden establecer remisiones directas a la costumbre internacional para regular determinados aspectos en particular, tal como sucede en el artículo 1105 (1) del TLCAN,¹³⁷ en la que se establecen los estándares de la costumbre internacional¹³⁸

¹³⁵ Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya. Laudo de Enero 19 of 1977. Ad hoc Arbitration. (parag 87 – 88)

¹³⁶ Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited, IUSCT Case No. 56. Laudo Parcial (Award No. 310-56-3) Julio 14 1987.

Amoco Int Finance Comp v.s Islamic Republic of Iran, Caso de tribunal Iran – Estados Unidos. Julio 14 de 1987.

¹³⁷ Free Trade Commission, Note of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions of July 31, 2001

¹³⁸ L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A) v. United Mexican States. October 15 1926. Este caso resuelto por la Comisión creada por la Convención entre Estados Unidos y México de 1923 se erige como el primer antecedente del siglo XX en el que fue abordado el tema de la costumbre internacional como fuente de derecho, en los aspectos relacionados con el derecho de inversiones.

referentes al trato de los extranjeros como el estándar mínimo de trato aplicable a los inversionistas en cada uno de los Estados receptores de este sistema.

Estos estándares¹³⁹ fueron la primera expresión a través de la cual se buscó proteger a los extranjeros a partir del desarrollo de una teoría de la responsabilidad internacional, por medio de unos elementos que confluyeron en lo que teóricamente se denominó la protección diplomática o que se evidenciaron en la cláusula Hull, elementos a los que nos referimos detalladamente en precedencia. Como se sabe, estas garantías mínimas establecidas no comprendían únicamente la protección de la propiedad frente a fenómenos confiscatorios.

Atendiendo a la especial naturaleza de los elementos ya mencionados, el derecho consuetudinario es dinámico y, por tanto, ajeno completamente a los fenómenos estáticos, situación que ha sido reconocida por cortes nacionales y tribunales internacionales,¹⁴⁰

2.3.3 EL DERECHO NACIONAL

En el derecho de inversión, la relación que se da entre el derecho nacional y el derecho internacional no es del todo pacífica, si se tiene en cuenta las particulares

Diversos tribunales de inversión han estudiado la evolución que ha tenido la costumbre internacional, entre otros:

Asian Agriculture Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, June 27, 1990; Free Trade Commission, Note of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions of July 31, 2001; Mondev International Ltd v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, October 11 2002, para. 121; CME Czech Republic BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Laudo, Marzo 14 2003, parag. 497; Waste Management v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 Laudo. Abril 30 2004, para 91; Saluka Investments BV v. The Czech Republic, Laudo Parcial, UNCITRAL, March 17 2006, paras 282–284; Glamis Gold Ltd v. United States, Award, June 8 2009, UNCITRAL, paras. 626–627; OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, Working Papers on International Investment, No. 2004/3 (2004), P. 8.

¹³⁹ Pertenecen a este grupo de estándares, que surgieron de la costumbre internacional, para luego entrar a formar parte de los tratados los siguientes: Trato justo y equitativo, protección en contra de la expropiación, así como las compensaciones que deben ser pagadas en caso de presentarse, garantía de acceso a la administración de justicia y del debido proceso.

¹⁴⁰ ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Laudo, Enero 9 2003, parag 179. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award January 9 2003.

interacciones que se presentan. Nótese como, desde la perspectiva internacional, en principio, el derecho nacional ha sido visto como un simple hecho, siguiendo los parámetros señalados hace casi un siglo por la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁴¹, pese a ello y a la aparente claridad del criterio, en la práctica, los tribunales de inversión se han apartado de esta visión, al usar el derecho nacional como la normativa aplicable a la resolución del caso en concreto.

En el marco del CIADI, el artículo 42 de la Convención les da a las partes la autonomía de decidir con base en que reglas se resolverá la disputa, silencio ante el cual el tribunal podrá aplicar el derecho del Estado receptor de la inversión, así como las disposiciones de derecho internacional. En los casos en los que las partes deciden acogerse a las reglas CIADI, la disputa se resolverá en un sistema caracterizado por ser uno de los tribunales arbitrales deslocalizados por excelencia, que no se encuentra sujeto al sistema jurídico de ningún Estado en particular, (en tanto otros sistemas de arbitraje si se encuentran atados a uno en particular), a la vez que es un sistema que establece los límites de sus propia jurisdicción (artículo 25), las reglas de procedimiento (artículo 44), el derecho aplicable al fondo del caso (artículo 42), así como los propios mecanismos de control de las decisiones (artículo 52), y la obligación para los Estados parte de brindar efecto jurídico inmediato dentro de sus Estados a las decisiones, sin que, en principio, sean sujetas tales decisiones a control judicial por parte de los tribunales locales (artículo 54).

La complejidad de la interrelación mencionada, se evidencia por cuanto, de una parte en el trámite de un arbitraje de inversión, se aplicarán normas de diversa naturaleza, las disposiciones del tratado de inversión, así como el derecho internacional general que se vincule al tratado como una obligación relacionada con los estándares mínimos de trato a la luz del derecho consuetudinario internacional, las reglas propias del arbitraje y la *lex arbitri*, así como el derecho

¹⁴¹ Certain German Interests in Polish Upper Silesia. Permanent Court of International Justice. Sentencia, Agosto 25 1925.

nacional, el que se verá vinculado, entre otras, para determinar el alcance de la inversión, los derechos de propiedad, así como el derecho contractual, como aspectos determinantes en la resolución de la disputa.

En los casos en los que el arbitraje se basa en el tratado de inversión en el que se establezca que la diferencia se resolverá por fuera del sistema CIADI y que se adelantará con base en las reglas del arbitraje comercial¹⁴², las cortes nacionales, podrían eventualmente ejercer el control sobre la actuación del tribunal, con base en el derecho aplicable a los arbitrajes comerciales¹⁴³, tales como el concepto de

¹⁴² KAPLAN, Neil (Ed). 2018. Jurisdiction, admissibility and choice of law in International Arbitration. Alphen aan den Rijn.

¹⁴³ Metalclad Corporation v. Mexico, Judgment of the Supreme Court of British Colombia of 31 October 2001, 2001 BCSC 1529 (Canada); Saar Papier Vertriebs GmbH v. Poland, Judgment of the Federal Tribunal of 1 March 2002 (Switzerland); Franz Sedelmayer v. Russia, Judgment of the Stockholm Court of 18 December 2002 (Sweden); Swembalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia, Judgment of 7 January 2003 of the Maritime and Commercial Court of Copenhagen (Denmark); CME Czech Republic B. v. Czech Republic, Judgment of the Svea court of appeal of 15 May 2003 (Sweden); S.D. Myers, Inc. v. Canada, Judgment of the Federal Court of 13 January 2004 (Canada); Marvin Roy Feldman Karpa v. Mexico, Judgment of the Appeal Court of 11 January 2005 (Canada); William Nagel v. Czech Republic, Judgment of the Svea court of appeal of 26 August 2005 (Sweden); Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen v. U.S., judgment of the District Court of Columbia of 31 October 2005 (USA); France Telecom v. Lebanon, Judgment of the Federal Tribunal of 10 November 2005 (Switzerland); Eureka B. v. Poland, Judgment of the Court of first instance of Brussels of 23 November 2006 (Belgium); Saluka Investments B. v. Czech Republic, Judgment of the Federal Tribunal of 7 September 2006 (Switzerland); Petrobart Limited v. Kirghizstan, Judgment of the Svea court of appeal of 19 January 2007 (Sweden); International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, Judgment of the District Court of Columbia of 14 February 2007 (USA); Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, Judgment of 4 July 2007, EWCA Civ 656 (2007) Czech Republic v. European Media Ventures SA, Judgment of 5 December 2007, EWHC 2851 (2007) (United Kingdom); Mexico v. Bayview Irrigation District et al., Judgment of the Supreme Court of Justice of 5 May 2008 (Canada); Canfor Corporation v. United States of America, Judgment of the District Court of Columbia of 14 August 2008 (USA); Pren Nreka v. Czech Republic, Judgment of the Appeal Court of Paris of 25 September 2008 (France); Binder v. Czech Republic, judgment of 22 June 2009 (Czech Republic); Argentina v. BG Group, Judgment of the District Court of Columbia of 20 March 2008 and Judgment of the Appeal Court of 21 January 2010 (USA); Kaliningrad Region v. Lithuania, Judgment of the Appeal Court of Paris of 18 November 2010 (France); National Grid plc v. Argentina, judgment of the District Court of Columbia of 11 March 2011 and Decision of the appeal court of 21 April 2011 (USA); Ros Invest Co UK Ltd. v. Russia, Judgment of the District Court of 9 November 2011 (Sweden) Eureka B. v. Slovakia, Judgment of the Regional Court of Frankfurt of 10 May 2012 (Germany); Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company v. Equateur, Judgment of the Hague Court of 2 May 2012 (Holland); Cargill, Incorporated v. Mexico, Judgment of the Supreme Court of Justice of 11 May 2012 (Canada); Mali corp Limited v. Government of the Arab Republic of Egypt and Egyptian Holding Company for Aviation and Egyptian Airports Company, EWHC 361, (2015), Judgment of 19 February 2015 (UK); Achmea v. Slovakia, Frankfurt Higher Regional Court (annulment application), Judgment of 18 December 2015 (Germany); Energoliance v. Republic of Moldova, Judgment of the Paris Court of Appeal of 12 April 2016 (France); Attorney General of Canada v. Mobil et al., Ontario Supreme Court Judgment of 29 January 2016 (Canada); The Russian Federation v. Veteran

jurisdicción arbitral, la existencia de defectos en el procedimiento, los excesos de poder y la conformidad de las decisiones con el régimen legal del Estado¹⁴⁴, por ello, suele pactarse como sede de los tribunales arbitrales a Estados que son reconocidos como favorables al procedimiento, de tal forma que sus autoridades se mantengan neutrales al mismo, situaciones que, al menos en principio, no se verán dentro del sistema CIADI, teniendo en cuenta las particularidades del régimen, que se abordarán en detalle más adelante.

En tanto que en los arbitrajes que no se encuentran circunscritos al CIADI, los árbitros podrán apoyar su decisión en diversas reglas que consideren aplicables a la controversia, en tanto que, en los casos CIADI, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 (1) del Convenio, se aplicará el derecho del Estado receptor de la inversión y las reglas de derecho internacional. Es del caso resaltar que en los primeros tribunales arbitrales que funcionaron al interior del CIADI, se reconoció la supremacía del derecho internacional sobre el nacional¹⁴⁵.

Sin embargo, la práctica arbitral no ha sido uniforme en torno a la cuestión, por cuanto en algunos casos se ha visto la relación entre derecho nacional e internacional, como una relación de complementariedad, antes que jerárquica, en tanto en otros, se ha dado la preeminencia a las disposiciones propias del derecho internacional¹⁴⁶ lo que ha conducido a resoluciones de disputas que, en diversos casos, han sido consideradas como inconsecuentes.

Petroleum Limited, Yukos Universal Limited and Hulley Enterprises Limited, Judgment of The Hague Court of 20 April 2016;

¹⁴⁴ Mexico v. Marvin Roy Feldman Frapa, Judgment of the Appeal Court of Ontario (Canada) of 11 January 2005; '[66] The concept of imposing our public policy on foreign awards is to guard against enforcement of an award which offends our local principles of justice and fairness in a fundamental way'

¹⁴⁵ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge, SA and Klöckner Handelsmaatschappij BV v. Cameroun, ICSID Case No. ARB/81/2, Decisión del Comité de Anulación, Mayo 3 1985, para 69 (1994); Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Indonesia v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision of the Annulment Committee, 16 May 1986.

¹⁴⁶ IBM Ecuador, ICSID Case No. ARB/02/10, Decision on jurisdiction, December 22 2003, paras 71–73; CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12 2005, paras 119–120; Enron v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3 Laudo, Mayo 22 2007, para 67.

2.3.4 CONTRATOS DE INVERSIÓN

Aún cuando, desde la visión clásica, no corresponden a instrumentos internacionales, la preponderancia dentro del derecho de inversiones es significativa y en la práctica, muchos sistemas legales incluyen dentro de los contratos, diversas formas de protección, como una vía de interacción público – privada, sobre todo en el área de la energía y los commodities, estableciéndose en múltiples ocasiones, obligaciones relacionadas con la estabilidad de las inversiones ¹⁴⁷ de las que se derivan los consiguientes efectos jurídicos, así como las correspondientes disputas.

Verdross¹⁴⁸ caracterizó los contratos de inversión como una nueva categoría, la tercera, de los acuerdos del derecho internacional público al denominarlos “*quasi-völkerrechtliche Verträge*”. Los contratos de inversión son entonces una herramienta especial para atraer y proteger a la inversión, en los casos en los que los Estados no han celebrado tratados de protección a la inversión, como sucede en el caso del Brasil, Estado que no hace parte de instrumentos que habilitan el arbitraje internacional en materia de inversiones y que, por tanto, gestiona sus intereses a partir de esta clase de contratos con las particularidades propias de la resolución de disputas.

No obstante, diversos tribunales arbitrales, así como la propia Corte Internacional de Justicia, ha tenido ocasión de abordar la naturaleza jurídica de los contratos celebrados entre los inversionistas privados y los Estados. Así, en el caso referente a Serbian Loans, la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró:

¹⁴⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2010. The International Law on Foreign Investment. Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁴⁸ VERDROSS, Alfred. Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1957/1958, Vol. 18, P. 635-651 P. 638.

“A]ny contract which is not a contract between states in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country”¹⁴⁹.

Por su parte, en el caso Anglo Iranian Oil co, la Corte Internacional de Justicia rechazó la posibilidad de considerar la concesión existente, como un tratado entre Iran y el Reino Unido.¹⁵⁰

“Throughout the proceedings before the Council, Iran did not make any engagements to the United Kingdom other than to negotiate with the Company, and that engagement was fully executed. Iran did not give any promise or make any pledge of any kind to the United Kingdom in regard to the new concession. The fact that the concessionary contract was reported to the Council and placed in its records does not convert its terms into the terms of a treaty by which the Iranian Government is bound vis-a-vis the United Kingdom Government.”

En los casos en los que los Estados ya han celebrado previamente los tratados de protección a la inversión y se celebran contratos de inversión, por esta vía se brinda a los inversionistas la concreción de la protección respecto a la actividad económica desarrollada en el Estado anfitrión¹⁵¹.

Esta clase de contratos se caracteriza por la estructura especial con la que cuenta, por cuanto las cláusulas de estabilización son contraídas para proteger a los inversionistas de modificaciones en el derecho local del Estado receptor de la inversión que puedan implicar efectos adversos a los intereses de éstos. A su vez, contienen cláusulas de internacionalización que establecen la remisión al derecho

¹⁴⁹ Case Concerning Various Serbian Loans Issued in France, PCIJ Judgment July 12 1929.

¹⁵⁰ Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Objeciones preliminaries, Julio 22 1952. ICJ Reports 112, (1952)

¹⁵¹ MANIRUZZAMAN, Abul. 'The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends'. Journal of World Energy Law and Business, Vol. 1, No. 2, 2008

internacional aplicable a las situaciones contenidas en los contratos, que buscan impedir que las situaciones puedan resultar siendo cobijadas por el derecho nacional en concreto.

En los arbitrajes que se suscitan con base en los contratos a los que venimos haciendo referencia, la fuente en la que se basa el accionar del tribunal será el acuerdo arbitral. En el caso de Texaco contra Libia, al que ya nos referimos, el tribunal arbitral distinguió entre el derecho del contrato y la base legal que soportaba al mismo, considerando que estaba cimentado en el derecho internacional, sin embargo, en este caso no se hizo referencia al acuerdo de arbitraje como un acuerdo internacional y el tribunal decidió aplicar el derecho internacional al procedimiento arbitral, con base en el principio de la soberanía estatal.¹⁵²

En cuanto al acuerdo de arbitraje, no es habitual que los tribunales le apliquen al propio acuerdo, disposiciones de derecho internacional, por cuanto suelen aplicar principios generales del arbitraje internacional, la autonomía del mismo acuerdo¹⁵³, los principios de la buena fe y la efectividad¹⁵⁴, así como la naturaleza obligatoria del acuerdo arbitral¹⁵⁵ y la prohibición para los Estados de excusarse en su propio

¹⁵² Texaco Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company v. Government of the Arab Republic of Libya, award on the merits of 19 January 1977, 53 ILR 389

¹⁵³ British Petroleum (BP) v. Government of the Libyan Arab Republic, Decisions of 10 October 1973 and 1 August 1974; Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Arab Republic of Libya, Award on the Merits, 19 January 1977, 53 ILR 389, 410; Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Arab Republic of Libya (ad hoc), 12 April 1977, 20 ILM 40, (1981); ILR 297, (1979); Elf-Aquitaine v. Iran, Partial Award, 14 January 1982, 96 ILR 251; RSM Production Corporation v. Central African Republic, ICSID Case No. ARB/07/02, Decision on Jurisdiction and Liability, 7 December 2010, para 71; and Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others, ICSID Case No. ARB/07/3, Award on Jurisdiction, 28 December 2009, para 177.

¹⁵⁴ Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/8, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, 1 ICSID Reports, 394, para. 14; Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. the Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 25 February 1988, para 4.10; Cable TV v. St. Kitts and Nevis, ICSID Case ARB/95/2, Award, 13 January 1997.; Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 February 2006, para 76.

¹⁵⁵ Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Arab Republic of Libya (ad hoc), 12 April 1977; Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Arab Republic of Libya, Award on the Merits, 19 January 1977; Elf-Aquitaine v. Iran, Partial Award, 14 January 1982.

régimen legal para desconocer el marco de las obligaciones que se derivan del acuerdo arbitral¹⁵⁶.

El derecho internacional de inversiones, frente a las posibles transgresiones en las que pueda incurrir el Estado en el área a la que nos estamos refiriendo, se convierte en un parámetro que presiona a los Estados anfitriones a abstenerse de incurrir en tratamientos inadecuados que afecten la estabilidad de las actividades de los inversionistas, a la par que les da a estos, diversas herramientas a las que pueden acudir ante las violaciones de sus derechos, siendo el incremento de estas reclamaciones, un claro indicio que permite inferir la utilidad y efectividad del derecho de inversiones

Con lo hasta aquí analizado se evidencia que tanto los tratados internacionales relativos a la inversión, así como los contratos sobre la materia, buscan proveer un ambiente seguro para la inversión por la vía de señalar estándares de protección con base en una estructura legal que se encuentra definida en un sistema con múltiples aristas.

2.3.5 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Clásicamente han sido considerados como una fuente de derecho internacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y tienen una función preponderante en lo que se relaciona con llenar los vacíos dejados por las demás fuentes establecidas, tal como lo afirma Schreuer¹⁵⁷ o Fauchald¹⁵⁸ en sus estudios analíticos, erigiéndose como las

¹⁵⁶ ICC Award No. 1526 (1968); ICC Case No. 1939 (1971); ICC Award No. 1939, (1973); ICC Case No. 2521 (1976); *Revere Copper and Brass v. Overseas Private Inv. Corp.*, (1978); ICC Case No. 3896 (1982); ICC Case No. 4131 (1982); *DowmChemical v. Isover Saint-Gobain*, Case No 4131 (1984); ICC Case No. 4381 (1986); ICC Case No. 7375 (1996). ICC Case No. 7263, (1997); ICC Award No. 7373 (2004) en GRIGERA NAÓN, Horacio. 2001. *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, 289 *Collected Courses*, Hague Academy, P. 78–79.

¹⁵⁷ SCHREUER, Christoph. 2001. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge. Cambridge University Press, Art. 42, para 103.

¹⁵⁸ FAUCHALD, Ole Kristian. 2008. "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *Eur. J. Int'l L.* 19, P. 312.

canteras de las que se alimentan los sistemas jurídicos, tanto nacionales como internacionales¹⁵⁹. En el mismo sentido, es posible verlos en múltiples tratados de inversión, tales como el TLCAN (art 1131)¹⁶⁰ y en el artículo 26 (6) de la Carta Europea de Energía¹⁶¹. En estos textos, se hace una referencia de forma general a los mismos, atendiendo a que no es usual que esta clase de tratados contengan cláusulas referentes al derecho aplicable.

El uso de los principios generales en el derecho internacional de inversiones ha sido objeto de crítica, teniendo en cuenta que algunos consideran que facilitan la manipulación que se deriva del subjetivismo y que da paso a un amplio margen de discreción en cabeza de quien desempeña el rol de decidir, tal como lo señala Sornarajah:

“Their weakness is accentuated by the common tendency to select a proposition from a few national systems and argue that they constitute a general principle, which should be treated as international law. Thereafter, like minded scholars seek to achieve this conversion through constant repetition. This is a phenomenon which frequently occurs in international investment law. The selectivity involved in the technique is illustrated by the fact that often the choice of the principles is restricted to a particular period in the history of legal systems or the principle is chosen and the exceptions to it in the legal systems are jettisoned.”¹⁶²

Clásicamente se ha considerado que los principios, para ser tales deben ser comunes a los principales órdenes legales del mundo, que naturalmente se

¹⁵⁹ MCNAIR, Arnold. *The General Principles of Law Recognized by civilized Nations*. 33 Brit Yr. IL (1957).

¹⁶⁰ Artículo 1131: “Derecho aplicable: Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.....”

¹⁶¹ Article 26: “Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party: (6) A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.....”

¹⁶² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2010. *The International Law on Foreign Investment* Cambridge: Cambridge University Press, P. 85–87 y 418.

derivan de las tradiciones jurídicas relevantes, esto es, el common law y el civil law, por lo que se suele analizar con frecuencia los sistemas legales de Alemania, Francia, Inglaterra y Estados Unidos. Esta práctica ha sido usada al interior del CIADI, a partir de un sistema de análisis cualitativo que le ha permitido a algunos tribunales identificar la esencia del sistema y en concordancia señalar los principios aplicables, en la mayoría de los casos, en los aspectos sustanciales que se requieren para resolver el fondo de los conflictos, pero no en el aspecto procesal.¹⁶³

Ab initio, los principios generales del derecho provienen de los foros domésticos, en los que han sido aplicados a las relaciones legales entre personas naturales y jurídicas, así como entidades públicas y privadas, por lo que resultaría viable aseverar que a la par, son susceptibles de aplicación en las relaciones internacionales, siempre teniendo en consideración las particularidades de cada foro y la operatividad de los mismos, dependiendo del escenario en el que se esté ventilando el asunto, por cuanto, resulta cuestionable el simple traslape de los mismos de un nivel al otro.

Los tribunales arbitrales de inversión, han enfatizado en las diversas funciones de los principios, asignándoles una notoria ductilidad, es así como en el caso Amco, el tribunal consideró a los principios como fuentes de derechos y obligaciones, conclusión a la que llegó luego de analizar los estándares aplicables a la total compensación del perjuicio (reconocimiento del daño emergente y lucro cesante), categorías jurídicas que tenían reconocimiento en los sistemas jurídicos nacionales¹⁶⁴ y con base en las que fue construido el razonamiento del caso en concreto.

¹⁶³ Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, June 19 2010, paras. 169–185; Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, December 27 2010, paras. 111–134.

¹⁶⁴ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1 Award November 20 1984.

A su vez, en el derecho internacional se ha considerado que en los principios subyace la racionalidad de los tratados o de la costumbre internacional, toda vez que las reglas responden a una pregunta en particular en torno a derechos y obligaciones, en tanto los principios dan cuenta del porque de las reglas, tal como lo estableció la Corte Internacional de Justicia¹⁶⁵ desde uno de sus primeros pronunciamientos.

En el ámbito internacional se ha considerado que los principios pueden complementar los tratados y la costumbre internacional. Es así, como en el varias veces mencionado caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia consideró¹⁶⁶ que atendiendo al sistema que compone el derecho internacional, la base del mismo debe estar afincada en las reglas generalmente aceptadas por los sistemas de derecho nacional.

Igualmente, se ha considerado que los principios juegan un papel central relacionado con el alcance y delimitación, tanto de los derechos y obligaciones que se derivan de la costumbre internacional o de los instrumentos convencionales, tal como sucede con la buena fe o el *pacta sunt servanda* y la incidencia que tienen en todo el funcionamiento del sistema¹⁶⁷ a la vez que permite la operatividad de los sistemas internacionales de resolución de disputas apoyados en garantías mínimas para las partes.

El tratamiento de los principios generales al interior de los distintos tribunales arbitrales no ha sido el mismo, por cuanto, lejos de las disquisiciones teóricas, en algunos casos han sido tratados como principios y otras veces como reglas de manera indistinta, incluso, en el ámbito especializado es una práctica común el referirse simplemente al nombre del caso en particular, para hacer automáticamente la asociación a un principio o categoría jurídica especial. Es así

¹⁶⁵ *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations*. Advisory Opinion, April 11 1949, I.C.J Reports 1949. P. 174

¹⁶⁶ *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (Belgium. v. Spain)*, Decision, february 5 1970 I.C.J. I.C.J. Reports 3

¹⁶⁷ *Fisheries case*. Judgment of 18 December 1951. ICJ. Reports, 1951

como el caso Chorzów¹⁶⁸ se asocia a los estándares que gobiernan las expropiaciones¹⁶⁹.

Ahora bien, el posicionamiento de los principios generales ha ido aparejado del desarrollo de lo que ha sido denominado como derecho transnacional o *lex mercatoria*, surgido de la esencia del derecho comercial y que, con diversas reacciones, ha ido erigiéndose como un tercer sistema legal, distinto del derecho nacional y del derecho internacional, ante el surgimiento de situaciones que no se adaptan a ninguna de las categorías existentes, tal como sucede con las situaciones derivadas de los contratos estatales.¹⁷⁰

En suma, los principios generales del derecho en el derecho de inversión se apoyan en la visión que de éstos ha sido construida en el derecho internacional público, siendo preciso indicar que, dada la vaguedad de algunos conceptos propios del derecho de inversión, el rol de los principios, en cuanto a llenar de contenido éstos, les da una destacada posición, además de contribuir en el ejercicio de interpretación y aplicación dinámica del derecho.

Lo recién descrito, en principio propiciaría la coherencia y uniformidad en el derecho de inversión, no obstante, en la práctica no siempre ha sido así, por cuanto en el desarrollo de las actividades, diversos tribunales han usado de forma inadecuada el derecho comparativo, así como los principios generales del derecho, a fin de encontrar una solución a los conflictos planteados, incidiendo directamente en la metodología propia del ejercicio interpretativo y por tanto, la manera como deben aplicarse las disposiciones a la resolución del caso, tal como lo hemos mencionado y lo evidenciaremos en el presente trabajo.

¹⁶⁸ Case Concerning the factory at Chorzów. Permanent Court of International Justice. Merits, September 13rd, 1928.

¹⁶⁹ Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, Award on Damages and Costs. UNCITRAL, July 30 de 1990.

¹⁷⁰ FRIEDMANN, Wolfgang Gaston and JESSUP, Philip (Ed). 1972. *Transnational Law in a changing society*. New York: Columbia University Press. HIGHET, Keith. 1989. "The Enigma of the *Lex Mercatoria*" 63 *Tulane Law Review*.

2.3.5 EL PRECEDENTE EN EL DERECHO DE INVERSIONES

Al tenor del artículo 38 (1) (d) del estatuto de la Corte Internacional de Justicia se considera que las decisiones judiciales así como los escritos de los más destacados autores, constituyen una fuente subsidiaria para determinar las reglas legales, por lo que se denota el rol secundario que las mismas desempeñan. Pese a ello, en la práctica de los tribunales arbitrales de inversión y como herramienta argumental, se citan de forma recurrente, otras decisiones adoptadas por tribunales en la materia. De igual forma y dada la autoridad de la que goza, se citan de forma frecuente las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, concretamente en cuestiones relacionadas con la reparación de los daños¹⁷¹, la responsabilidad del Estado¹⁷² y el derecho de los tratados. Pese a que en el arbitraje de inversiones el rol del precedente es un tema discutido y por tanto no pacífico, se denota que aún cuando formalmente, en muchas ocasiones no es aceptado, en la práctica, el uso y utilidad del mismo es difícilmente discutible.¹⁷³

Es claro que el precedente no es un tema abordado de manera uniforme en las distintas tradiciones legales por cuanto el tratamiento es diferente en el common law frente al civil law. En el derecho internacional y en concreto en el arbitraje internacional se interrelacionan varios aspectos en particular, que inciden directamente en el funcionamiento del mismo, en especial, la autonomía de las partes, la autonomía del Estado, así como los poderes y funciones de los árbitros que integran el tribunal, viendo al precedente en términos específicos, como el conjunto de criterios legales fijados en decisiones anteriores, que pueden ser, o bien utilizadas por las partes para apoyar sus argumentos, o que pueden ser tomadas por el tribunal para justificar, tanto su razonamiento, así como la decisión

¹⁷¹ Case Concerning the factory at Chorzów. Permanent Court of International Justice. Sentencia, Septiembre 13, 1928.

¹⁷² Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), Judgment, I.C.J Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), I.C.J Judgment July 20 1989., Reports 1989.

¹⁷³ GRISEL, Florian. 2022. Fair and Equitable Treatment: Ordering Chaos through Precedent? In Behn, Daniel, Fauchald Ole Kristian and Langford, Malcolm. The Legitimacy of Investment Arbitration, Empirical Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press.

adoptada en el caso en particular, con un claro rol persuasivo en la argumentación y justificación.

Es por lo anterior que el tema es ampliamente debatido dentro del derecho de inversiones¹⁷⁴ por cuanto de una parte, se ha considerado que no es técnicamente posible hablar de una teoría del precedente, desde la visión del *stare decisis* por la imposibilidad formal de la misma, así como por ser extraña a las características del sistema. La imposibilidad formal a la que hacemos referencia, se relaciona con la inexistencia de la apelación dentro del arbitraje de inversión, concretamente en lo que corresponde al sistema CIADI. Toda vez que una de las funciones de la apelación es corregir los yerros en las decisiones de primera instancia, así como de unificar los criterios en torno a las cuestiones legales, buscando alcanzar la consistencia en la interpretación y aplicación del derecho, tenemos entonces que, ante la inexistencia de tal recurso, resultaría inconducente, al menos desde el punto de vista formal, aseverar que existe el precedente. De otra parte, las características del sistema a las que hacemos referencia, corresponden a la configuración misma del arbitraje de inversión, en el que el tribunal es constituido para dirimir un conflicto en particular, a partir de un acuerdo al que han llegado las partes de forma previa, luego, la especificidad del conflicto, delimita el accionar del tribunal y por tanto, deviene en extraña para el sistema arbitral al que nos estamos refiriendo.

Por lo anterior, en el contexto del arbitraje internacional de inversión, el rol de las decisiones arbitrales es altamente discutido. En contraste con respecto al derecho internacional público, las decisiones previas de los tribunales arbitrales tienen una importancia incuestionable, contrario a lo que sucede con los tribunales de inversión donde las decisiones, en principio, solo tienen un efecto relacionado con

¹⁷⁴ INFANTINO, Marta. 2013. International Arbitration Awards. Reasons: Surveying the State of the Art in Commercial and Investment International Dispute Settlements. 5 (1) Journal of International Dispute Settlement 175; GAILLARD, Emmanuel and BANIFATEMI, Yas (eds). 2008. Precedent in International Arbitration. Huntington N.Y: Juris Publishing.

las partes en conflicto¹⁷⁵, por tanto, en el arbitraje de inversión, al menos formalmente, no se sigue un sistema de obligatoriedad del precedente (*stare decisis*) derivado del sistema del common law, sin embargo, de forma cada vez más recurrente, los tribunales se apoyan en las decisiones tomadas previamente, por lo que han contribuido a crear una jurisprudencia constante de facto.¹⁷⁶

Resulta pertinente mencionar al actual juez de la Corte Internacional de Justicia Antonio Cancado¹⁷⁷, quien ha postulado la teoría del voluntarismo positivista, sosteniendo que el derecho internacional se fundamenta en el consentimiento de los Estados, por lo cual se considera un instrumento de progreso, que gira en torno a aspiraciones, antes que a intereses comunes. Esta teoría propone un cambio sustancial, si se considera que lo importante no es la validez formal del derecho o del sistema de fuentes, sino el contenido material del mismo, y en consecuencia, el sistema principalístico adquiere una preponderancia.

Aún cuando en la convención CIADI o en las reglas de arbitraje no se menciona explícitamente la relevancia del precedente, es posible hacer la construcción legal de esta noción a partir de lo dispuesto por el artículo 32 de la Convención de Viena

¹⁷⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, in: *Arbitration International* 2007, Vol. 23 No. 3, P. 357-378 (P. 368) relacionado con las decisiones adoptadas en el caso - *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. arb/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, para. 39: "ICSID arbitral tribunals are established ad hoc, ... and the present Tribunal knows of no provision, ... establishing an obligation of stare decisis. It is nonetheless a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals."

Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, Award, ICSID Case No. ARB/11/23, April 8, 2013, para. 592: "The Tribunal is therefore aligning itself to the majority of arbitral decisions [...]."; *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/06/2, December 27, 2012, para 46: "Arbitrator Stern does not analyze the arbitrator's role in the same manner, as she considers it her duty to decide each case on its own merits, independently of any apparent jurisprudential trend."

¹⁷⁶ *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on jurisdiction, April 26, 2005., para 33: "The institutional dimension of the control mechanisms provided for under the ICSID Convention might well be a factor, in the longer term, for contributing to the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve some difficult legal issues discussed in many cases, inasmuch as these issues share the same substantial features"

¹⁷⁷ CANÇADO Trindade, Antonio. 2010. *International law for humankind: Towards a New Jus Gentium*, Boston: Martinus Nijhoff.

sobre el derecho de los Tratados, en conexión con los artículos 38 (1) (d) y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en la que específicamente se mencionan las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional subsidiario. Pese a ello y como ya se mencionó, la autonomía de los tribunales del CIADI frente a las decisiones previas ha sido remarcada en diversos pronunciamientos.¹⁷⁸

Un caso fundamental en el que se abordó el papel del precedente en la práctica arbitral de inversiones fue el conflicto entre AES v. Argentina¹⁷⁹, en el que el reclamante, una compañía americana, relacionada con ocho compañías generadoras de energía y tres compañías dedicadas a la distribución de energía en Argentina, alegaba que las decisiones previas podían constituir precedente vinculante, sin embargo, Argentina se apartó de la posición, con base en el siguiente argumento:

“Repeating decisions taken in other cases, without making the factual and legal distinctions, may constitute an excess of power and may affect the integrity of the international system for the protection of investments.”

El tribunal concordó con el argumento del Estado demandado y remarcó la soberanía de cada tribunal en la resolución de cada disputa, por lo que estimó que

¹⁷⁸ Amco Asia Corp. and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision of the Ad hoc Committee on Annulment (16 May 1986) (Decision on Annulment)], para 44; Gas Natural sdg, s.a. v. Argentine Republic, ICSID Case No. arb/03/10, Decision on Jurisdiction (17 June 2005) (Decision on Jurisdiction)], para 52; El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. arb/03/15, Decision on Jurisdiction (27 April 2006) (Decision on Jurisdiction), para. 39; I.e.s.i., S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People’s Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. arb/05/3, Decision on Jurisdiction (12 July 2006) (Decision on Jurisdiction)], para. 56; Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, and BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoína, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections (27 July 2006) (Decision on Preliminary Objections), para. 42; World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. arb/00/7, Award (4 October 2006), para. 16; Tulip Real Estate and Development Netherlands b.v. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. arb/11/28, Decision on Bifurcated Jurisdictional Issue (5 March 2013) (Decision on Jurisdiction)], paras. 45–47.

¹⁷⁹ AES Corporation v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/17, April 26, 2005.

las decisiones anteriores no son vinculantes y en consecuencia descartó la existencia del precedente.

Una parte de los autores considera que los árbitros en la interpretación y en el desarrollo de sus actividades, ejercen unas atribuciones similares a las de los funcionarios judiciales,¹⁸⁰ otros se apartan radicalmente de tal parecer¹⁸¹ y aún cuando se argumenta que el precedente no resulta ser vinculante en el arbitraje de inversión, los tribunales arbitrales, de forma rutinaria citan decisiones del centro al que se encuentran adscritos o de otros tribunales internacionales, por lo que de hecho, pareciera que se diluye la noción de fuente subsidiaria que se le reconoce al mismo.¹⁸²

Los árbitros son vistos por una parte de la doctrina como creadores de derecho y como parte esencial del sistema, encargados de balancear la necesidad de encontrar soluciones justas en los casos y de proferir una decisión que encaje en el entorno legal en que es adoptada.¹⁸³ La Corte Internacional de Justicia¹⁸⁴ se ha referido al concepto de “buen administrador de justicia” y ha considerado que cada juez internacional tiene la obligación de asegurar *utilitas singulorum* (derechos de las partes) y balancear adecuadamente con la *utilitas publica* (valores generales vinculados con el procedimiento judicial).

¹⁸⁰ TAI-HENG Cheng, 2007. Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration. 30 Fordham Int’l L.J 1014, 1026 – 27

¹⁸¹ SØRENSEN, Max. 1946. Les Sources Du Droit International: Étude sur la Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale. Copenhagen: Einar Munksgaard. P. 162–166.

¹⁸² Una parte de la doctrina, desde hace más de veinte años, puso de presente el fenómeno que se ha materializado de facto en el derecho internacional. BHALA, Raj 2001. “Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy) 33 Geo. Wash. Int’l L. Rev. 873, 875

¹⁸³ BEKKER, Pieter. 2013. Recalibrating the Investment Treaty Arbitration System Through Non-Compartmentalized Legal Thinking, 55 Harv. Int’l L.J. 1, 5.

¹⁸⁴ Panevezys-Saldutiskis Railway Case, PCIJ, Order on Preliminary Objections, 30 June 1938, PCIJ Series A/B No. 75, 7; Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), ICJ, Judgment on Preliminary Objections, 15 Dec. 2004, para 33; Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), ICJ, Application by Honduras for Permission to Intervene, Judgment, 4 May 2011, para. 36

Con el entramado abordado, se evidencia que en la actualidad, el derecho internacional es mucho más que un simple conjunto de reglas, por cuanto es un sistema interrelacionado, que regula a actores de Estados, a organizaciones internacionales, compañías e individuos, buscando responder a las necesidades de los implicados, escenario en el que se aprecia a quienes ejercen su actividad en el arbitraje de inversión, máxime si se tiene en cuenta los desarrollos de las dos últimas décadas de siglo XX y lo corrido del XXI, con el paulatino desarrollo de la teoría del constitucionalismo globalizado, que se fundamenta en los valores compartidos por la comunidad internacional, reduciendo el papel que juega la voluntad y el consentimiento del Estado en el derecho internacional, consolidando una visión particular del derecho, vinculado con redes regulatorias que buscan la gobernanza global¹⁸⁵.

En cuanto al sistema CIADI, no se establece ninguna sanción por la omisión de hacer referencia a los casos previamente citados, incluso, difícilmente se abrirá paso la anulación de una decisión según el artículo 52 del Convenio por la omisión de la referencia a las decisiones proferidas por otros tribunales del mismo sistema o de otras decisiones internacionales relevantes en la materia, por cuanto no está considerada como una causal. Mutatis mutandis, los árbitros pueden usar partes del análisis o fragmentos de argumentos utilizados en casos diferentes, sin que esto pueda considerarse violatorio de la garantía de deliberación y adopción de las decisiones contenidas en los laudos que abran paso a la anulación de una decisión, sin que, en todo caso, pueda considerarse que el tribunal queda liberado de la obligación de decidir de la misma forma, ante hechos sustancialmente idénticos¹⁸⁶, situación que si daría paso a una eventual anulación.

¹⁸⁵ BROWNLIE, Ian and CRAWFORD, James. 2019 *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.

¹⁸⁶ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1. Award August 22 2012 para 52: "... On the other hand, the Tribunal acknowledges that it is a fundamental principle of the rule of law that " like cases should be decided alike" unless a strong reason exists to distinguish the current case from previous ones...."

Atendiendo a ello, el tribunal no tiene la obligación de utilizar el precedente existente sobre la materia que le ha sido sometida a conocimiento, aún cuando sea alegado por las partes, esto por cuanto, como ya se dijo, en el derecho internacional se discute intensamente la operatividad de la teoría referente al *stare decisis* de las decisiones como fue puesto de presente en los casos citados en precedencia.

En este aspecto, incluso los mismos árbitros no están atados por sus pronunciamientos anteriores, debido a la evolución de la materia y al advenimiento de otras decisiones, tal como se evidenció en el caso Daimler v.s Argentina¹⁸⁷, por tanto, la responsabilidad de garantizar la coherencia de los pronunciamientos y desarrollar un cuerpo de derecho consistente corresponde a cada tribunal.¹⁸⁸

A su vez, los comités de anulación no pueden inmiscuirse en las conceptualizaciones elaboradas por los tribunales al determinar el contenido de categorías jurídicas como inversión, nación más favorecida, trato justo y equitativo, por cuanto, estaría desbordando las competencias que le son propias y en consecuencia sustituyendo al tribunal en su función.¹⁸⁹

En la práctica, los tribunales de inversión, acuden recurrentemente a citar distintas decisiones, adoptadas por tribunales internacionales, sin restringirse a la especialidad en particular, para apoyar los razonamientos desarrollados y justificar argumentativamente lo resuelto. Proceder que se da, de un lado, para evidenciar la necesidad de asegurar la consistencia y la manera armoniosa con la que debe evolucionar el derecho de inversión, en tanto que de otra, lo hacen para reafirmar

¹⁸⁷ Idem. Parag 52: “The tribunal agrees with the parties in nothing that there is no system of precedent in investor – State arbitration nor indeed could there be, given the large and diverse set of treaties presently applicable to various investor – State claims. Each case must be decided on the basis of the applicable treaty texts and in the light of the relevant facts”

¹⁸⁸ Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9. Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment, september 16 2011. En esta solicitud el Comité reafirmó que la doctrina del precedente no resulta vinculante, aún cuando puede ser deseable.

¹⁸⁹ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17 Decision of the ad – hoc Committee on the application for Annulment, January 24 2014.

la consistencia del sistema teniendo en cuenta el cuerpo de decisiones en su conjunto.

2.3.7 LA DOCTRINA INTERNACIONAL

Corresponde a la última de las categorías enlistadas por el artículo 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y tiene un carácter subsidiario. Quizá sea una de las justificaciones para ser la fuente menos utilizada, tanto por la Corte Internacional de Justicia, como por los tribunales y los comités de anulación del CIADI en el ejercicio de sus funciones.¹⁹⁰ No obstante, los escritos de los académicos son una herramienta importante de análisis, que contribuye decisivamente en decantar los conceptos, a partir del estudio de la historia, la naturaleza, así como la práctica del derecho internacional.

En el derecho internacional, así como en el arbitraje de inversiones, los escritos académicos son abundantes, a pesar de ser el derecho de inversiones un área relativamente nueva y su uso como herramienta argumentativa por parte de las Cortes y Tribunales dependerá de la tradición legal a la que se encuentren adscritos sus miembros, sin embargo, una parte de la doctrina ha cuestionado su propia trascendencia, por fuera de los círculos académicos¹⁹¹ en tanto que, otra parte de la doctrina, ha considerado como muy relevante el papel desempeñado por los académicos, por cuanto contribuyen a definir la estructura y la sistematización de la práctica internacional, distinguiendo lo que es derecho y lo que no, aportando así en la elaboración de este lenguaje.¹⁹²

¹⁹⁰ ZIMMERMANN, Andreas, TAMS, Christian (Ed) 2019. The Statute of the International Court of Justice. Oxford: Oxford University Press,

¹⁹¹ ÁLVAREZ, José E. 2016. "Beware: Boundary Crossings" A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law" (2016) 17 The Journal of World Investment & Trade 171.

¹⁹² KOSKENNIEMI, Martin. 2006. From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. Cambridge: Cambridge University Press; HERNANDEZ, Gleider. 2017. The Responsibility of the International Legal Academic: Situating the Grammarian Within the "Invisible College". In D'Aspremont and others (eds) International Law as a Profession. Cambridge: Cambridge University Press; HELMERSEN, Sondre. 2017. "Delocalisation" Scholarship in ICC Arbitral Awards. 62 Scandinavian Studies in Law 261. Este análisis empírico realizado con respecto a los 203 laudos publicados por la Cámara de Comercio de Paris en el Anuario de Arbitraje

En los tribunales arbitrales de inversión, es frecuente que se recurra a esta fuente del derecho, para apoyar la argumentación relacionada con una forma de interpretar un tratado¹⁹³, así como en el uso de las demás fuentes en casos similares, a partir de la teorización que se hace en la doctrina de los casos resueltos de forma previa¹⁹⁴,

2.3.8 EL ROL DEL DERECHO BLANDO

Dentro de las distintas fuentes que al ser contrastadas con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, podrían ser agrupadas dentro de la categoría de derecho blando, sería impreciso mencionar un listado cerrado de las mismas, aunque de forma genérica pueden mencionarse, las producidas por instituciones intergubernamentales, así como de organizaciones internacionales. No obstante y pese a que formalmente no son consideradas fuente por la norma ya mencionada y que por tanto carecen de vinculatoriedad, es claro que de facto, inciden en la interpretación, aplicación y resolución de los casos ventilados ante los tribunales de inversión, por lo que se puede afirmar que, contribuyen en la interpretación de provisiones ambiguas de los instrumentos internacionales, así como llenar de contenido los mismos y dar argumentos en el proceso de justificación de las decisiones.

Un primer grupo de estas disposiciones, que resultan relevantes para el derecho internacional de inversiones, son las que se refieren al procedimiento arbitral, derivadas de la International Bar Association, a través de las reglas referentes a la toma de evidencia en el arbitraje comercial internacional¹⁹⁵, así como los

Comercial Internacional entre 1976 y 2014, mostraba que estas decisiones contenían un total de 719 referencias a la doctrina, es decir un promedio de 3.5 por laudo, por tanto, un 51% de los laudos no contenían ninguna referencia doctrinal.

¹⁹³ Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15. Award June 1 2009. paras. 498 – 499 “The Loewen decision has been the subject of intense scrutiny and criticism by international law scholars and investment arbitration practitioners”

¹⁹⁴ FAUCHALD, Ole Kristian. 2008. “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis”, Eur. J. Int'l L. 19,

¹⁹⁵ IBA Rules on taking of Evidence in International Arbitration, December 17 2020.

lineamientos en los conflictos de intereses en el arbitraje internacional¹⁹⁶ y las relacionadas con la representación en el arbitraje internacional¹⁹⁷, disposiciones que como ya se dijo, contribuyen a la resolución de las disputas, ante la ausencia de disposiciones aplicables en las fuentes principales.

Un segundo grupo corresponde a las disposiciones del derecho blando que hacen referencia a aspectos sustanciales, como los estándares mínimos de protección a los inversionistas, así como a los derechos y obligaciones de las partes, y se deriva de diversas organizaciones, tales como las Naciones Unidas, a través de diversos cuerpos legales, como son las normas de responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, así como los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, o los principios para las empresas multinacionales de la OCDE.¹⁹⁸

En la práctica internacional, en múltiples casos, las disposiciones de derecho blando han sido la base en la que se erigen instrumentos internacionales de carácter vinculante, principalmente tratados, tal como ocurrió con la declaración de principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre 13 de 1963, cuya esencia se convertiría en el tratado del espacio ultraterrestre de 1967, de ahí su trascendencia y relevancia práctica que se da en las diversas áreas, incluido el derecho de inversiones, persiguiéndose ante todo suplir los vacíos existentes, en aras de dirimir las disputas presentadas.

2.4 LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN Y EL DERECHO DE INVERSIONES

En el sistema al que se viene haciendo referencia, la interpretación juega un papel preponderante, por cuanto determina la forma y alcance de aplicación de las

¹⁹⁶ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, October 23 2014.

¹⁹⁷ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, May 25 2013

¹⁹⁸ KARAVIAS, Markos. 2013. Corporate Obligations under International Law. Oxford: Oxford University Press.

disposiciones que son relevantes para la resolución del conflicto en particular, por lo que resulta trascendente revisar los métodos de interpretación en el derecho internacional general y la forma como los mismos se vinculan con el derecho de inversiones en la aplicación de las disposiciones.

En el derecho de inversiones, de forma frecuente las disposiciones normativas contienen estándares caracterizados por su alto grado de indeterminación y vaguedad, al estar integrados por conceptos abstractos que no cuentan con ninguna concreción en particular, tal como ocurre con conceptos como inversor, inversión, trato justo y equitativo, los que naturalmente debenn ser llenados de contenido al desarrollar la actividad interpretativa.

A su turno, la interpretación en el derecho de inversiones esta determinada por la naturaleza híbrida del sistema arbitral que aplica en ésta área, y por la concurrencia de particulares y sujetos de derecho público, así como la cercanía de algunos de sus participantes con el arbitraje comercial internacional¹⁹⁹, lo que en múltiples casos incide en la manera como se abordan y resuelven los conflictos, atendiendo a las visiones adoptadas.

Desde una perspectiva clásica y según lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 30 a 33) los instrumentos internacionales pueden ser interpretados²⁰⁰ bien desde la perspectiva objetiva en

¹⁹⁹ En el arbitraje de inversión, tanto árbitros, como secretarios suelen proceder de dos grupos diversos, de una parte, quienes vienen de la práctica del arbitraje comercial, con un amplio vagaje, en tanto que el otro grupo, corresponde a los especialistas en derecho internacional público, procedentes de la academia y del servicio público, que aún cuando cuentan con una amplia experiencia teórica, esta no se ve necesariamente reflejada en la esfera práctica.

²⁰⁰ Estos artículos corresponden a la codificación de la costumbre internacional en lo concerniente al papel de la buena fe. El grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional concluyó que el derecho consuetudinario internacional y los principios generales del derecho ostentan una particular relevancia en la interpretación de los tratados, a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 (3) (c) de la Convención de Viena en los casos en los que las normas del instrumento no sean claras y tengan textura abierta, que los términos del tratado cuenten con una noción reconocida en el derecho consuetudinario y en los casos en los que las partes hayan tratado de referirse al derecho consuetudinario para resolver las cuestiones que no encuentren respuesta en los términos del tratado. Report of the study Group of the ILC, "Fragmentation of International law: Difficulties Arising from Diversification and Expansion of International Law" in ILC Yearbook, General

consideración a las palabras²⁰¹ o subjetiva referente a la intención o teniendo en consideración la teleología que se basa en el objeto y fin del tratado o norma²⁰²

En el artículo 31 (1) de la Convención de Viena se encuentra la regla de interpretación que le requiere al interprete el uso de la buena fe en consideración a las palabras de las provisiones del tratado, su contexto y la sistematicidad del instrumento como un todo, teniendo en cuenta su objeto y propósito, por lo que deben ser tenidos en consideración, el texto del tratado, su contexto y objeto, además de su propósito, por ello, el inciso tercero de la norma en comento, se refiere al acuerdo y práctica ulterior y a las reglas relevantes de derecho internacional, por lo que el interprete debe escudriñar en las disposiciones²⁰³ a fin de hallar la solución correspondiente.

Por su parte el artículo 31 (2) considera a las partes del tratado que deben ser tenidas en cuenta en el proceso de interpretación, atendiendo a su contexto²⁰⁴, en tanto que el artículo 31 (3) permite la operatividad de cualquier regla de derecho internacional aplicable entre las partes, lo que permite entender el sistema legal internacional como un todo, incluyendo otros tratados (*pari materiae*) la costumbre

Assembly official Records, Sixty – first session, Supplement No 10 (A/61/10) paras 46 – 194. (United Nations, 2006).

²⁰¹ Una parte de la doctrina encabezada por Richard Gardiner ha considerado que la propia codificación se inclina por la interpretación a partir de lo establecido en las palabras. GARDINER, Richard. 2015. Treaty Interpretation. Oxford: Oxford University Press. En *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9. Award September 5 2008. Para 164

²⁰² SHAW, Malcolm. 2014. International Law. Cambridge: Cambridge University Press. P. 675–680, esp. 676; DÖRR, Oliver and SCHMALENBACH, Kirsten, 2012. Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary. Heidelberg: Springer. P. 521–601; GARDINER, Richard. 2015. Treaty Interpretation. Oxford: Oxford University Press. P. 161–447 La interpretación teleológica en el sentido del objeto y propósito con el cual se ha celebrado el tratado de inversión, ha sido utilizado como criterio de interpretación por diversos tribunales arbitrales, entre otros, *IBM World Corporation vs Ecuador*, CIADI Caso No ARB/02/10. Decisión de Jurisdicción de diciembre 22 de 2003. - *Siemens AG v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction 3 August 2004 y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal v.s Argentina*, CIADI, case No ARB/97/3, Award, August 20 2007.

²⁰³ *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/12/35. Award, May 31 2017. para 288:

²⁰⁴ *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-11. Partial Award May 23 2011. Para 116. *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/18/43, Decision on Respondent Preliminary Objections, 13 March 2020, para 150.

internacional o los principios generales del derecho. Esta norma reconoce implícitamente que el derecho internacional está fragmentado y disperso, por tanto, propugna por un tratamiento sistemático del mismo, en aras de contribuir en la resolución de este problema, a partir de un abordaje conjunto de todas las fuentes del derecho internacional.²⁰⁵

Por su parte, el artículo 31 (4) de la Convención de Viena introduce la presencia de elementos subjetivos en el ejercicio de interpretación, permitiendo incluso que las partes le den un alcance específico a las provisiones, distinto del que ordinariamente tienen²⁰⁶.

El artículo 32 es un complemento del artículo 31, que permite acudir a los trabajos preparatorios, así como a las circunstancias que dieron lugar a la conclusión del tratado, a fin de poder interpretarlo²⁰⁷, máxime si se tiene en cuenta el dinamismo del que adolece el derecho internacional y que decir del arbitraje de inversiones en particular²⁰⁸. Con base lo recién planteado, es pertinente considerar que en el

²⁰⁵ D'ASPREMONT, Jean. 2011. "Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order", in Nollkaemper, André. and Fauchald. Ole. Kristian. Unity or Fragmentation of International Law: The Role of International and National Tribunals. Oxford. Hart; Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005, para. 12; Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, December 19 2012, para. 51.

Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Respondent Request for Immediate Termination and Respondent Jurisdictional Objection based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes, 7 May 2019, paras 222–224. Daniel W. Kappes and Kappes, Cassiday & Associates v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/18/43, Decision on Respondent Preliminary Objections, 13 March 2020, para 156.

²⁰⁶ Canfor Corporation and others v. United States of America, UNCITRAL, Joint Order of the Costs of Arbitration and for the Termination of Certain Arbitral Proceedings, July 19 2007, para 111.

²⁰⁷ LARENZ, Karl and CANARIS, Claus-Wilhelm. 1995. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin/Heidelberg/New York: Springer.

²⁰⁸ Los trabajos preparatorios son utilizados de forma complementaria, para confirmar la interpretación efectuada con base en las demás reglas establecidas, o en los casos en los que se ha arribado a una idea ambigua, oscura, manifiestamente absurda o irracional. En el arbitraje de inversión, diversos tribunales han efectuado la interpretación acudiendo a los trabajos preparatorios, entre otros, Noble Ventures, Inc v Romania, ICSID Case No ARB/01/11, Award October 12 2005; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic July 30 2010; Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, February 24 2014, para. 151

ejercicio interpretativo los dos elementos centrales son el tiempo y las circunstancias propias de la situación, tal como lo considera la propia Convención de Viena en el artículo 62.

La discusión alrededor de estas ideas surgió al interior de los clásicos del derecho internacional, tal como se evidencia en la obra de Hugo Grocio²⁰⁹ quien se mostró a favor del abordaje evolutivo de los textos, en tanto que Vattel²¹⁰ consideraba que la interpretación debía mantenerse estática e inalterada, de conformidad con lo evidenciado al momento de la conclusión del tratado.

La Corte Internacional de Justicia, en un comienzo consideró que no resultaba admisible la aplicación de una interpretación evolutiva, no obstante, en el caso Namibia²¹¹ regresó sobre sus propios pasos, para centrarse en la intención de las partes, como punto central del proceso interpretativo, hasta llegar a la decisión que hasta ahora refleja de la mejor forma la interpretación evolutiva, correspondiente al caso entre Costa Rica y Nicaragua.²¹²

En la esfera del derecho internacional, los doctrinantes y tribunales, no se han ocupado a fondo de las discusiones teóricas propias de la hermenéutica, la filosofía y la teoría del lenguaje, como si ha sucedido en diversas esferas nacionales,²¹³ por tanto, la lógica jurídica, es un área en la que no se ha teorizado ampliamente en este ámbito.²¹⁴

²⁰⁹ GROCIO Hugo. 1925 *On the law of war and peace*, translation of the edition of 1646 by Francis Kelsey. Oxford: Clarendon Press;

²¹⁰ DE VATTEL, Emmerich. 1916. *The Law of Nations or the Principle of Natural Law*. Buffalo, NY. WS Hein.

²¹¹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) Advisory Opinion*. June 21 1971. I.C.J Reports 1971, P. 16.

²¹² *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v.s Nicaragua) (Judgment July 13 2009)*. En esta decisión, la Corte debió dilucidar si el término comercio, de un tratado celebrado en 1858, podía incluir el fenómeno al que en la actualidad corresponde el turismo.

²¹³ En este escenario, únicamente Korhonen, basándose en las ideas de Gadamer, ha postulado que las normas no contienen ideas completas y acabadas, por tanto, el contenido solo se materializa cuando se da la fusión de horizontes entre el texto y el intérprete. A su turno, Dworkin consideró que la interpretación se encontraba conformada por tres etapas, la primera, en la que el intérprete debe individualizar las prácticas sociales y por tanto analiza las reglas y los estándares

Con respecto a la interpretación textual, la Comisión de Derecho Internacional ha considerado que el texto del tratado corresponde a la mejor expresión de la intención de las partes, sin que la misma deba ser complementada por terceros que no intervinieron en la negociación. Esta técnica de interpretación ha sido usada por la Corte Internacional de Justicia²¹⁵ para establecer el alcance del instrumento internacional inmerso en el conflicto. Dentro del arbitraje CIADI, el tribunal del caso Wintershall²¹⁶ razonó de la forma a la que venimos haciendo referencia y por tanto, consideró que debe primar la literalidad del texto del instrumento, para así evitar desviar el sentido de lo acordado por las partes²¹⁷ sustituyendo entonces el consentimiento expresado.

2.4.1 REGLAS DE INTERPRETACIÓN FUERA DE LA CODIFICACIÓN²¹⁸.

La práctica en el derecho internacional, ha dejado entrever las falencias de las que adolece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que ha propiciado la aparición y desarrollo de diversas reglas de interpretación, no

reconocidos por el consenso social,. En una segunda fase, el intérprete desarrolla la justificación del contenido normativo en general, para en la tercera fase, identificar la mejor forma de justificación aplicada a un caso particular. KORHONEN, Outi. 1996 "New International Law: Silence, Defence of Deliverance?" 7 EJIL. 1, 1; DWORKIN, Ronald. 2011. Justice for Hedgehogs. Boston: Belknap Press of Harvard University Press.

²¹⁴ La propia Corte Internacional de Justicia, solo hasta la década del 90 del siglo pasado, hizo mención a profundidad, de lo referente a la interpretación de los tratados, concretamente a lo concerniente al artículo 31 de la Convención de Viena. SCOBBIIE, Iain, Legal Theory as a source of International Law, Institutional Facts and the Identification of International Law. 2017. In Besson, Samantha, D'Aspremont, Jean. The Oxford Handbook on The Sources of International Law. Oxford. Oxford University Press.

²¹⁵ Case concerning the Arbitral Award of July 31 1989 (Guinea – Bissau v. Senegal) Judgment November 12 1991. ICJ Reports 1991, para 48.

²¹⁶ Wintershall Aktien gesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14. Award December 8 2008. para 78.

²¹⁷ Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20. Award July 14 2010. paras 110 – 111, así como lo ha hecho la Corte Internacional de Justicia, entre otros, en el caso Territorial Dispute Lybian Arab Jamahiriya/Chad Judgement February 3 1994. ICJ reports 1994, 20 para. 41. En tanto que la interpretación contextual ha sido utilizada, entre otros, por los tribunales Tokio Tokes v.s Ucrania, ICSID case No ARB/02/18 Decision on Jurisdiction 29 April 2004, para. 30, CME Gas transmission Company v.s Argentina, CIADI Caso No ARB/01/8, Award May 12 de 2005. Telenor Mobile Communications AS v.s Hungary, CIADI caso No ARB/04/15 case No ARB/04/15 Award June 22 2006.

²¹⁸ BREWER, Scott. 1996. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy, 109 Harv. L. Rev. 923, 937.

incluidas en la codificación de las que se han debido valer los distintos tribunales a fin de poder resolver los conflictos, resultando relevantes para el arbitraje de inversión la Interpretación restrictiva, la Efectividad (*ut res magis valeat quam pereat*), así como la regla *In dubio mitius*²¹⁹:

La interpretación restrictiva puede ser considerada como la forma de interpretación que permite proteger la soberanía de las partes, en los casos en los que la ambigüedad de las disposiciones del tratado pueden ir en detrimento de esta prerrogativa del Estado,²²⁰ no obstante, no ha sido pacífico el tratamiento de esta regla, tanto en la doctrina, así como en la jurisprudencia internacional,²²¹ toda vez

²¹⁹ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. August 6 2003. para 171.

²²⁰ DÖRR, Oliver and SCHMALENBACH, Kirsten, 2012. Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary. Heidelberg: Springer

²²¹ La Corte Internacional de Justicia, en algunos casos se ha mostrado adversa al uso de la interpretación restrictiva de los instrumentos; Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, Judgement (13 July 2009), ICJ Rep. (2009) 213, para. 48. Al interior del CIADI, la regla ha sido desechada por diversos tribunales, entre ellos, se destaca el caso Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decisión on Jurisdiction, October 21 2005, para 91, en el que el tribunal, de forma detallada, abordó la manera, como en su visión, se desarrolla el proceso interpretativo: “ La interpretación prevista en el Artículo 31 de la Convención de Viena es un proceso de círculos concéntricos, en que el intérprete comienza a considerar, en el marco de la norma general, 1) el sentido corriente de los términos del tratado, 2) en su contexto, y 3) a la luz del objeto y del fin del tratado, y recorriendo esa senda hermenéutica de tres pasos avanza hacia la interpretación apropiada. Al abordar esa tarea, es esencial observar dos cosas con respecto a la norma general de interpretación prevista en la Convención de Viena. Primero, dicha convención no da preferencia a ninguno de los tres aspectos del método de interpretación. El significado de un vocablo o frase no surge exclusivamente de diccionarios o datos etimológicos. Como señaló Schwarzenberger, la propia palabra “sentido” tiene por lo menos 16 acepciones en el diccionario Por el contrario, la interpretación de un vocablo o una frase implica, en cambio, una complicada tarea consistente en considerar el sentido corriente de un vocablo o una frase en el contexto en que se encuentren y a la luz del objeto y la finalidad del documento. Segundo, la Convención de Viena se aparta de los cánones de interpretación anteriormente comunes en materia de exégesis de tratados, que actualmente persisten por error en diversas decisiones internacionales. No menciona, por ejemplo, el canon en virtud del cual los tratados deban interpretarse en sentido estricto, según el cual se presume que los Estados no pueden haber tenido la intención de restringir su gama de acción En lugar de catalogar esos cánones (que en el mejor de los casos puede decirse que reflejan una modalidad general), la Convención de Viena encomienda al intérprete centrar la atención en el caso específico, que puede o no ser representativo de esa modalidad general. Decir que un canon refleja una práctica generalizada no implica que refleje una práctica universal. La directriz de la Convención de Viena según la cual debe examinarse el sentido corriente de un vocablo en su contexto y a la luz del objeto y el fin del tratado está destinada a: 1) descubrir la intención que tuvieron las partes en el instrumento de que se trata, 2) respetar la posibilidad de que las partes hayan utilizado el instrumento para abordar cuestiones de interés común en forma innovadora, y 3) no adaptar, forzándolas, las metas específicas de un tratado a supuestos generales referentes a la intención de los Estados, supuestos que necesariamente se basan en evaluaciones de prácticas anteriores”

que se considera inaceptable en el estado de evolución actual del derecho internacional y dada la reformulación del rol desempeñado por el Estado, así como por el papel desempeñado en la actualidad por los actores privados, además del poder económico del que gozan.

Ahora bien, en lo concerniente a la interpretación basada en la efectividad (*Ut res magis valeat quam pereat*) el interprete trasciende a la regla clásica de interpretación teleológica, por cuanto busca que los tratados sean interpretados asignando a las provisiones el mayor efecto posible, como una proyección del principio del efecto útil, que busca darle a la disposición interpretada toda la aplicabilidad posible, evitando que se convierta en irrelevante o redundante²²², sin que en todo caso, se le pueda asignar a las disposiciones de un tratado el alcance que no tiene, por cuanto se estaría sustituyendo la voluntad de las partes y desbordando el ejercicio de interpretación. La Corte Internacional de Justicia se refirió en concreto a la regla en el caso Nacionales de los Estados Unidos²²³ en el que reafirmó que en su condición de tribunal, su función es interpretar las disposiciones de los tratados, pero no entrar a revisarlos, criterio que ha sido replicado al interior del CIADI, entre otros, por el tribunal del caso Wintershall²²⁴ en el que se expresó que la regla de la eficacia o de la efectividad, no puede justificar que una Corte o Tribunal atribuya a una disposición de un tratado un significado que pueda terminar siendo contrario al texto o espíritu del mismo.

2.4.2 LOS TRATADOS DE INVERSIÓN Y LA INTERPRETACIÓN

Atendiendo al reciente desarrollo que se ha dado en el derecho internacional de inversiones, la doctrina ha planteado como parámetros y reglas de interpretación, aquellos que le son propios al arbitraje comercial internacional, antes que al

²²² LOVRO Tomasic, 2013. Effet utile: Die Relativität teleologischer Argumente im Unionsrecht. München: C.H. Beck.

²²³ Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgement of August 27th 1952. ICJ Reports, 1952, P 196

²²⁴ Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14. Award December 8 2008, para 185.

derecho internacional público, incluso una parte de la doctrina²²⁵ ha planteado que en el proceso de interpretación deben ser tenidos en consideración criterios usados en el campo de los derechos humanos, máxime en el área de las garantías procesales.²²⁶

Una parte de la doctrina considera que las disputas que se ventilan en el arbitraje de inversión corresponden a conflictos entre el Estado y los individuos inversores, con respecto al cual se hace uso del ejercicio de la autoridad pública del Estado y los efectos que de él se derivan.²²⁷ A su vez, el desarrollo acelerado del derecho de inversiones, ha estado propiciado a partir de la proliferación de los tratados de inversión y ha motivado de forma aparejada, el debate de cuestiones tanto sustanciales, así como procesales con respecto a los asuntos que se generan al interior de esta área.²²⁸

²²⁵ VAN HARTEN, Gustav. 2008. *Investment Treaty Arbitration and Public Law* Oxford: Oxford University Press P. 136–43; VADI, Valentina. 2016. *Analogies in International Investment Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press P. 217–19; ROBERTS, Anthea. 2013. 'Clash of the Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System' 107 *American J Int L* 45; PAPARINSKIS, Martins. 2014 'Analogies and Other Regimes of International Law' in Douglas, Zachary, Pauwelyn, Joost and Vinuales, Jorge E (eds), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* Oxford. Oxford University Press.

²²⁶ *Mondev International Ltd v United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/99/2, Award October 11 2002 paras 143–44

²²⁷ ROBERTS, Anthea. 2013. 'Clash of the Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System' 107 *American J Int L* 45. PAPARINSKIS, Martins. 2014 'Analogies and Other Regimes of International Law' in DOUGLAS, Zachary. PAUWELYN, Joost and Vinuales, Jorge E (eds), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* Oxford. Oxford University Press.

²²⁸ La discusión en torno a las diferencias sustanciales que caracterizan al arbitraje de inversión, se reflejan en múltiples áreas, tal como sucede con el tratamiento mismo que debe dársele a las costas y la obligación para el inversionista derrotado de reembolsarle al Estado los costos generados por el tribunal. *ADC Affiliate Ltd v Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/03/16, Award October 2 2006, para 532. *Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/5. Award April 19 2021, para. 242.

A su turno, otro de los temas discutidos en el arbitraje de inversión y que han constituido un desafío en cuanto a la interpretación se relaciona con el estándar que debe aplicarse para establecer las medidas necesarias para proteger el estado de seguridad o el mantenimiento del orden público, entre otras decisiones son relevantes en el tema: *CMS Gas Transmission Co v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/8, Award May 12 2005 paras. 353–78; *Enron Creditors Recovery Corp & Ponderosa Assets L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3 Award, May 22 2007, pars. 322–45; *Continental Casualty Co v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9 (5 September 2008) para 189–230.

Otro de los temas álgidos, se relaciona con la admisibilidad de permitir la intervención de *amicus curiae* en el arbitraje de inversión, tema al que nos referiremos en un apartado posterior, siendo relevantes entre otras las decisiones adoptadas en los casos *Aguas del Tunari SA v The Republic*

Buscando delimitar y determinar los conceptos aplicables, una parte de la doctrina²²⁹ considera que es posible establecer un paralelo entre el derecho público y el derecho internacional de inversiones al verlo desde una visión eminentemente iuspublicista, basada en la idea de la soberanía del Estado y la inmunidad que esta proyecta tanto en la esfera pública, como privada. Por tanto, los tratados concernientes al arbitraje de inversión se ubican en la arena del derecho público, por cuanto concierne a los actos propios del Estado dentro de esta área del derecho.

De otra parte, en lo concerniente a la segunda perspectiva, se centra en la interrelación que existe entre el derecho público y el derecho internacional de inversiones, visto desde la afectación que se da con respecto a los derechos de particulares, así como las obligaciones existentes entre las partes. De otro lado, ha sido planteada una perspectiva en la que se considera que el derecho internacional de inversiones tiene similitudes con el derecho público por relacionarse con el ejercicio del poder frente a los actores privados, de una forma similar a como se da en el derecho interno y por tanto, se estima que los tribunales arbitrales, desarrollan una función similar a la adelantada por las cortes nacionales.

Pese a que una parte de la doctrina ha considerado que en el uso del derecho comparado se incurre muchas veces en la tiranía de la elección²³⁰ debido al alto grado de subjetividad que ostenta el interprete en estas situaciones y la ambivalencia que esto produce en el resultado, ha sido un método usado por los Tribunales Arbitrales y Comités de Anulación al interior del CIADI. Un caso

of Bolivia, ICSID Case No ARB/03/02, Decision on Jurisdiction, October 21 2005, paras 15 – 18. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Order In Response To A Petition By Five Non-Governmental Organizations For Permission To Make An Amicus Curiae Submission, February 12 2007.

²²⁹ ROBERTS, Anthea. 2013. 'Clash of the Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System' 107 American J Int L 45.

²³⁰ SCHAUER, Frederick. 2003. 'The Convergence of Rules and Standards' (NZLR303,305). KENNEDY, Duncan, 1976. 'Form and Substance in Private Law Adjudication' 89 Harvard LR 1685, 1685; HART, Henry and SACKS, Albert. (eds). 1994. The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law. Westbury N.Y: Foundation Press. P. 139–41.

representativo en el que se utilizó la primera forma mencionada, fue el Noble vs Rumania,²³¹ en el que el tribunal se centró y apoyó en la definición de trato arbitrario dado por la Corte Internacional de Justicia en el caso ELSI²³² categorizándolo como una afectación severa del debido proceso, que resulta opuesta al estado de derecho, por lo que constituye un ilícito internacional, conclusión a la que arribó con base en el uso del derecho comparado.

Por su parte, en el caso Palma vs Bulgaria²³³ el tribunal procedió con apoyo en la misma herramienta, ya señalada, para concluir que el proceder del Estado no había violado los derechos del inversionista y, por tanto, su actuar había sido legal. En el mismo sentido, en el caso Lemire v. Ucrania²³⁴ el tribunal, con base en el derecho comparado, consideró que el Estado tiene el derecho de regular la difusión radial, en la búsqueda del bien común, especialmente en lo referente a la cultura y el lenguaje. El tribunal evidenció que otros Estados como Francia y Portugal, habían implementado medidas similares, sin que las mismas pudieran ser consideradas como injustas, inadecuadas, inequitativas o discriminatorias.

En los tribunales del CIADI, el derecho comparado ha sido usado para la interpretación de los estándares que son propios del derecho de inversiones. En la teoría legal, estos estándares²³⁵ funcionan de manera diferente a las reglas, debido a la forma o a la función que cumplen en estricto sentido. En relación con la forma, la distinción se deriva de la determinación y especificidad que caracteriza a las

²³¹ Noble Ventures, Inc v Romania, ICSID Case No ARB/01/11, Award October 12 2005, para 176.

²³² Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), Judgment, I.C.J Judgment July 20 1989, Reports 1989, para 128.

²³³ Palma Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Award, August 27 2008 para 266. En este caso se discutió si los impuestos determinados por Bulgaria al inversor violaban las obligaciones derivadas del artículo 19 (1) de la carta de energía.

²³⁴ Joseph Charles Lemire v Ukraine, ICSID Case No ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, January 14 2010. En este caso se discutía si la regulación del Estado que imponía a las estaciones de radio la obligación de programar al menos el 50% de música ucraniana, resultaba violatorio del artículo II.6 del tratado entre Estados Unidos y Ucrania.

²³⁵ En la teoría legal, Hart reconoce que los estándares llenan de contenido los sistemas legales en los casos en los que se evidencian vacíos e incertidumbre y por tanto, no hay una resolución clara de las situaciones en las disposiciones normativas. HART, Herbert, 2012. The Concept of Law. Oxford. Oxford University Press. P. 130–31. Por su parte, MacCormick señala que los estándares son una herramienta de balance ante las aparentes e irreductibles contradicciones. MACCORMICK, Neil, 2005. Rhetoric and the Rule of Law. Oxford: Oxford University Press. P. 167.

reglas, en tanto que los estándares, se distinguen por su amplitud y vaguedad en el contenido.

En tanto las reglas contienen una respuesta directa y en la mayoría de los casos precisa a los supuestos de hecho establecidos, los estándares contienen unos lineamientos generales que subyacen a la estructura legal, y por tanto, no brindan respuestas precisas a situaciones determinadas, lo que relativiza la operatividad de los mismos, al depender completamente su aplicación del criterio del interprete. Por su parte, la distinción formal entre las reglas y los estándares se centra en implicar a una y otra como extremos de un espectro continuo de la reglamentación, con las reglas que representan en mayor medida el detalle de configuración, en tanto el estándar lo representa en mínima medida.²³⁶

En la práctica interpretativa del arbitraje internacional, se evidencia que los tribunales de inversión no abordan exclusivamente los estándares con base en los parámetros fijados en el derecho doméstico, por el contrario, a la hora de resolver las situaciones, se tiene en consideración, además del derecho de inversión, el derecho internacional en general.

2.5 EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y EL SISTEMA LEGAL ²³⁷

Habiendo avanzado en el abordaje de las cuestiones que hemos tratado en precedencia, es procedente cuestionarnos si resulta admisible hablar de un sistema legal en lo correspondiente al derecho de inversión y al modelo de arbitraje que funciona en esta área y por tanto, preguntarnos si puede considerarse la existencia de un sistema en el derecho de inversión, aún ante el

²³⁶ RUSSELL Korobkin. 2000. 'Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited' 79 Oregon L Rev 23.

²³⁷ SHANY, Yuval. 2003. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. New York: Oxford University Press; HART, Herbert. 2014. *The Concept of Law*. Oxford: The Clarendon Press; KELSEN, Hans. 1934. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press; RAZ, Joseph. 1980. *A Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.: "In the context of international law, three basic elements of a legal "system" have been determined. These are "(1) a set of elements; (2) arranged in an order (characterized by the interaction between the different elements); and (3) possessing a certain degree of unity or cohesion (which facilitates the description of the elements as parts of the bigger whole)."

complejo y atomizado esquema normativo, máxime si se tiene en cuenta que no existe un tribunal permanente dedicado a la interpretación y a la aplicación de las fuentes en esta materia.

Para responder a estas preguntas, es necesario acudir, en lo conceptual, a la teoría de los sistemas. Luhmann²³⁸, con su teoría descriptiva, considera que la información puede reproducirse a si misma al interrelacionarse en las redes de comunicación, esto es lo que denomina la auto – poiesis.

Al llevar esta teoría desde la sociología al derecho, como parte de la estructura del subsistema del sistema social, resulta posible asumir que el derecho se crea a partir de sus propias operaciones, las que consisten en la referencia constante que se hace de las decisiones judiciales que han sido tomadas de forma previa, por lo que el precedente adopta un rol de guía para la resolución de los casos a presentarse en el futuro.

Retomando la senda trazada por la sociología, a la que acabamos de hacer referencia, Gunther Teubner²³⁹ desarrolló el concepto del derecho reflexivo, teniendo como tema central la evolución autónoma del sistema legal. En el centro de su tesis considera tres dimensiones a saber: la habilidad del sistema interno de reflexión y la autoidentificación, el rol integrativo del proceso de autoidentificación de otros subsistemas y la creación de reglas de autoregulación y procedimientos en el nivel normativo.

A la vez, Teubner²⁴⁰, en su obra “Derecho Global sin Estado” propone el desarrollo de un derecho global como un sistema autónomo, que no requiere de la soberanía, los instrumentos de poder o las instituciones del Estado para funcionar, por cuanto se basa entonces en las redes de comunicación global construidas por la sociedad civil en el campo comercial, tecnológico, académico o cultural, que son las fuerzas más importantes en el proceso de globalización.

²³⁸ LUHMANN, Niklas. 2005. Law as a social system. *Journal of Law and Society*. Vol. 32, No 2

²³⁹ TEUBNER, Gunther. 1988. *Autopoietic Law. A new approach to law and society*. Berlin: De Gruyter.

²⁴⁰ TEUBNER, Gunther. 1997. *Global Law without a State*, Aldershot. Dartmouth.

En esta perspectiva, con la confluencia de los factores comunes entre los diversos tratados bilaterales de inversión, así como las decisiones que forman parte del largo cuerpo de la jurisprudencia arbitral, se puede lograr la convergencia necesaria que exige la coherencia del sistema. Por tanto, en esta visión, antes que ser problemático, el régimen del precedente operaría de facto como estabilizador del sistema, a partir del contenido de referencia de las decisiones arbitrales previamente adoptadas, lo que pondría en plena operatividad el multilateralismo y le daría la consistencia requerida a través de un proceso autopoietico de comunicación legal.²⁴¹

Pese a la visión recién descrita, es pertinente no perder de vista que la complejidad del derecho internacional de inversiones, así como las vicisitudes propias del sistema arbitral ya mencionadas, deben ser tenidas en consideración, particularmente teniendo en cuenta la condición transitoria de los tribunales arbitrales, lo que propicia que la mayor cantidad de árbitros que son escogidos en el CIADI, provengan de un pequeño grupo de personas, en muchos casos con algún grado de relación con los intervinientes²⁴². A su vez, el amplio número de casos y la diversidad de los temas, así como la magnitud del impacto legal que estos producen y la contraposición de criterios que se evidencia en diversos momentos, no contribuye con la consistencia de la jurisprudencia arbitral. Esto se acredita, al revisar decisiones proferidas al interior del CIADI, en temas frente a los que hay posturas disímiles, tal como lo remarcamos en precedencia y lo desarrollaremos de forma posterior a lo largo de este trabajo.

Como lo hemos visto, muchas de las fuentes del multifacético cuerpo que integra el derecho de inversión tiene una validez para cualquier procedimiento. De una parte, el procedimiento del CIADI es normalmente gobernado por la convención

²⁴¹ PHILIPPOPOULOS – MIHALOPOULOS, Andreas. 2013. “The Autopoietic Fold: Critical Autopoiesis between Luhmann and Deleuze” in La Cour, Anders and Philippopoulos – Mihalopoulos, Andreas. *Luhmann observed: Radical Theoretical Encounters*, Hampshire, Basingstoke. P. 60 – 84.

²⁴² LIE, Runar Hilleren. 2022. *The Influence of Law Firms in Investment Arbitration*. In Behn, Daniel, Fauchald Ole Kristian and Langford, Malcolm. *The Legitimacy of Investment Arbitration, Empirical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.

CIADI y acompañado con las reglas y regulaciones propias, como una fuente unitaria. En tanto que, el derecho sustantivo internacional de inversiones derivado de los convenios internacionales, la costumbre internacional o los principios generales del derecho pueden considerarse como fuentes de aplicación universal de conformidad con lo planteado en precedencia,²⁴³ por tanto, el sistema normativo del CIADI no corresponde a uno cerrado y limitado por sus propias fuentes, dada la interacción a la que se ha hecho referencia.

2.6 CONCLUSIONES PARCIALES

Aún teniendo en cuenta los sobresaltos dados a lo largo de la historia, a los cuales se hizo referencia en este capítulo, se puso de presente como el actual sistema de tratados que aplica dentro del derecho de inversiones, comparte unos elementos comunes con el tratado Jay, que cimentó el desarrollo de los primeros tratados de amistad y navegación, proveyendo a los inversores de una serie de derechos en el área sustancial y permitiéndole reclamar directamente al Estado receptor de la inversión, por la violación de sus obligaciones internacionales.

Pese a los múltiples esfuerzos emprendidos en distintos momentos de la historia y desde diversos lugares, el derecho internacional de inversiones no es un cuerpo uniforme y estable, toda vez que, de una parte, han surgido múltiples muestras de resistencia, las cuales incluso se han dado al interior de las Naciones Unidas, en tanto que de otra, desde el mismo derecho de inversiones, de diversas maneras, se ha impedido su propio desarrollo.

Pese a las teorizaciones recién revisadas y de conformidad con el abordaje hecho a las fuentes del derecho de inversiones, se aprecian las particularidades de este régimen, lo que impide delimitarlo dentro de cualquiera de las áreas clásicas del

²⁴³ STONE Sweet, Alec and GRISEL, Florian. 2017. *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press. P. 80 – 170.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

derecho internacional, por cuanto comparte elementos propios tanto del régimen público, así como del privado.

El trasfondo público de los intereses que se discuten al interior de las disputas relativas al derecho de inversiones, es un elemento que atraviesa el régimen de forma transversal, incidiendo directamente en los elementos que lo integran, dada la relevancia y trascendencia que de allí se derivan, además de las particularidades propias de un sistema, que sólo en lo que corresponde a tratados de inversión, contabiliza a la fecha más de 3.000 de éstos, así como su tendencia a la informalidad, contribuyen en la construcción de un ordenamiento jurídico internacional autónomo.

CAPITULO III

EL SISTEMA ARBITRAL Y EL PROCEDIMIENTO

3.1 LA DISTINCIÓN TEÓRICA ENTRE LOS ASPECTOS SUSTANCIALES Y LOS PROCESALES

En la doctrina internacional, la distinción teórica entre las normas sustanciales y procesales ha sido vista desde distintas perspectivas que en su mayoría la han considerado con desdén, atendiendo a que, de una parte se le ha mirado como excesivamente formalista²⁴⁴, en tanto que otros han considerado que es una construcción puramente teórica y algunos la han tomado como artificial, ilusoria e inútil²⁴⁵. Pese a estos calificativos, en la práctica, la distinción ha sido tenida como una técnica con base en la que resulta posible evitar los conflictos normativos en el campo de la jerarquía de las normas que rigen un asunto conflictual determinado.²⁴⁶

En términos sencillos, las normas sustantivas prescriben derechos, así como obligaciones y estándares de conducta, determinando estatus legales, definiciones, así como criterios de responsabilidad internacional, por lo que determinan de forma directa e indirecta, si una conducta o situación particular está ajustada o no a un sistema legal específico, mientras que las reglas procesales corresponderán a todas aquellas disposiciones que gobiernan la aplicación, interpretación, implementación y ejecución de las disposiciones de contenido sustancial, esto es, la puesta en práctica de dichas normas, de tal forma que se hagan efectivos los preceptos en ellas establecidas, por tanto, ésta clase de normas no llevan implícito un contenido que permita determinar si una conducta se ajusta a un sistema legal y que en todo caso, los contenidos a los que se refiere,

²⁴⁴ MCGREGOR Lorna, 2007. 'Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty', 18 EJIL P. 903-919 y 911.

²⁴⁵ WARDLE, Phillip 'Zhang v Zemin 251 ALR 707', 2009 15 Australian ILJ P. 277-281.

²⁴⁶ DE WET, Erika and VIDMAR Jure (eds.). 2012. Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights, Oxford: Oxford University Press. P. 114-147 y 147;

se vinculan fundamentalmente a la manera como se adelanta el trámite, en el que se resolverá el asunto sustancial.

La diferencia conceptual entre el aspecto sustantivo y el procesal resulta entonces fundamental en el entorno legal en el que, los procedimientos pueden ser vistos como los mecanismos necesarios para la obtención de un resultado en el plano de lo sustancial, por tanto, este define el objeto del derecho, en tanto que aquellos, consagran los mecanismos para acceder a él²⁴⁷. Esta distinción, que como se dijo ha sido tratada como puramente teórica, insustancial e irrelevante, sin lugar a dudas tiene una importancia significativa, toda vez que repercute directamente en poder lograr el resultado esperado, dándole concreción a lo propugnado por el sistema legal ²⁴⁸.

Pese a que pudiera considerarse como un tema de discusión reciente, dados los debates teóricos que se han dado en el área de la teoría jurídica, así como en el derecho internacional, lo cierto es que, desde mediados del siglo XX, en el marco de la nueva configuración del orden internacional, se planteaba la categorización de las áreas y se debatía en torno a ellos, tanto en Europa, así como en los Estados Unidos, en los siguientes términos:

“We can agree that a basic distinction exists in international law between substantive principles, standards, and rules, on the one hand, and the principles, standards, and rules related to remedies, procedures, and enforcement, on the other.” Willard B. Cowles (American Society of International Law, 1952)

²⁴⁷ CACHÓN CÁRDENAS, Manuel. 2017. Estudios de Derecho Procesal. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

²⁴⁸ La propia Corte Internacional de Justicia en diversos casos se ha referido al asunto, entre otros Arres Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment February 14 2002, para 60 I.C.J Reports 2002, así como en el caso Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) Sentencia, Febrero 03 2012, para 58, 95, 100, I.C.J Reports 2012. La propia Corte ha hecho la distinción entre normas de naturaleza sustancial o normas de carácter procesal.

Pese a lo recién señalado, en la actualidad, al interior de la doctrina, así como de diversos tribunales internacionales, se mantiene la discusión en torno a la distinción entre el aspecto sustancial y procesal del derecho, así como las críticas por dar cabida a debates puramente teóricos, irrelevantes y sin ninguna clase de incidencia práctica²⁴⁹, sin embargo, este trabajo apunta a demostrar que la distinción es completamente necesaria y útil.

3.2 EL ASPECTO SUSTANTIVO Y PROCESAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La dualidad normativa que se presenta en el aspecto sustancial y procesal es uno de las áreas más discutidas del derecho nacional, así como del derecho internacional, en efecto, algunos autores han considerado sobre el particular, que la distinción se genera desde el sistema de fuentes, en particular Orakhelashvili conceptuó:

“International law knows of no straightforward distinction between “substantive” and “procedural” norms. All international norms derive from the agreement of states or acceptance by the international community as a whole, and there are neither established criteria nor a recognized agency to split them into such categories.”²⁵⁰

Es preciso mencionar aquí el análisis hecho por la Corte Internacional de Justicia, en el caso sobre las Inmunidades jurisdiccionales de los Estados, que enfrentó a Alemania e Italia, con la intervención de Grecia, asunto fallado en febrero 3 de 2012, en el que se abordó la distinción que se viene tratando en esta parte del texto, haciéndose plausible lo disimil de las posiciones esbozadas. De una parte, Grecia consideraba que la distinción entre las normas sustanciales y procesales

²⁴⁹ SCHWARZENBERGER, Georg. 1957. International Law, Vol I. London: Stevens.

²⁵⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander (Ed). 2020. Research Handbook on the theory and history of International Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

no correspondía a la lógica y era carente completamente de relevancia.²⁵¹ Por su parte, Alemania e Italia, Estados directamente enfrentados en el litigio argumentaron basados en una específica distinción²⁵², de hecho, Alemania planteó que en el derecho internacional se ve con claridad la distinción entre las reglas sustantivas, como reglas de conducta, en tanto que las reglas de procedimiento corresponden a las de ejecución.²⁵³ La Corte concluyó que las normas sustanciales y procesales cubren un espectro determinado, con incidencia directa en la resolución de conflictos en el aspecto internacional²⁵⁴ y en consecuencia, la Corte le dio trascendencia y claridad a la distinción, alejando de ella cualquier duda acerca de la relevancia de la misma.

3.3 LAS RELACIONES ENTRE LAS NORMAS SUSTANCIALES Y PROCESALES:

Habiendo dejado claro que las normas sustanciales y las procesales, tienen un contenido y alcance particular, ello no implica que estas no puedan ser incompatibles, o que pueden eventualmente presentarse colisiones entre éstas, sin que las mismas puedan llegar a considerarse como un conflicto normativo en el sentido clásico.²⁵⁵ Como se afirmó en precedencia, la aplicación de las reglas procesales, en general, no lleva implícita el reconocimiento de una transgresión a una disposición sustancial en concreto. Las reglas de procedimiento pueden variar dependiendo del foro al que se esté haciendo referencia, en tanto que las sustanciales resultarán aplicables sin consideración al escenario en que se dirima la disputa.

²⁵¹ Jurisdictional Immunities of the State, Written Statement of the Hellenic Republic, 3 August 2011, para 54; *ibid.*, CR 2011/19, 14 September 2011, 37, para 102.

²⁵² Jurisdictional Immunities of the State, Counter-Memorial of Italy, 22 December 2009, 54, para 4.44; *ibid.*, Reply of the Federal Republic of Germany, 5 October 2010, 21, para 37.

²⁵³ Jurisdictional Immunities of the State, Germany's Comments on the Greek Declaration of 3 August 2011, 26 August 2011, para 14.

²⁵⁴ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) Judgment February 03 2012, paras 92 - 97, I.C.J Reports 2012

²⁵⁵ CANNIZZARO, Enzo. 2011. 'A Higher Law for Treaties?', in the same (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford. Oxford University Press. P. 425-441, 434, 439

Desde una perspectiva práctica, son normas de una naturaleza eminentemente procesal las que, dentro de un sistema de resolución de controversias, corresponden al establecimiento y composición del tribunal, así como las que determinan la competencia y alcance del mismo (*ratione personae, ratione materiae y ratione temporis*), tal como sucede con las disposiciones que regulan la jurisdicción, contenidas en los tratados bilaterales o multilaterales de inversión. A la par, tendrán esta naturaleza las disposiciones que reglamenten los requisitos de admisibilidad, así como los de oposición de la contraparte, las reglamentaciones que atañen a la capacidad para actuar, la nacionalidad de las partes, el agotamiento de trámites a nivel nacional, los términos procesales, la litispendencia, así como cualquier otra cuestión preliminar previa al inicio del procedimiento.

Ahora bien, es importante mencionar que dentro de cualquier sistema de resolución de controversias, el diseño procesal incidirá específicamente en la viabilidad de materializar los preceptos considerados en las demás normas, por lo que, las reglas procesales, en algunos casos, pueden tener un carácter cuasi-sustantivo, en tanto que las disposiciones sustanciales pueden tener un carácter cuasi-procesal,²⁵⁶ con el fin de materializar la justicia, por medio de un entramado institucional, en la escala nacional o internacional.

3.3.1 LAS INSTITUCIONES Y LA JUSTICIA FORMAL

La sociedad puede ser vista y analizada a partir de un entramado de instituciones, en la que cada una cumple una función específica en aras de contribuir al desarrollo y mantenimiento de ésta,²⁵⁷ lo que impacta directamente la vida de quienes forman parte del conglomerado. En esta visión, las instituciones pueden

²⁵⁶ SOLUM, Lawrence B. 2004. Procedural Justice. Southern California Law Review 181.

²⁵⁷ En la visión Rawlsiana de la teoría de la justicia, se considera que las instituciones sociales, basadas en la deontología y la ética contractual, se erigen como objeto de la justicia. Sin especificar una lista de tales instituciones, el autor señaló algunas que consideró basilares, tales como la propiedad privada, libertad de conciencia y de pensamiento, así como la monogamia. RAWLS, John. 1971. A theory of Justice. Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press.

ser vistas como una posible forma de conducta que se expresa por medio de un sistema de reglas, en el que el concepto de justicia tendrá un papel determinante, siendo el objeto de esta la concreción material de éstos ideales, antes que su mera abstracción teórica.

El concepto justicia formal, podría ser abordado de manera simple, afirmando que se relaciona con la conformidad entre la decisión y el sistema normativo en que se resuelve el conflicto. Sin embargo, la trascendencia del tema se extiende mucho más allá de una categorización reduccionista y de hecho, ha sido un tópico que han abordado diversos teóricos del derecho,²⁵⁸ atendiendo a la trascendencia e implicaciones que la misma tiene.²⁵⁹ Con base en esta noción, se afirma que el derecho es una condición necesaria de la administración de justicia, por tanto, cualquier clase de apartamiento del mismo, permitirá la concreción de una injusticia, en consecuencia, los sistemas legales, sean estos nacionales o internacionales, llevan implícita una objeción a las desviaciones que se puedan presentar frente a los postulados normativos.

El análisis de la justicia formal debe hacerse teniendo en consideración, de una parte, el comportamiento de las personas que se vinculan a la situación en particular, a la vez que deberá verificarse la manera como es administrado el derecho, a partir de la interpretación, aplicación y ejecución del mismo, desde la perspectiva sustancial y procesal.

²⁵⁸ KELSEN, Hans. 1949. *General theory of law and State*, Cambridge, MA: Harvard University Press; ROSS, Alf. 2019. *On law and justice*. Oxford: Oxford University Press; HART, Herbert, 2012. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. PERELMAN, Chaim. 1997. *The idea of justice and the problem of argument*. London: Routledge & Kegan Paul.

²⁵⁹ Uno de los temas más discutidos, tanto en la teoría, así como en la filosofía general y del derecho, corresponde a la justicia. En la visión de Hobbes, lo justo se corresponde con las acciones que son ejecutadas observando el derecho. Por su parte Kelsen consideraba la justicia como una idea irracional, por cuanto no podía ser explicada al encontrarse fuera de la teoría del derecho, por tanto, podía ser salvaguardada desde la racionalidad con base en la correcta aplicación del derecho. De otro lado, Ross identifica a la justicia con una demanda de equidad, y a su vez considera que la justicia corresponde a la correcta aplicación del derecho, en tanto que Perelman reconoce que el derecho puede ser considerado justo o injusto, pero únicamente con referencia a estándares extralegales, por cuanto el derecho no puede ser su propio estándar.

3.3.2 DIVERSAS VISIONES DEL CONCEPTO DE JUSTICIA

Históricamente, fue la filosofía la que se cuestionó por el concepto de justicia y la forma en que la misma podía materializarse. Éstas discusiones se dieron incluso desde la época clásica, antes que tales cuestionamientos fueran planteados desde el campo de la teoría del derecho. La evolución de estas disquisiciones tuvieron su culmen en la filosofía política, concretamente en la teoría del contractualismo, la que allanó el camino para el desarrollo posterior que se dio en el positivismo.²⁶⁰

Desde la filosofía política, el primer intento por explicar las relaciones sociales y lo que de estas se derivaban lo hizo Nicolás de Maquiavelo²⁶¹, quien en su obra el príncipe (1513), describió la lógica del poder y la manera como este se encuentra cimentado en los ciudadanos. Pese a que se ha considerado que este autor abordó de forma cínica la función de la política y el poder, su análisis, se constituyó en la primera descripción de la teoría del contrato social, por cuanto buscó explicar de forma racional la manera como funcionan las relaciones sociales y la necesidad de organizar las mismas.

De otra parte, Hobbes²⁶² postuló en el Leviathan (1651) que al tener los humanos similares necesidades y deseos con respecto a específicos bienes, el ánimo de conseguirlos creaba un escenario conflictual, por lo que el estado de guerra era permanente, por tanto, motivado por la racionalidad, los humanos se adherían voluntariamente al pacto (contrato social) como una medida de autopreservación en aras de evitar afectaciones mayores, obteniendo seguridad a cambio de someterse al soberano.

²⁶⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander (Ed). 2020. Research Handbook on the theory and history of International Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

²⁶¹ MACHIAVELLI, Niccolo. 2003. The Prince. London: Penguin Books.

²⁶² HOBBS, Thomas. 2004. Leviathan. Cambridge: Cambridge University Press.

Con el segundo tratado sobre el gobierno civil (1689) Locke²⁶³ contribuyó al desarrollo de la teoría del contrato social desde una perspectiva en la que la condición humana, en su estado de naturaleza, se encuentra capacitada para hacerse con todo aquello que sus habilidades le permitan obtener, en este escenario, la asociación voluntaria, que da origen al contrato, se erige a partir de la intención de preservación de la libertad y de sus propiedades.

Rousseau²⁶⁴ en su obra el contrato social (1762) postuló a la autopreservación como el motor central que tienen en consideración los humanos para asociarse. En este estado natural, los humanos tienen impulsos e instintos, lo que los compele a constituir una sociedad civil, en la que las libertades se encuentren limitadas por la obligación moral de buscar el bien común, estableciéndose así unos parámetros mínimos de convivencia y de cooperación.

Posteriormente, Kant²⁶⁵ en su obra Fundamentación de la metafísica de las costumbres (1785) desarrolló la teoría de los imperativos categóricos, los que equiparó a las obligaciones morales, de las que se deduce que cualquier ser racional deba tender al bien, por tanto, actuando moralmente, se verá reflejada la racionalidad universal que debe gobernar al ser humano y que incidirá en el conglomerado social.

Las ideas a las que acabamos de referirnos, desarrolladas en la filosofía política, se mantuvieron sin alteraciones posteriores o modificaciones sustanciales durante los siglos XVIII y XIX, explicado esto, en parte, por cuanto las mismas fueron puestas en práctica en el ejercicio del poder político a través de distintas formas estatales, en diversas partes del mundo. Pese a ello, en la segunda mitad del siglo XX, el interés por estas cuestiones de la filosofía política resurgió principalmente

²⁶³ LOCKE, John. 2016. Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration. Oxford. Oxford University Press.

²⁶⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. 2009. The Social Contract. Oxford: Oxford University Press.

²⁶⁵ KANT, Immanuel. (2017). The Metaphysics of Morals. Cambridge: Cambridge University Press.

en los Estados Unidos de América, allí Rawls²⁶⁶ en su obra Teoría de la Justicia (1971) atacó las teorías del contractualismo clásico por considerarlas utilitaristas, por ello, postuló una nueva teoría centrada en la posición original y el velo de la ignorancia, justificando el contrato social desde una negociación entre los sujetos, a partir de tres condiciones, a saber: la racionalidad, las obligaciones morales y la simétrica posición de negociación.

3.4 EL INSTITUCIONALISMO Y SUS VISIONES DEL PROCEDIMIENTO

A partir de los desarrollos alcanzados en la filosofía política con la teoría del contractualismo, se hizo posible hablar de institucionalismo, así como del sistema de equilibrios en la gobernanza perseguida; equilibrios que se reflejan en primera instancia, en los ámbitos nacionales y posteriormente, debido a las dinámicas propias se proyectaron al escenario global. En esta perspectiva, el surgimiento y consolidación de las instituciones, depende directamente de la aceptación colectiva de las mismas, esto es, de la visión del colectivo, no como una sumatoria individual de creencias, sino como una representación colectiva²⁶⁷, basada en la creencia popular que produce una idea de soporte.²⁶⁸

Esta aproximación desde la filosofía lingüística, en el campo del derecho, soporta al positivismo, en el que el procedimiento legal es una institución social con propiedades deónticas, simplemente porque es colectivamente aceptado, erigiéndose como un hecho social. En este marco, la aceptación social le da una fuerte fundamentación al análisis positivista de la configuración procesal, debiendo tender a lograr el propósito de las instituciones sociales relacionadas y la forma

²⁶⁶ RAWLS, John. 1971. A theory of Justice. Cambridge MA: The Belknap Press of Harvard University Press.

²⁶⁷ El concepto de lo representativo fue desarrollado en la filosofía analítica, particularmente en la obra de Austin, quien consideró que una frase o predicado hace parte del acto o de la acción, como sucede en el caso en el que el juez redacta la sentencia en la que determina que el procesado no es encontrado culpable del crimen, o cuando el legislador señala que está prohibido fumar en público. AUSTIN, John. 1962. How do things with words. Oxford: Clarendon Press.

²⁶⁸ SEARLE, John. 2010. Making of the social world: The structure of human civilization. Oxford: Oxford University Press.

como pueden contribuir para materializar las finalidades propuestas, a partir de una visión teleológica de los mismos.

Desde otra perspectiva, la visión instrumental de las instituciones sociales, las define a éstas como las reglas constitutivas que comprenden las distintas obligaciones, derechos y roles que deben asumir los sujetos participantes. En este escenario, los individuos formulan sus acciones de acuerdo con las reglas formales, así como la misión formal de las instituciones, a la vez que deben sortear la tentación de usar la discreción asociada con el rol que ocupan y que puede hacerles tender a hacer prevalecer sus propios fines.

De conformidad con lo afirmado por Rawls, desde una distinción entre la esencia procesal y la sustancial, se evidencia que el criterio normativo del procedimiento, en el que el problema se centra en la forma como este debería ser idealmente, contribuye a la materialización de los fines perseguidos, en tanto sea clara la finalidad buscada, por cuanto el procedimiento debe contribuir a la consecución del mismo, como una representación de la perfecta justicia procedimental, no obstante, este autor reconoce las dificultades que se presentan en la construcción de un procedimiento que logre estos fines. Aún cuando teóricamente se postula la perfecta justicia procesal, el sistema mismo no provee una garantía de alcanzar las metas propuestas, situaciones a las que se refirió Rawls como el camino intermedio entre la perfecta y la imperfecta justicia procesal.²⁶⁹

En una visión distinta, Dworkin plantea la forma como la aproximación deontológica puede brindar una racionalidad a los procedimientos civiles y penales con base en dos máximas a saber: De una parte, debe haber gobierno justo, a la par que, cualquier decisión política debe dar un trato igualitario a todos los ciudadanos. Con base en estos planteamientos, considera que el procedimiento debe tener en consideración la importancia del riesgo de daño moral, a la par que

²⁶⁹ RAWLS, John. 1971. *A theory of Justice*. Cambridge MA: The Belknap Press of Harvard University Press.

debe asegurar la ponderación de este daño. En la visión de este autor, en las cuestiones procesales es inadmisibles el uso de la relación costo beneficio debido a los riesgos de la inmensurabilidad de los daños morales que se derivan de los errores presentados en esta materia.²⁷⁰

Rawls y Dworkin enfatizan en la necesidad de perseguir el éxito del procedimiento, sin embargo, no coinciden en las opciones para lograrlo, por cuanto Rawls, a partir del análisis de lo impracticable, considera que la esencia del procedimiento debe ser su pureza, sin que se haya dado a la tarea de especificar la forma de llevarlo a la práctica, en tanto Dworkin, haciendo una distinción entre lo sustantivo y lo procesal y a partir de la aproximación moral, sugiere que el procedimiento requiere un trato justo y equitativo para las partes, a partir de los derechos reconocidos, en consecuencia, la visión deontológica que se usa como basamento para teorizar acerca de los procedimientos de adjudicación y por la que este trabajo toma partido, considera que hay unos elementos de la esencia del procedimiento que tienen carácter irreductible para que pueda materializarse un procedimiento justo.²⁷¹

En esta visión filosófica, los procedimientos son instituciones sociales compuestas por estructuras formales e informales que han sido designadas para dar contenido a una finalidad normativamente prevista. Esta finalidad tiene dos facetas, la primera está vinculada a la labor de adjudicación en concreto, en tanto que la segunda se relaciona con propiciar la mayor cantidad de recursos disponibles, no obstante, por su naturaleza, una institución social de esta clase es imperfecta. De una parte, por cuanto la información acerca de lo fáctico puede ser incompleta y difícil o imposible de extraer, a la vez que los conceptos legales pueden ser vagos o indeterminados, sin perder de vista el lugar preponderante que ocupa el tiempo, como un bien preciado. Sumado a ello, debe buscarse evitar los errores o poder gestionar de forma óptima la aparición de los mismos y su manejo.

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. 1986. *Law's Empire*, Cambridge. Harvard University Press.

²⁷¹ ADLER, Michael. 2010. "Understanding and Analyzing Administrative Justice" in Adler, Michael *Administrative Justice in context*. London: Hart Publishing.

En la visión de Fuller²⁷² la adjudicación, al caracterizarse como un proceso de toma de decisiones, que implica por tanto, concederle la razón a uno de los intervinientes en la disputa, usando una forma particular de razonamiento para justificar las conclusiones, basados en argumentos persuasivos y en pruebas, en la que se persigue dar una solución a la disputa, en la que dicha resolución es adoptada por un tercero.

Es por ello que, la estructura institucional de un procedimiento adjudicativo se conforma a partir de las situaciones que se busca resolver, así como de las soluciones que, se supone, debe proveer. Las entradas de esta estructura, serán los eventos que se vayan dando y que se encuentren considerados de tal forma en las disposiciones que regulen el sistema, en tanto que las salidas o soluciones esperadas de un procedimiento serán dadas a partir de las respuestas en la medida de la aplicabilidad de las normas predispuestas a los hechos que se presentan en concreto. A partir de esta estructura debidamente conformada, que permite que los hechos se materialicen en decisiones concretas, podrá predicarse la existencia de un procedimiento en estricto sentido.

Desde la época de los romanos se planteó la distinción entre los delitos, entendidos éstos como la afectación que se producía con respecto a intereses individuales y los crímenes, los que eran considerados como actos en contra de la sociedad²⁷³, por lo cual se daba una clara configuración del procedimiento. En esta visión, dentro del procedimiento criminal se consideraba al acusado y a la sociedad como los intervinientes del trámite, por tanto, la víctima del crimen tenía un papel marginal. En tanto que, frente a los delitos, ocupaba el rol central en la resolución del caso.

Desde esta perspectiva histórica, se puede apreciar la forma como actúa el Estado y como este poder es percibido en el procedimiento de adjudicación, de tal forma

²⁷² FULLER, Lon.1978. The forms and Limits of Adjudication. 92 Harvard Law Review.

²⁷³ MOUSOURAKIS, Georg. 2015. Roman law and the origins of the civil law tradition. Berlin: Springer

que el papel del Estado podrá ser tenido como activo o reactivo, dependiendo de los medios que provea para resolver la disputa.²⁷⁴ En la época actual, se pueden identificar varias fases en las que se divide el procedimiento y que cumple una función específica, siendo una característica fundamental la neutralidad de quien adopta la decisión al interior de un trámite que va discurriendo entre fases, de tal forma que la fase final será la decisión tomada, la cual corresponderá a la última salida institucional a adoptar.

Desde una perspectiva puramente consecuencialista, el procedimiento es visto como la herramienta que permite la conjunción entre los elementos fácticos y los conceptos legales vinculados a un caso, que permiten llegar a una correcta decisión. En esta perspectiva, pueden ser utilizadas diversas técnicas de encuadramiento de los hechos y de toma de decisiones, sin embargo, lo relevante y decisivo en esta visión es la forma como puede llegarse a soluciones que pueden ser consideradas como óptimas, siempre que se permita la materialización del derecho sustancial, es decir, se tiene en cuenta un puro criterio legalista de aplicación de las disposiciones normativas a los hechos que hayan resultado procesalmente acreditados.

Por lo planteado, el diseño óptimo del procedimiento estará marcado entonces por el balance entre la relación costo beneficio que se da entre los elementos que se interrelacionan para obtener el resultado y por tanto la decisión correspondiente que dirime el conflicto.

Como se señaló en precedencia, en la visión deontológica se encuentra necesariamente implicada la ética, la que ha sido vista en la teoría del derecho a partir de dos aproximaciones, a saber: La naturalista, en la que la ética y el derecho están entrelazadas, en tanto que la visión positivista, en la que se mira al derecho y a la ética por caminos independientes. Este debate en términos

²⁷⁴ DAMASKA, Mirjan R. 1986 *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press.

modernos se dio a partir de las posturas de Hans Kelsen de 1934²⁷⁵ y de Herbert Hart de 1961²⁷⁶, en la que, de forma disimil, plantearon una teoría positivista del derecho, que se encuentra liberada de cualquier atadura ética. Por su parte, la teoría naturalista, fue desarrollada por los teóricos Lon Fuller²⁷⁷, John Finnis²⁷⁸ y Ronald Dworkin.²⁷⁹

En el marco de esta visión positivista, la separación entre ética y derecho no impide que quien administre justicia, en el proceso de interpretación de los principios legales, fundamente sus decisiones en consideraciones que no provienen de las fuentes del derecho positivo en esencia, sin embargo, esto resulta admisible únicamente en dos casos puntuales. De una parte, en los casos en los que esta construcción se da a partir de la argumentación basada en la moral, como fuente del derecho positivo, lo que se hace admisible bajo la condición que éstos, han sido revestidos de validez por el propio sistema legal, al aplicar la regla de reconocimiento, lo que da cuerpo a la corriente denominada positivismo incluyente, por cuanto tiene en cuenta consideraciones de tipo moral.²⁸⁰

En tanto que la segunda visión se abre paso en los casos en los que quien administra justicia busca la solución al caso por fuera de las fuentes legales, como ocurre en los casos en los que se desarrollan nuevas reglas a partir de criterios extralegales, que pueden ser incluso morales, pero frente a los que quien administra justicia, no está atado por la aplicación de las fuentes legales, debiendo

²⁷⁵ KELSEN, Hans. 1979

. General Theory of Norms. Oxford: Clarendon.

²⁷⁶ HART, Herbert, 2012. The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press.

²⁷⁷ FULLER, Lon. 1978 The morality of law. New Haven: Yale University Press.

²⁷⁸ FINNIS, John. 1987. Natural Law and natural rights. Oxford: Clarendon Press.

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. 2011. Justice for Hedgehogs. Cambridge MA Belknap Press of Harvard University Press.

²⁸⁰ HIMMA, Kenneth. 2004. "Inclusive legal positivism" in Coleman, Jules and Himma, Kenneth and Scott, Shapiro (eds) The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press.

mantenerse la separación entre moral y derecho, denominándose por tanto positivismo excluyente.²⁸¹

Por su parte, el abordaje Hartiano busca reformular la visión de Bentham y de Austin, que consideraba al derecho como una expresión básica de la soberanía, que podía ser impuesto por la fuerza, en tanto que Hart, postuló la regla de reconocimiento, como centro esencial del positivismo moderno, por cuanto justifica la forma en la que una norma se convierte en parte del sistema legal, que se valida a paritr de una regla superior, lo que acercó teóricamente a Hart con Kelsen, quien había postulado su visión de la norma fundamental, como la esencia del sistema legal.

En el escenario recién planteado, el centro de la discusión con respecto a la legalidad, desde la perspectiva del positivismo, debe ser resuelto con referencia al conocimiento que se tiene en el presente de los hechos, en tanto que en la visión naturalista, a esta noción de hechos se le adicionan consideraciones morales que existen de forma independiente a los hechos, como un conocimiento a priori, que es intrínsecamente cierto y que no deviene de ninguna autoridad, que simplemente describe las cosas como podrían ser, mas no las describe como son en la actualidad, por tanto, en la visión de Hart de la teoría del derecho²⁸² se sintetiza el conflicto entre el derecho natural que concibe a este como un sistema de reglas, completo y sin vacios y el realismo que entiende que el derecho sólo existe en el momento en que se requiere la aplicación del mismo y por tanto, se encuentra ampliamente influenciado por factores extralegales. En esta teoría, la regla de reconocimiento es considerada una regla social que fundamenta la producción de normas que señalan la forma como deberían ser las cosas, que se

²⁸¹ MARMOR, Andrei. 2004. "Exclusive Legal Positivism" in Coleman, Jules and Himma, Kenneth and Scott, Shapiro (eds) The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press.

²⁸² HART, Herbert, 2012. The Concept of Law. Oxford. Oxford University Press.

encuentra basada en conocimiento a priori y que por tanto, desde este enfoque se le concede el atributo de ser verdadera²⁸³.

Con base en el enfoque recién descrito se considera que los hechos morales son un conocimiento a priori, que es intrínsecamente cierto e independiente de cualquier clase de autoridad, por tanto, los hechos morales señalan como deberían ser las cosas, pero no describe las cosas como son en la época presente. A partir de este análisis, la legalidad en la visión naturalista será abordada por medio de una combinación entre las cosas como son y como deberían ser desde el punto de vista moral. En tanto que en la visión positivista, la respuesta se da a partir de la la pregunta acerca de la legalidad y debe ser abordada con relación al conocimiento que es observado en el presente.

En contraposición a lo recién expresado, Dworkin²⁸⁴ consideró a las reglas como sistemas binarios que son aplicados o no, en tanto que vio a los principios como conceptos dinámicos que pueden entrar en conflicto entre ellos y que a partir de sopesarlos, contribuirán en la resolución de los casos difíciles, eventos en los cuales quien decide no crearía nuevas reglas, por cuanto, basado en razones morales descubrirá cual es el principio que debe prevalecer.

Desde esta visión teórica, el problema central del procedimiento se relaciona con el balance interno de los elementos que deben concurrir para que funcione de forma óptima, y en consecuencia este se relacionará con dos niveles, De una parte, lo que tiene que ver con la forma como se utilizan los recursos puestos a disposición del procedimiento, en tanto que de otra parte, se trata de buscar un balance adecuado que evite la materialización de errores. En la medida en que se

²⁸³ Idem: El autor plantea que la regla de reconocimiento es: “[T]he rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” P. 254-59. P. 259 Hart afirma: “[T]he law of a system is identified by criteria provided by a rule of recognition accepted in the practice of the courts (...)”

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Boston: Harvard University Press.

logre un adecuado balance de estos criterios, se propiciará la consecución de un procedimiento justo.

Es importante resaltar la relevancia de las cuestiones relacionadas con las razones que inclinan a los litigantes a uno u otro sistema de resolución de controversias, los cuales pueden venir de la intención de disminuir los costos asociados a las posibles demoras e inversión de recursos y de tiempo en la resolución de los conflictos, lo que lleva a los litigantes a buscar la minimización de los costos externos, vinculados con una posible decisión desfavorable, así como el tiempo y esfuerzo que demanda el procedimiento.²⁸⁵ Decisión que podrá estar inclinada a su vez, por la presencia o ausencia de estándares para dirimir el conflicto, entendidos éstos como una deducción lógica que subyace al razonamiento de la decisión y que es aceptada por las partes.

3.5 LOS MODELOS DE TOMA DE DECISIONES Y EL ASPECTO PROCESAL

Dentro del esquema de las instituciones sociales, el derecho ocupa un papel preponderante²⁸⁶ y dentro de este, la resolución de los conflictos es un área que permite gestionar las diferencias surgidas entre los sujetos. Estos modelos de gestión, son de diversas clases y adoptan distintos rasgos característicos, de acuerdo a su enfoque, no obstante y atendiendo a su presencia en el plano legal, los principales puntos que permiten esquematizar cada modelo, tienen en consideración, la meta hacia la que tiende, el valor primario que toman las decisiones, así como el tema relacionado con éstas, las clases de estándares o normas usadas en la construcción de la decisión, así como el tipo y grado de discreción del que está revestido la persona que la adopta.

²⁸⁵ BUCHANAN, James and TULLOCK, Gordon. 1962. The calculus of consent. Ann Arbor: University of Michigan Press.

²⁸⁶ HIMMA, Kenneth. (Ed). 2018. Law as an artifact. Oxford: Oxford University Press.

Los sistemas procesales han sido clasificados de forma clásica entre adversariales²⁸⁷ e inquisitivos, con sus rasgos distintivos y particularidades, correspondiendo el primero de ellos al sistema del common law, en tanto que el segundo se encuentra adscrito al civil law²⁸⁸. Éstos modelos se encuentran profundamente inducidos por el contexto social en el que se desarrollan²⁸⁹. En tanto que el modelo adversarial se caracteriza por la primacía de la oralidad sobre las formas escritas y por tanto se centra en los derechos, el modelo inquisitorial enfatiza en el esquema de obligaciones²⁹⁰.

En los sistemas adversariales, son las partes las que tienen el manejo de la evidencia, así como de los hechos que pretenden acreditar, de presentar e interrogar testigos y hacer contrainterrogatorios, por tanto, cada parte tiene la posibilidad de presentar las pruebas que estime convenientes y tendrá la posibilidad de escoger a los testigos y a los expertos relacionados con el caso. A su vez, las partes tienen el derecho a contradecir las pruebas, mientras las mismas son presentadas ante el encargado de resolver el litigio, quien asume un rol de garante frente a las reglas procesales interviniendo para evitar que las mismas sean transgredidas o que alguna de las partes pida la intervención directa de este, manteniendo en todo caso la distancia necesaria que caracteriza la imparcialidad, por cuanto en este modelo la noción del caso se crea a partir de la confrontación desarrollada por las partes y con base en las pruebas por ellos aportadas. El proceso basado en el modelo adversarial se construye de forma continua e ininterrumpida, hasta que se logra acceder a una decisión.

²⁸⁷ RAMOS ROMEU, Francisco. 2009. Proceso Inquisitorial y proceso adversarial Orígenes y funcionamiento en 109 países en Vásquez Sotelo, José Luis. Rigor Doctrinal y Práctica Forense. Barcelona: Atelier Libros. P 815 – 840.

²⁸⁸ GLENDON, Mary Ann, WRIGHT – CAROZZA, Paolo and PICKER, Colin. 2016. Comparative Legal Traditions in a Nutshell. St. Paul: West Academic Publishing.

²⁸⁹ SUMMERS, Robert S. 1974. Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for “Process Values”. 60 Cornell Law Review

²⁹⁰ PAIR, Lara. Cross – 2002. Cultural Arbitration: Do the Differences Between Cultures Still Influence International Commercial Arbitration Despite Harmonization? 9 ILSA J. INT’L & COMP. L. 57,62

A su vez, el modelo adversarial, con base en el sistema legal en que se encuentra instalado, tiene como meta principal la resolución de conflictos, así como su valor primario es la individualización de la justicia, que se particulariza a partir de las decisiones que se adoptan con base en las conductas y situaciones individuales de los intervinientes, en el que la base de la decisión estará integrada por las fuentes del sistema normativo y por tanto, quien debe adoptar la decisión estará obligado a tener en cuenta una multiplicidad de factores en aras de proveer una decisión definitiva, haciendo de la discrecionalidad, una herramienta que estará presente en la resolución.²⁹¹ Atendiendo a las características de este modelo, es el propicio en los casos en los que la situación es puramente conflictual, esto es, cuando el resultado se muestra a partir de la existencia de un ganador – perdedor, a la vez que se caracteriza por la presencia de estándares imprecisos, que permiten la discreción, por lo que se da espacio para que aquel que deba adoptar la decisión, pueda tener en cuenta sus consideraciones particulares.

Por su parte el modelo inquisitorial de procedimiento se distancia del que acabamos de mencionar, atendiendo al especial rol que desempeña quien administra justicia, no solo en la conducción del procedimiento sino en la recolección de los medios de prueba, a partir del momento en que la parte presenta la demanda correspondiente. En esta clase de sistemas las partes no ostentan unas facultades amplias en el campo probatorio, como sucede en el modelo adversarial, por cuanto la búsqueda de la verdad o establecer los hechos del caso, delimita los contornos del procedimiento.

Para efectos prácticos de la presente investigación, es necesario distinguir el modelo de adjudicación, como base de la toma de decisiones caracterizado por la conflictividad y la contraposición de intereses²⁹², dentro de los modelos posibles e

²⁹¹ SIMON, William. 1983. "Legality, Bureaucracy and Class in the Welfare System" Yale Law Journal 92. P. 1198 – 1269.

²⁹² FRANKEL, Marvin. 1980. Partisan Justice. New York: Hill and Wang.

identificables. Partiremos entonces de considerar que el modelo de adjudicación²⁹³ es fundamentalmente adversarial, al abordarlo como la forma relacionada con las situaciones en las cuales se presentan intereses contrapuestos entre dos o más partes, quienes tienen la responsabilidad de gestionar la información que deben presentar a quien tiene a cargo dirimir el conflicto. Igualmente se caracteriza por la importancia que tienen tanto las partes, así como quien está llamado a tomar la decisión,²⁹⁴ quien actúa en condición de tercero.

Desde lo doctrinal, Thibaut y Walker²⁹⁵ analizaron cuatro factores que se consideran determinantes al momento de inclinarse por uno de los modelos de resolución de controversias. El primero de ellos se relaciona con establecer si el conflicto es cognitivo o de intereses, el tiempo que se requiere para llegar a una decisión definitiva, la existencia de estándares que permitan establecer la decisión y la posibilidad de tener una definición coherente.

Ahora bien, el modelo adversarial que usa la adjudicación para resolver las disputas, como bien público, funciona a su vez para crear derecho, no solo para las partes inmersas en el conflicto, sino en general, por la vía del precedente, lo que contribuye a la certeza, predictibilidad y consistencia, a la vez que crea información pública, a partir de los fallos que conforman el precedente, cuya importancia dentro del sistema, dependerá de la relevancia que pueda tener esta fuente del derecho. Este carácter público se podrá ver remarcado, en la medida en que las cuestiones objeto del litigio se relacionen con intereses públicos, tales como el medio ambiente, la competencia, los recursos públicos, de tal forma que las decisiones pueden evitar la proliferación de conflictos.

²⁹³ RAMOS ROMEU, Francisco. 2013. Estudio empírico de algunos paradigmas procesales: La Iglesia, Damaska y Chiovenda, en Joan Pico i Junoy (Director) Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos. Madrid: Bosh Editor. P 82 – 107.

²⁹⁴ FULLER, Lon. 1978. The forms and Limits of Adjudication. 92 Harvard Law Review.

²⁹⁵ THIBAUT, John and WALKER, Laurens. 1975. Procedural Justice. Hillsdale: Erbaum.

El esquema adversarial puede tener marcadas diferencias con respecto a los demás, particularmente en lo que corresponde con los gastos de las partes y su experiencia procesal, así como las habilidades para cuestionar a los testigos, la posibilidad de interrogar en las audiencias, como rasgos distintivos que propugnan por la completa igualdad. Es así como estas particularidades del esquema adversarial se fundan en una visión formal de justicia, a la par que, otros modelos, como lo abordaremos brevemente, se apoyan en determinados estándares o en normas para producir consistencia.

En la visión de una parte de la doctrina²⁹⁶, en los sistemas de arbitraje de inversión se adoptó la estructura del arbitraje comercial internacional con las adaptaciones propias y requeridas para resolver conflictos relacionados con la esfera pública y regulatoria, buscando con ello que los árbitros ostentaran el poder de resolver los conflictos derivados de cuestiones regulatorias entre los inversionistas y los Estados, con base en un sistema al cual se accede a partir del acuerdo de las partes y que debiera caracterizarse por la apertura, la coherencia y la independencia.

3.6 DIRIMIENDO DISPUTAS EN LA ESFERA INTERNACIONAL

En lo que atañe al propósito de este trabajo, es el procedimiento y su aplicación en el trámite arbitral el que resulta relevante, por tanto, las macrofunciones del mismo, así como sus tareas esenciales se pueden determinar a partir de un análisis que considere a los principales sujetos envueltos en cada tipo de proceso y que tenga en cuenta las fuentes que lo han alimentado, así como su historia, para lograr establecer sus elementos característicos.

²⁹⁶ VAN HARTEN, Gustav. 2007. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press. Este autor asume una posición crítica frente al sistema de arbitraje internacional de inversión, al considerar que se trata de un trasplante de las reglas del arbitraje comercial internacional, correspondiente a disputas entre privados y que por la vía del CIADI se convirtió en un proceso legal transnacional en el que se discuten cuestiones vinculadas con la soberanía de los Estados.

Hemos afirmado en precedencia, que el proceso es la vía dispuesta por el ordenamiento para acceder a los contenidos establecidos en las normas sustanciales, sin embargo, en algunos casos el proceso, por diversas circunstancias, antes que facilitar la concreción del derecho, contribuye de forma determinante a su distorsión, por laxitud o por formalidad o por efecto de las situaciones fácticas a las que se aplica, impidiendo que se resuelvan de forma justa y adecuada las disputas. Es precisamente esta clase de situaciones las que se buscan evitar con la configuración de procesos que propicien las soluciones efectivas y que contribuyan a la concreción del aspecto sustancial, antes que a su distorsión.

Desde una pura visión instrumental, el proceso se refiere a una vía para llegar a un determinado fin, estos es, en tanto que las disposiciones sustantivas se refieren a fines consagrados por el ordenamiento, las reglas de procedimiento, en esta visión, juegan el papel de contribuir a la consecución de los fines que han sido establecidos. La distinción no es sencilla, máxime si se tiene en consideración que, en diversas situaciones, la finalidad contenida en una norma sustancial, que propende por la consecución de un fin específico, lleva implícito alguna medida de carácter procedimental, en tanto que algunas cuestiones que pareciera revestir un carácter puramente procesal, adquieren un determinado contenido específico, por tanto, como ya se afirmó, las reglas procesales en algunos casos adquieren un carácter quasi – sustancial, en tanto que en otras, las reglas sustanciales uno quasi – procedimental.

La necesidad de la distinción entre lo sustancial y lo procesal, que como ya se indicó puede llegar a considerarse como vacía de contenido, se hace plausible, por cuanto el procedimiento ha ido adquiriendo una importancia mayor en el derecho, esto debido a la relevancia de la distinción entre la acción y la consecuencia. Desde esta perspectiva, la calidad de los resultados que arroja el derecho procesal, será medido en relación al derecho sustantivo, por tanto, se podrá predicar el éxito en el procedimiento, en los casos en los que se logra

acertar tanto en establecer los hechos del caso y la consiguiente aplicación de las normas pertinentes.

Normalmente, los criterios o finalidades perseguidos por las normas sustanciales aparecen de forma evidente, sin embargo, puede no ser sencillo determinar el encuadramiento de los hechos a los supuestos predispuestos. Frente a estos casos, la salida que normalmente adopta el ordenamiento es el establecimiento de un procedimiento obligatorio, que determine la aplicabilidad de los criterios sustantivos a la situación fáctica.

En su aspecto introductorio, el proceso en el common law, distingue entre la etapa previa al inicio del juicio y el juicio mismo, en tanto que en el proceso del sistema del civil law, el mismo es iniciado a partir de una demanda en la que se informa a la contraparte, para que se allane a lo solicitado o por el contrario, se oponga a las pretensiones de quien inicia la acción. En algunos casos, quien inicia el procedimiento solicita la práctica de medidas cautelares, buscando asegurar la efectividad de la decisión que se tomará en el juicio. Luego de haberse dado este intercambio introductorio entre las partes, la etapa preliminar del caso se considerará iniciada.

El abordaje del proceso se distingue entre el common law y el civil law, por cuanto en aquel, el descubrimiento de las pruebas y el trámite mismo depende de las partes, en tanto que en el civil law el proceso se encuentra bajo el control de quien administra justicia. Los procesos son similares con respecto a la audiencia principal, si se tiene en cuenta que las partes deberán presentar sus argumentos y las evidencias en las que se apoyan, buscando una decisión de parte de quien tiene a cargo tal función, por tanto, se determinará cuales hechos han sido probados y cual es el derecho aplicable a la situación.

La estructura instrumental del proceso deja ver las características esenciales de este, a partir de las fases establecidas, en las cuales la información relacionada

con los hechos y los criterios legales es clasificada y organizada. A su turno, en la fase de decisión se podrá ver la toma de las mismas a partir de los hechos y las pruebas evidenciados previamente. Dentro de estas dos grandes fases en las cuales se puede dividir el trámite, es posible identificar máximas que guían el mismo y que son derroteros en términos generales, en tanto que las provisiones específicas serán las aplicables de forma concreta y puntual.

La diferencia entre las distintas clases de procesos deviene de una explicación lógica que puede basarse en la historia y con referencia a las tendencias de las que puede provenir el instituto y del que se desarrolló. No obstante, del devenir histórico se aprecia con claridad que, en su esencia, los trámites se dividen en la fase inicial de conformación del litigio y la de decisión, en la cual se adoptará la resolución final, fases que han tenido sus propias dinámicas a lo largo de la historia en cada una de las tradiciones jurídicas en las que se han presentado, denotándose que los cambios durante el proceso evolutivo, han versado en concreto con respecto a la forma y la persona a cargo de adoptar las decisiones.

Una configuración adecuada de un instrumento procesal para un tipo específico de decisión depende de las finalidades que se aspire conseguir, así como de la efectividad de cada instrumento en las circunstancias propias de la aplicación. La finalidad esencial de un proceso debe ser la de organizar y extraer la información relevante que de paso a la deducción racional en aras de adoptar de forma objetiva la mejor decisión posible.

Como ya se afirmó en precedencia, desde el punto de vista instrumental, el proceso se integra por una fase de encuadramiento y una de decisión, en tanto que una visión normativista del proceso, apunta a la exactitud, así como a la eficiencia en los costos de las dos fases señaladas, por tanto, desde la visión instrumental, cada norma cumplirá una función en rol de las dos fases señaladas,

en tanto que desde el punto de vista normativo²⁹⁷, cada regla procesal deberá contribuir en el balance entre la exactitud y la eficiencia en los costos.

3.7 EL MODELO DE TOMA DE DECISIONES DEL SISTEMA ARBITRAL

Desde una visión simplista, los sistemas internacionales de resolución de disputas son tenidos como herramientas que aseguran el cumplimiento de determinados objetivos que las partes envueltas en los litigios presentan ante ellos²⁹⁸, que en el caso del arbitraje se enmarca dentro de los precisos límites del acuerdo y por tanto los árbitros dependerán del contenido y alcance de este acuerdo para ejercer sus funciones, a pesar de las amplias atribuciones con las que en muchos casos cuentan, en aras de establecer los hechos del caso o de permitir la intervención de terceros ajenos a la disputa, así como la delimitación del litigio, con base en argumentos que pueden no haber sido planteados por las partes²⁹⁹, en consecuencia, no resulta fácil encasillar a quienes administran justicia en el plano internacional, dentro del tipo ideal de creador de derecho planteado por Weber³⁰⁰. A partir de esta comprensión, se puede explicar la razón por la cual, algunos tribunales adoptan una visión particular de la noción de admisibilidad, competencia, así como la intervención de terceros.³⁰¹

En este marco, en la búsqueda de establecer los hechos del caso, quien está llamado a dirimir la disputa, ostenta las facultades de definir la forma como se admitirá y evaluará la evidencia presentada, así como el estándar y carga de la prueba, por cuanto corresponden a asuntos de competencia de quien tiene a cargo la resolución del conflicto y en los que los instrumentos que regulan la

²⁹⁷ BAYLES, Michael. 1987 Principles of law: A Normative Analysis: Dordrecht: D. Reidel Publishing Co.

²⁹⁸ ÁLVAREZ, José E. 2017. The Impact of International Organizations on International Law. Leiden; Boston: Brill Nijhoff.

²⁹⁹ GORDON, Edward. 2012. "The ICJ: On Its Own" in Nanda, Anjali and Mundt, Alissa (eds), Perspectives on International Law in an Era of Change. University of Denver, Sturm College of Law 74.

³⁰⁰ WEBER, Max. 1947. The Theory of Social and Economic Organization. New York: Free Press.

³⁰¹ PAUWELYN, John. 2001. "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?" 95 AJIL 535.

resolución, no establecen de forma detallada, en consecuencia, se ostenta un considerable margen de discrecionalidad.

El arbitraje se encuentra soportado en un modelo de toma de decisiones que se fundamenta en un esquema adversarial de adjudicación, que en la práctica se ha impuesto por múltiples razones, entre otras, por ser el que corresponde al esquema en que han sido formados los abogados que intervienen preponderantemente en este sistema, así como los cuerpos judiciales, de los principales foros relacionados con el mismo. Este modelo de adjudicación, utilizado en los sistemas judiciales y desde luego en el arbitraje, se diferencia del modelo de adjudicación que impera entre los creadores de normas.³⁰² De una parte, en las decisiones que se adoptan para dirimir los conflictos, la adjudicación es retrospectiva y basada en los hechos pasados y presentes, en tanto que en la creación de normas es prospectiva, tendiendo a modificar situaciones legales y relaciones en el futuro. De igual forma, la legislación está concebida de manera general, para diversas clases de personas, así como de hechos, en tanto que la decisión que se dicta al final de un litigio es particular y concierne a individuos específicos y la decisión estará basada en principios y reglas, con base en la información que haya sido presentada por las partes al encargado de adoptar la decisión, cumpliendo con unos estándares formales de justicia.³⁰³

Pese a ser el imperante,³⁰⁴ esto no lo reviste de infalibilidad, por tanto, el modelo adversarial debe ser evaluado a partir de su habilidad para resolver las disputas, estableciendo la verdad y minimizando la suma de errores, así como de costos asociados al proceso que impidan la concreción de una salida justa al caso planteado, además de lo ineficiente que resulta como fórmula de solución entre

³⁰² GALLIGAN, Denis. 1986. *Discretionary Powers: A legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon Press.

³⁰³ ZUMBANSEN, Peer. 2011. "Debating Autonomy and Procedural Justice: The Lex Mercatoria in the Context of Global Governance Debates—A Reply to Thomas Schultz" (2011) 2 *Journal of International Dispute Settlement* 427.

³⁰⁴ THIBAUT, John. and WALKER, Laurens. 1975 *Procedural Justice: A psychological Analysis*. Hillsdale N.J.: Laurence Erlbaum Associates Publishers. Este estudio concluyó que el modelo adversarial de adjudicación produce mayor satisfacción que los otros modelos existentes; TYLER, Tom. 2021. *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press.

partes que pueden seguir atados por una relación legal, aún después de haberse dictado la decisión que pone fin al conflicto, además de las falencias de las que adolece en el campo de la búsqueda de la verdad, por cuanto el sistema mismo incita a que las partes produzcan evidencia en su favor, de tal forma que logre contraponerse a los medios de prueba recogidos por el opositor.

En el esquema arbitral, el modelo de adjudicación se erige como un bien público, teniendo que, de una parte, a partir de la producción de disposiciones jurídicamente relevantes que se da en estos escenarios y de los razonamientos que ellos continen, podrán constituirse estas decisiones, en unas guías de resolución para los subsiguientes casos, tanto para los potenciales árbitros, así como a los abogados, aún teniendo en consideración las múltiples posturas que se pueden evidenciar alrededor de la vinculatoriedad del precedente y teniendo en consideración la restricción contenida en el artículo 48 (5) de la Convención del CIADI, no obstante, la mayoría de decisiones adoptadas por los tribunales de inversión se publican en la actualidad, si bien no las decisiones en toda su extensión, si al menos en forma de pequeños resúmenes.

El modelo de adjudicación como bien público dentro del arbitraje se cimenta a partir de la importancia que las partes le pueden dar a la información y su interés en mantener la mayor cantidad de información de manera confidencial, a la par que las situaciones pueden estar relacionadas con intereses públicos. Esta tensión entre los intereses privados y la confidencialidad, así como los intereses públicos y la necesidad de facilitar el acceso a la información, se presenta con frecuencia en el arbitraje internacional, especialmente en el arbitraje de inversión, y fue regulada en las reglas de transparencia de CNUDMI de 2014, aplicables a los arbitrajes entre un Inversor y un Estado, tal como se ha evidenciado en la resolución de algunos casos.³⁰⁵

³⁰⁵ Phillip Morris Asia Ltd v.s Commonwealth of Australia, Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2012 – 12 (2015).

En diversas áreas se puede evidenciar con claridad la tensión a la que venimos haciendo referencia, la primera de ellas se refiere a los casos en los que el conflicto a dirimir por la vía arbitral se vincula a relaciones entre los Estados y los particulares, basadas en diferencias con las regulaciones gubernamentales. Una segunda área se presenta en los arbitrajes grupales o colectivos en los que un amplio número de sujetos se han visto afectados por hechos similares al que nos referiremos más adelante, siendo estos dos tipos de situaciones conflictuales, las que típicamente se presentan en el arbitraje de inversiones y que frecuentemente allí deben ser dirimidas.

3.7.1 EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y EL MODELO DESCRITO

En la medida en que la economía se expandía, tal como lo referimos en el capítulo anterior y debido a la multiplicidad de conflictos surgidos en el derecho económico internacional, se fue consolidando un amplio espectro de mecanismos para resolver las controversias que se originan entre los sujetos intervinientes en dichos procesos³⁰⁶, sin embargo, el arbitraje internacional se ha posicionado como el sistema dominante en lo correspondiente a la resolución de controversias relativas, tanto al comercio, así como a la inversión³⁰⁷, al convertirse en un sistema atractivo, debido a las garantías que se ofrecen por medio de éste mecanismo, basados en los procedimientos justos y objetivos para las dos partes, con oportunidades iguales de presentar sus consideraciones al tribunal. A su vez, el tribunal, está obligado a decidir las disputas de forma imparcial y objetiva, con base en el derecho y las pruebas aportadas por las partes.³⁰⁸ Por su parte, el arbitraje que se desarrolla al interior del CIADI, se ha posicionado como un procedimiento con una visión transnacional, en la que confluyen las esferas públicas y privadas, así como nacionales e internacionales.

³⁰⁶ SHANY, Yuval. 2009. *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*. Oxford: Oxford University Press.

³⁰⁷ LANGFORD, Michael, BEHN, Daniel and HILLEREN LIE, Runar. *The Revolving Door in International Arbitration*, 20 *Journal of International Economic Law* 301 (2017).

³⁰⁸ DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Christopher. 2012. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.

De una parte, ha logrado tomar un lugar preponderante, teniendo en consideración la lentitud que caracteriza a los sistemas judiciales nacionales, así como a las demoras que provocan indiscutibles costos económicos, sin descontar los eventuales riesgos a los que se enfrentan los litigantes, ante la posibilidad de encontrarse con personas no capacitadas en materias especializadas o hallarse inmersos en sistemas judiciales desconocidos, sin perder de vista que, al interior de los sistemas nacionales, las presiones políticas, mediáticas, populares y étnicas o de otro tipo, pueden incidir directamente en la resolución de los litigios y es por tanto, una de las finalidades perseguidas por el arbitraje internacional al deslocalizar la resolución de los litigios, sin ninguna clase de desviación.³⁰⁹

En los últimos años, el derecho de inversión, así como el arbitraje que de este se deriva, junto con el sistema del arbitraje comercial internacional, han sido ampliamente tratados teóricamente, no obstante, gran parte de estos estudios se han dedicado a temas sustanciales, concretamente a lo referente a las protecciones básicas que son recibidas por los inversionistas extranjeros, que incluyen la protección frente a las expropiaciones sin una adecuada compensación, libertad de discriminación, y garantía de trato justo y equitativo. Estos derechos son análogos a los usados en el derecho internacional como garantías para los derechos de los inversionistas extranjeros, sin embargo, en el aspecto procesal no se han suscitado debates profundos, referentes a las materias que le son propias, por cuanto éstas, se han circunscrito al crecimiento de los costos y el tiempo que éstos demandan, los procesos en los que concurren múltiples partes, el régimen de las medidas cautelares o las tácticas dilatorias que son adoptadas por algunos de los litigantes, mas no el fondo de la cuestión en particular, dejando de lado, entre otras, que múltiples disputas adelantadas con base en los tratados de inversión envuelven elementos de derecho público³¹⁰ y

³⁰⁹ CLERMONT, Kevin and EISENBERG, Theodore. Xenophilia in American Courts, 109 Harv. L. Rev. 1120 (1995)

³¹⁰ BUTLER, Nicolette. 2013. Possible Improvements to the Framework of International Investment Arbitration, 14 The Journal of World Investment & Trade 613, 631.

tienen por tanto una incidencia en el caso, así como los efectos que se derivan de su resolución.

En una primera aproximación, en el aspecto conflictual, la distinción entre cuestiones procesales y sustanciales a la que se hizo referencia líneas atrás es relevante, por cuanto, las cuestiones de procedimiento están regidas por la *lex fori*, en tanto que los asuntos sustanciales se encuentran regulados en la *lex causae*³¹¹ y en algunos casos se da un indebido abordaje de los mismos, lo que no contribuye a despejar los asuntos planteados, sino por el contrario los agrava,³¹² máxime si se tiene en cuenta las particularidades que se derivan de la regulación contenida en los derechos nacionales, en la que determinados asuntos legales, pueden ser tratados de forma disímil.

En el escenario del arbitraje internacional concurren partes que proceden de Estados diferentes, relacionadas con culturas y sistemas jurídicos diversos, con las vicisitudes que esto produce. En consecuencia, el arbitraje internacional persigue la resolución de estas disputas sin que las mismas, se deban tramitar de acuerdo al procedimiento de una de las partes, por tanto, la neutralidad procesal es una expresión básica de la igualdad entre los sujetos inmersos en el conflicto³¹³ alejada de las formalidades y los tecnicismos propios de los sistemas procesales de cada Estado, por tanto, se persigue la consecución de soluciones prácticas en el marco de las resoluciones transfronterizas.

³¹¹ BIEHLER, Gernot. 2008. *Procedures in International Law*. Berlin: Springer. BRIGGS, Adrian. 2008. *Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press, P. 37; PANAGOPOULOS, George. 2005. 'Substance and Procedure in Private International Law', *Journal of Private International Law* no. 1: 69.

³¹² BORN, Gary. 2009. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International.

³¹³ BÜHRING-UHLE, Christian. A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes, in Drahozal Christopher. & Naimark, Richard. (eds.), 2005. *Towards A Science of International Arbitration: Collected Empirical Research* 25, 43. The Hague. Kluwer International. MASON, Paul. 1994. *The Corporate Counsel's View: International Commercial Arbitration*, 49 *Disp. Resol. J.* 22, 23; Queen Mary, University of London, 2013 *International Arbitration Survey: Corporate Choices in International Arbitration: Industry Perspectives* 8; Queen Mary, University of London, 2018 *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* 7

El sistema arbitral apunta a eludir los problemas jurisdiccionales que el derecho internacional puede motivar en las esferas nacionales, en relación con la determinación del derecho aplicable, esto teniendo en cuenta que las partes envueltas en el litigio se encuentran localizadas en diversos lugares, el asunto podría resolverse eventualmente en cualquiera de estos foros, con la natural tendencia de cada parte a resolver la disputa en el lugar que le resulte más favorable a sus intereses,³¹⁴ por ello, en aras de evitar que se multiplique la posibilidad de foros ante los cuales se puede dirimir el conflicto y así evitar una multiplicidad de disputas jurisdiccionales, el arbitraje internacional se erigió como un foro centralizado en el que a partir del acuerdo de las partes, pueden ser resueltas las disputas entre ellas existentes.³¹⁵

El procedimiento arbitral tiene sustanciales diferencias frente al procedimiento judicial, concretamente en las reglas referentes a la cuestión probatoria, los derechos y cargas procesales, el manejo que se da a los medios de prueba, los interrogatorios y declaraciones³¹⁶, se caracteriza por la libertad y flexibilidad que se da a las partes, de tal forma que se distancia de los esquemas propios de los procedimientos nacionales y por tanto, el rol que juegan las partes, los abogados y el tribunal es complementario y marcado por la cooperación.

Las partes en el arbitraje internacional persiguen un procedimiento flexible y versátil, buscando la eficiencia y resolución expedita de la disputa. Las partes

³¹⁴ BORN, Gary and RUTLEDGE, Peter. 2018. *International Civil Litigation in United States Courts 1-4*) New York: Wolters Kluwer.

³¹⁵ DRAHOZAL Christopher and NAIMARK, Richard. (eds.), 2005. *Towards A Science of International Arbitration: Collected Empirical Research* 25, 43. The Hague. Kluwer International; Queen Mary, University of London, 2018 *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* 7

³¹⁶ La discusión generada en la doctrina en torno al tema es amplia, por cuanto, algunos consideran exagerada la distinción entre uno y otro sistema, al considerar que los árbitros, desarrollan una actividad cuasi – judicial, en la que dan a las partes la oportunidad para ser escuchadas y que las decisiones se tomen con base en las pruebas y fundamentadas en las normas correspondientes. BRUNET, Edward. 1999. *Replacing Folklore Arbitration with A Contract Model of Arbitration*, 74 *Tulane L. Rev.* 39, 62; GERBAY, Remy. 2014. *Is the End Nigh Again? An Empirical Assessment of the “Judicialization” of International Arbitration*, 25 *Am. Rev. Int'l Arb.* 223;); REDFERN, Alan. 2008. *Stemming the Tide of Judicialization of International Arbitration*, 2 *World Arb. & Med. Rev.* 21.

pueden incluso adoptar un procedimiento similar al que rige los trámites adelantados ante las cortes estatales, sin embargo, las partes deben asumir el pago de la totalidad de las erogaciones que se causan por efecto del proceso, los que se relacionan con los costos del tribunal, así como los de la institución arbitral y todo lo referente a la logística, costos todos que no deben ser tenidos en consideración por las partes cuando las disputas son resueltas en un tribunal nacional.

Es una regla general en el arbitraje internacional, la no intervención judicial con respecto a los laudos, con algunas excepciones muy limitadas, referentes fundamentalmente a la afectación de garantías fundamentales, caso en el que resulta admisible pedir la anulación del laudo o la denegación del reconocimiento y ejecución del mismo, ante las cortes del Estado en el que se pretende ejecutar la decisión³¹⁷, no obstante, se ha ventilado el fenómeno denominado la paranoia del debido proceso, caracterizado por el comportamiento adoptado por algunos miembros de tribunales de tomar determinadas decisiones por miedo a los recursos que puedan ser interpuestos en contra del laudo por haber restringido alguna garantía a la parte.³¹⁸

En el mismo sentido, el arbitraje internacional ofrece como ventaja evidente la posibilidad de hacer efectivas las decisiones que resuelven los litigios, como un atributo necesario del laudo, que garantiza la oportunidad de hacer cumplir los derechos establecidos.³¹⁹ El reconocimiento de los pactos arbitrales, así como la ejecutabilidad de las decisiones con las que se pone fin a estas controversias, se ha extendido de una manera casi uniforme, gracias a la Convención de Nueva York de 1958, que regula la materia, que cuenta con aproximadamente 164

³¹⁷ Queen Mary, University of London, 2015. International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration 5, 8.

³¹⁸ BERGER, Klaus and JENSEN, Ole. 2016. Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators, 32 Arb. Int'l 415; POLKINGHORNE, Michael and GILL, Benjamin. 2017. Due Process Paranoia: Need We Be Cruel to Be Kind?, 34 J. Int'l Arb. 935; Queen Mary, University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration 10.

³¹⁹ DRAHOZAL, Crisopher and WARE, Stephen. 2010. Why Do Businesses Use (or Not Use) Arbitration Clauses?, 25 Ohio St. J. Disp. Resol. P. 433, 452-53.

Estados parte,³²⁰ y a la profusión de la ley modelo de CNUDMI, que ha sido adoptada como legislación nacional en la mayoría de Estados.³²¹

A la par, existen algunos instrumentos de alcance regional que permiten la ejecutabilidad de las decisiones arbitrales, como es el caso del Reglamento Europeo No 1215 de diciembre 12 de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, el cual reemplazó a la Convención de Bruselas en el ámbito europeo y que tiene alcance únicamente a los Estados que forman parte de la Unión Europea y por tanto, a la fecha, no existe un instrumento internacional que pueda compararse con la Convención de Nueva York en lo que a alcance se refiere. En los casos en los que a las partes no les sea posible aplicarle algunos de los instrumentos internacionales recién referidos, que regulen la materia relacionada al reconocimiento de las decisiones proferidas en el extranjero, deberá acudir a la reglamentación que forme parte del derecho local, con las correspondientes dificultades e imposibilidades en lo que a obtener una efectiva ejecutabilidad se refiere.³²²

Una parte de la doctrina considera que en el marco de evolución propio del derecho internacional de inversiones, resulta posible apreciar que hay ciertas similitudes entre el principio de extraterritorialidad propio de la era colonial y el sistema internacional de adjudicación que impera en el arbitraje inversor – Estado, en cuanto, por regla general, no es necesario el agotamiento de los mecanismos legales propios del Estado receptor de la inversión, por lo que se permite al

³²⁰ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview-status-table.pdf> (Acceso julio 30 de 2022)

³²¹ Queen Mary, University of London, 2013 Corporate Choices in International Arbitration Survey: Industry Perspectives 1, 7.

La ley modelo de CNUDMI, adoptada mediante la resolución 40/72 de 1985, es el instrumento legislativo más importante en el área del arbitraje comercial internacional, que ha sido adoptada por más de 110 países del mundo.

En junio 25 de 2010, fue publicada por primera vez desde su entrada en vigencia, una extensa revisión de las reglas.

³²² BORN, Gary and RUTLEDGE, Peter. 2018. International Civil Litigation in United States Courts 1-4) New York. Wolters Kluwer.

inversionista presentar reclamaciones, fundado en las reglas internacionales, ante un tribunal arbitral internacional³²³.

3.7.2 CRÍTICAS AL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Pese a los múltiples beneficios brevemente reseñados, el escenario arbitral es igualmente problemático, por cuanto, en el aspecto procesal, según los hechos del caso, podrían ser competentes mas de un tribunal para resolver el asunto, a la vez que, pueden existir determinadas restricciones para la escogencia de un foro en particular, por cuanto algunas legislaciones impiden a las partes la selección de la sede, así como la posibilidad de ejecutar rápidamente la decisión definitiva.

A su vez, pueden generarse problemas a partir de la familia legal a la que están adscritas las partes, teniendo en cuenta la forma como esto puede incidir en el caso, por lo que evidentemente se puede constituir en una limitación para el sistema, en la medida en que no sea posible resolver esta fuente de dificultades, tales como las relacionadas con las prácticas procesales previas o durante el trámite. Precisamente en aras de estabilizar el problemático escenario que representan las situaciones recién descritas, se han logrado diversos avances en la materia en la esfera internacional, entre otras, la creación de sistemas de arbitraje que persiguen, la uniformidad de las reglas procesales, así como la ejecución de las decisiones adoptadas, sin tener en consideración el lugar en el que las mismas fueron proferidas.

La falta de certidumbre y de predictibilidad que se deriva del arbitraje internacional, ante la ausencia de un bloque único de normas que regulen los asuntos del derecho de inversión, así como la multiplicidad de decisiones que son proferidas sin que las mismas constituyan un cuerpo uniforme, propician de forma directa las inconsistencias. A los inversionistas se les confieren unos derechos y garantías

³²³ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2015. Resistance and Change in International Law on Foreign Investment. Cambridge: Cambridge University Pres. P. 20-21.

frente al Estado receptor de la inversión, no obstante, en muchos casos no se les impone la obligación de respetar los estándares internacionales en lo que corresponde a su actuación frente a los consumidores, accionistas, o el medio ambiente.

A su vez, lo recién descrito puede propiciar una desnaturalización de los conceptos que conforman el aspecto sustancial y procesal del arbitraje internacional, dado que cada tribunal interpreta de una forma independiente los preceptos, lo que puede generar una expansión o restricción del espectro de los conceptos y por esa vía una afectación directa a las partes, por acción u omisión del tribunal.³²⁴

Como una forma de justicia privada, el arbitraje internacional y particularmente el que corresponde a los litigios basados en inversiones, puede empoderar a los actores económicos, así como a los Estados en que estos se encuentran incorporados, frente a los Estados receptores de las inversiones y en consecuencia, los criterios legales desarrollados por los inversionistas, pueden terminar siendo impuestos en el derecho internacional, lo que resulta llamativo, si se tiene en cuenta que los inversionistas se imponen en aproximadamente el 50% de los tribunales arbitrales.³²⁵ Incluso, una parte de la doctrina ha considerado que al interior de los tribunales arbitrales de inversión se ha pretendido entronizar, a modo de principios, conceptos construidos y desarrollados en este mismo entorno, en los que se aprecia un favorecimiento a la visión de los inversionistas³²⁶, por encima de los criterios estrictamente jurídicos.

Una parte de la doctrina ha considerado que la situación recién descrita ha propiciado la consolidación de una crisis frente al arbitraje de inversión, con el

³²⁴ SCHNEIDERMAN, David. 2011. Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self – Restraint? 2 International Journal of Dispute Management.

³²⁵ <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf> (Acceso julio 31 de 2022)

³²⁶ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2008. The Neoliberal Agenda in Investment Arbitration: Its Rise, Retreat and Impact on State Sovereignty. In San, Wenhua (Ed) Redefining Sovereignty in International Economic Law. Portland: Hart Publishing.

surgimiento de una división Norte – Sur con respecto a este mecanismo de resolución de controversias, lo que se evidencia con la denuncia, por parte de algunos Estados, de diversos instrumentos internacionales (Tratados Bilaterales de Inversión e incluso la Convención del CIADI).

Sin embargo y aún cuando se podría pensar que se trata de un fenómeno exclusivo de los Estados en vías de desarrollo, esta clase de situaciones también se han dado en los Estados desarrollados, en cuyos tratados de inversión recientemente negociados, se han dejado por fuera de la resolución de disputas las áreas vinculadas a interés público, salud y medio ambiente, como se evidenció en el caso de Australia y sus posturas asumidas en la negociación a partir de 2013³²⁷. A su vez, se ha planteado la necesidad de introducir el recurso de apelación dentro del sistema, a fin de facilitar una revisión de los pronunciamientos de los tribunales, buscando contribuir con la consistencia y coherencia del sistema³²⁸, con una revisión integral de las decisiones proferidas.

En la actualidad, el arbitraje de inversión suscita posiciones encontradas, por cuanto desde la perspectiva de los Estados, se ha visto con algo de desconfianza el amplio sistema normativo que en múltiples situaciones representa una amenaza para la autoridad del Estado y su capacidad de regulación interna, a costa de asegurar la predictibilidad y la confianza de los inversionistas, lo que ha propiciado la denuncia de múltiples instrumentos, como ya se mencionó en precedencia o la reformulación de sus políticas frente al derecho de inversiones, como ha sucedido en el caso alemán en concreto³²⁹.

³²⁷ En Alemania se generó un amplio debate relacionado con el arbitraje de inversión a raíz del caso *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, en el que se cuestionaba la decisión del Estado Alemán de cerrar la totalidad de sus plantas nucleares para finales del año 2022 y se aducía la violación de los derechos de los inversionistas con decisiones como las adoptadas frente a la energía nuclear.

³²⁸ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2008. *A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration*, in Sauvant, Karl and Chiswick – Patterson, Michael (Eds). *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*. Oxford: Oxford University Press.

³²⁹ La discusión en torno a la necesidad de introducir reformas sustanciales al régimen del derecho de inversión, fue discutida en los Estados Unidos de América, dentro del primer término del periodo del presidente Obama. Al interior del subcomité de Inversión, dentro del Departamento de Estado, se concluyó que no se requerían cambios sustanciales al Modelo de Tratado Bilateral de Inversión

El arbitraje internacional de inversiones fue criticado inicialmente por los casos que se ventilaron con base en el tratado de América del Norte, dada la falta de claridad en el trato que se debía dar a los estándares mínimos de trato y transparencia de los procedimientos, lo que solo vino a aclararse con la interpretación que hizo la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. A su vez, ha sido álgida la discusión que se ha suscitado en torno a los estándares y las medidas adoptadas en materia ambiental por los Estados,³³⁰ así como el debilitamiento del poder del Estado para sortear agudas crisis sociales y económicas, como sucedió en el caso argentino³³¹, el que a partir de la crisis de 2001, pasó a ser el Estado más demandado por los inversionistas, con múltiples casos que a hoy no han sido resueltos en su totalidad.

El sistema arbitral de inversión ha sido criticado por la falta de consistencia que ha exhibido en algunos casos, como en los tribunales de los casos SGS³³², así como en el tribunal del caso BIVAC,³³³ en los que los tribunales llegaron a conclusiones sustancialmente diferentes con respecto a la cláusula paraguas de los tratados bilaterales relevantes y la disyuntiva de hacer prevalecer las cláusulas del tratado de inversión o las provisiones contenidas en el contrato, lo que motivó el surgimiento de un sector doctrinal cuyas críticas se concentraron en la expansiva

que había venido siendo usado. <https://2009-2017.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131118.htm> (Acceso julio 30 2022).

³³⁰ KAUFMANN – KOHLER, Gabrielle, 2011. Interpretative Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law” Bachand, Frederic (ed) Fifteen Years of Nafta Chapter 11 Arbitration. Montreal: Juris.

³³¹ En el marco del arbitraje inversionista Estado, Argentina ha sido parte demandada en 62 casos. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Acceso a julio 30 de 2022).

³³² SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13 Award August 6 2003. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6 Award January 29 2004, para 128. SGS Société Générale de Surveillance SA v The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, February 12 2010, paras 131, 138 - 142. En el caso contra el Estado paraguayo, el tribunal consideró que debían hacerse prevalecer las cláusulas del tratado de protección a la inversión, por cuanto los derechos y obligaciones consignados en este, eran sustancialmente diferentes de los especificados en el contrato,

³³³ Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9. Decision on Jurisdiction May 29 2009, para 142. En esta decisión el tribunal consideró que el contrato y el tratado no podían ser separados en la resolución de la disputa.

interpretación que se hacía de los derechos de los inversionistas dentro del sistema, la restricción de las atribuciones de los Estados para regular ciertas materias, la posibilidad para el Estado de usar diversas herramientas para sortear las crisis económicas, la necesidad de desarrollar una jurisprudencia consistente y coherente dentro del sistema³³⁴

En los últimos años, la región europea se ha mostrado activa en el desarrollo del sistema del derecho de inversiones, de un lado con la celebración de nuevos acuerdos de inversión, que se caracterizan por contener en algunos casos la sección correspondiente a la resolución de disputas y en otras no, así como la aparición del CETA, a pesar del golpe producido por la decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Justicia en el caso ACMEA³³⁵, que obliga a los Estados Europeos a terminar la totalidad de tratados de inversión celebrados entre los Estados miembros.

Las fallas que se han atribuido al arbitraje internacional de inversión motivaron que al interior de la CNUDMI se abordara en concreto el tema, dentro del grupo de trabajo III. En este grupo de trabajo fueron identificados como las inconsistencias más relevantes, las relacionadas con la diversidad de interpretaciones frente al mismo estándar establecido en un tratado de inversión o a la regla de derecho consuetudinario internacional³³⁶ así como sucede en los casos en los que un tribunal ha hecho interpretaciones similares con respecto a tratados

³³⁴ WEILER, Todd and BAETENS, Freya (eds) 2010. *New Direction In International Economic Law: In Memoriam Thomas Waelder*. The Hague: Brill. La particular situación descrita provocó la denuncia de la Convención CIADI por parte de Bolivia en 2007, Ecuador en 2009 y Venezuela en 2012.

³³⁵ *Slovak Republic v. Achmea BV, C – 284/16* March 6 2018.

³³⁶ UNCITRAL, 'Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Thirty- Fifth Session (New York, 23–27 April 2018)' UN Doc No A/CN.9/935 (14 May 2018) para 21. Es de destacar la interpretación de las cláusula XI del tratado de inversión entre Estados Unidos y Argentina, y el estado de necesidad como defensa, bajo las reglas del derecho consuetudinario internacional. *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/8, Award, May 12 2005 paras 304-394; *LG&E Energy Corp v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, October 3 2006, para 226; and *Continental Casualty Corporation v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB03/9, Award, September 5 2008 paras 304-305.

sustancialmente diferentes o ha hecho interpretaciones similares de un tratado con respecto a hechos sustancialmente diferentes.

El grupo de trabajo recién mencionado se ocupó en concreto a las inconsistencias derivadas de la interpretación y aplicación del estándar de Nación más Favorecida y se refirió a esta como una inconsistencia injustificada, al cuestionarse si resultaba posible, a la luz del estándar ya mencionado, importar herramientas procesales relacionados, entre otros, con las condiciones de acceso al mecanismo de resolución de disputas, considerados en tratados celebrados con terceros, incluso relativos al consentimiento del Estado para el arbitraje, esto debido a algunas decisiones³³⁷ en las que se consideró que la posibilidad de alterar las condiciones de acceso al sistema, expandiendo la jurisdicción del tribunal, en tanto que otros se negaron a proceder en tal sentido³³⁸, hacían evidente la existencia de una inconsistencia.

En los casos Maffezini³³⁹ y Plama³⁴⁰, se puede apreciar con claridad la cuestión a la que nos estamos refiriendo. Es así como en el primero de los mencionados, el tribunal estableció que el estándar de Nación Más Favorecida que se desprendía de las provisiones del tratado entre Argentina y España se extendía a las cuestiones relativas a la resolución de disputas y por tanto permitía al inversor demandante apoyarse en las disposiciones más favorables del acuerdo entre España y Chile. El tribunal de este caso consideró que las cuestiones relacionadas

³³⁷ Maffezini v Spain, ICSID Case No 97/7, Decision on Jurisdiction 25 January 2000; Siemens AG v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction 3 August 2004; RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction (5 October 2007) paras 124-139; Teinver SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/11/20, Decision on Jurisdiction, July 3 2013, para 186.

³³⁸ Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Jordan, ICSID Case No ARB/02/13, Decision on Jurisdiction November 29 2004; Plama Consortium Ltd v Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, February 8 2005; Daimler AG v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/05/1, Award August 22 2012, para 281.

³³⁹ Maffezini v Spain, ICSID Case No 97/7, Decision on Jurisdiction, January 25 2000, para 54. En el párrafo 55 de esta decisión, el tribunal consideró: “[I]f a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor’s rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause”

³⁴⁰ Plama Consortium Ltd v Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction. February 8 2005.

a la resolución de disputas están estrechamente vinculadas con la protección a los inversionistas extranjeros.

Por su parte, en el caso Plama, el demandante invocó las disposiciones de la Nación Más Favorecida del tratado a fin de obtener el libre acceso al arbitraje CIADI, haciendo referencia a las previsiones de tratados bilaterales celebrados por Bulgaria con terceros Estados. El tribunal arbitral de este caso rechazó la interpretación planteada y cuestionó el razonamiento del tribunal del caso Maffezini, al considerar que la misma abría paso al caos por cuanto, si bien es posible que el estándar de Nación Más Favorecida esté vinculado a aspectos procesales, la intención debe estar señalada de forma clara y sin espacio a las ambigüedades³⁴¹ dada la especial naturaleza del arbitraje de inversión y del necesario consentimiento de las partes que en él intervienen.

3.8 LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y EL TRÁMITE ARBITRAL

Este pilar fundamental del arbitraje, que se relaciona con la facultad concedida a las partes para pactar los términos en los que serán dirimidos los conflictos que se susciten entre ellos por efecto de sus relaciones jurídicas, incide en la totalidad del trámite arbitral. Esta aptitud de configuración, es reconocida tanto en el ámbito del arbitraje comercial internacional, así como en el arbitraje de inversión, siendo casi imposible encontrar al interior de la doctrina o de los pronunciamientos de diversos tribunales, alguna clase de postura que pretenda desconocerlo,³⁴² incluso es considerada un pilar, aún por las posiciones más radicales, que ven al arbitraje de

³⁴¹ Ibidem, para 204. Esta postura fue retomada en el caso H&H Enterprises, Inc v Egypt, ICSID Case No ARB/09/15, Award, May 6 2014, para 358, en el que el tribunal consideró: "The MFN clause contained in the US-Egypt BIT cannot be used to avoid the application of the fork-in-the-road clause contained therein." The tribunal explicitly adopted the Plama tribunal's view "that dispute resolution provisions are separable from the remainder of the treaty and "constitute an agreement on their own"; accordingly, "an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them."

³⁴² BOUCHEZ, Leo. 1991. The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises, 8 Arb. Int'l P. 81, 96; HASCHER, Dominique. 1995. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961: Commentary, XX Y.B. Comm. Arb. P 1006, 1017.

inversión, como una pieza del engranaje que contribuye a beneficiar las economías de los países desarrollados, a costa de los menos desarrollados³⁴³

El consentimiento, como cuestión esencial de la autonomía de la voluntad, en el derecho internacional asegura que una parte no pueda ser sometida a resolver sus diferencias ante un tribunal en particular, sin que previamente se haya establecido un acuerdo, siendo posible incluso que el consentimiento se exprese con condicionamientos determinados o con reservas específicas³⁴⁴

Una de las razones centrales por las que se reconoce la autonomía procesal de las partes es facilitar a los árbitros y a las partes, hacerse a un lado de las formalidades técnicas y procesales de las cortes nacionales, permitiendo el desarrollo de unos procedimientos que pueden incluso ser configurados directamente en diversos documentos, como sucede en el caso de los pactos arbitrales³⁴⁵.

Una clara proyección de la autonomía de las partes en el arbitraje internacional corresponde al uso de especializadas reglas arbitrales en algunos mercados en particular, como sucede en asuntos marítimos, materias primas, seguros, transporte, entre otros, lo que contribuye al desarrollo de procedimientos predecibles, eficientes y seguros en el marco de áreas altamente especializadas, a las que no se ajusta el procedimiento general³⁴⁶. La autonomía, como pilar central del arbitraje, le permite a las partes, resolver sus diferencias con base en reglas institucionales, en las que se encuentran establecidos procedimientos abreviados,

³⁴³ CASTILLO MENESES, Yadira. 2014. El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales. Bogotá: Universidad de Los Andes.

³⁴⁴ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, decisión de julio 31 de 2007, para 323

³⁴⁵ BERNARDINI, Piero. 2004. The Role of the International Arbitrator, V.20 Arbitration International. P. 113, 115.

³⁴⁶ HINCHEY, John and HARRIS, Trony. 2018. International Construction Arbitration Handbook. New York: Thompson Reuters.

para litigios en los que se ven inmersas cuantías considerables o en los que se requiere una decisión prioritaria.³⁴⁷

Pese a que la autonomía de la voluntad desempeña un rol central dentro del arbitraje internacional, los árbitros tienen el derecho y a su turno la obligación de disuadir a las partes con respecto a los procedimientos que hayan sido pactados, en los que se aprecie la ineficiencia, por tanto, el tribunal tendrá la posibilidad de requerir a las partes para que contribuyan activamente en la construcción de un procedimiento eficiente, lo que se compaginará con los casos en los que las reglas institucionales de arbitraje escogidas por las partes contengan disposiciones de aplicación obligatoria.

3.8.1 LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

La Convención de Nueva York le confiere a la autonomía de las partes un rol central dentro del procedimiento arbitral y considera su violación como una de las causales que impiden el reconocimiento de las decisiones, de conformidad con lo señalado en el artículo V (1) (d). Esta norma, reconoce de forma explícita la autonomía de las partes dentro del procedimiento arbitral, incluso en lo referente a diferencias procesales que surjan entre el procedimiento establecido por las partes, con respecto a las normas que rigen en la sede del arbitraje, encontrándose limitada la autonomía de las partes únicamente por el principio de la justicia natural.³⁴⁸

La preponderancia de la autonomía de la voluntad de las partes es un pilar del sistema, tal como lo hemos venido refiriendo y le impone a los Estados el respeto de los acuerdos arbitrales, los cuales únicamente podrán ser limitados en los

³⁴⁷ REIMANN, Mathias and ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). 2010. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press.

³⁴⁸ PETROCHILLOS, Georgios. 2004. Procedural Law in International Arbitration. Oxford: Oxford University Press. P. 355; KURKELA, Matti and SNELLMAN, Hannes. 2010. Due Process in International Commercial Arbitration. Dobbs Ferry: Oceana Publications. P 25-28

casos en los que se violen normas nacionales de orden público, por medio de las cuales se pretenda garantizar la oportunidad de ser escuchado y la equidad en el trato a las partes en conflicto, por tanto, en estos casos, el acuerdo podrá ser desconocido por el tribunal, en tanto el procedimiento adoptado sea abiertamente injusto o que provoque decisiones que no sea posible ejecutar, caso en el cual, el tribunal tendrá la obligación de denegar los efectos legales al acuerdo de las partes. De la misma forma, el acuerdo podrá ser desconocido por el tribunal en los casos en que las partes han establecido que el procedimiento se vincula con reglas institucionales que garantizan la autoridad de los árbitros sobre el procedimiento arbitral y por tanto, serán las disposiciones institucionales las que regulen el trámite.³⁴⁹

La autonomía de las partes, en el ámbito del arbitraje internacional, restringe la operatividad de los ordenamientos nacionales, a los cuales los limita para asignarle una función puramente residual,³⁵⁰ por cuanto únicamente operarán en los casos en los que haya omisiones o vacíos en el acuerdo arbitral establecido por las partes, por tanto, las disposiciones pactadas por éstas excluirán a todas las demás normas que resultaren aplicables.

Diversos instrumentos internacionales reconocen y conceden efectos a las disposiciones que señalan los requisitos procesales y la regularidad del procedimiento arbitral, estableciendo incluso la denegación del reconocimiento de las decisiones en los casos en los que no se satisfacen las reglas básicas del procedimiento. En esta vía, la Convención de Nueva York, reconoce la importancia y relevancia que tienen las normas nacionales en el procedimiento arbitral, siendo posible negar el reconocimiento de las decisiones arbitrales, en los casos en los que el procedimiento propicia la violación de garantías fundamentales.

³⁴⁹ PRYLES, Michael. 2007. Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure, 24 J. Int'l Arb. P. 327, 333.

³⁵⁰ Algunos ordenamientos nacionales contienen disposiciones que son de obligatorio cumplimiento en términos arbitrales, como son los términos que debe incorporar cada fase del procedimiento. BOSMAN, Lisa (ed.) 2020. ICCA International Handbook on Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer International.

El artículo II de la Convención de Nueva York establece la obligación para las cortes de los Estados parte de reconocer las decisiones proferidas por los tribunales que se fundamenten en acuerdos arbitrales válidamente pactados por las partes, lo que cubija los términos del acuerdo, en relación al número de árbitros, las reglas institucionales, el procedimiento arbitral y el lenguaje en el que debe ser llevado el procedimiento. Incluso, las partes pueden válidamente delegar algunas cuestiones procesales en el centro arbitral en el que decidió ventilar el litigio, a su vez, se señala que los Estados parte están obligados a reconocer los acuerdos de arbitraje válidamente celebrados, incluidas las disposiciones procesales.

En los ámbitos regionales, la Convención Europea de Arbitraje, en el artículo IV (1) (b) (iii) reconoce la libertad a las partes para señalar el procedimiento que deben seguir los árbitros y las partes en conflicto, al igual que la Convención Interamericana de Arbitraje en los artículos 2 y 3 establece unas provisiones similares, que permiten que el procedimiento sea adelantado según el acuerdo alcanzado por las partes. Es preciso resaltar que las provisiones de las convenciones ya referidas se encuentran redactadas en unos términos más claros y precisos que los utilizados por los artículos II y V (1) (d) de la Convención de Nueva York.³⁵¹

La Convención Europea de arbitraje en su artículo IV (4) (d) considera que en los casos en los que las partes no hayan definido determinados asuntos del

³⁵¹ En el ámbito nacional, son diversas las provisiones que consagran la autonomía de las partes frente al procedimiento arbitral. Swiss Law on Private International Law, Art. 182(1)., French Code of Civil Procedure, Art. 1509. English Arbitration Act, 1996, §§1(b), 34(1), German ZPO, §1042(3), Austrian ZPO, §594(1), Japanese Arbitration Law, Art. 26(1), Singapore International Arbitration Act, Schedule 1, Art. 19(1)., Hong Kong Arbitration Ordinance, §47(1), Russian International Arbitration Law, Art. 19(1), Alberta International Commercial Arbitration Act, Art. 19(1); Australian International Arbitration Act, Schedule 2, Art. 19(1); British Columbia International Commercial Arbitration Act, §19(1); Greek International Commercial Arbitration Law, Art. 19; Malaysian Arbitration Act, §21(1); New Zealand Arbitration Act, Schedule 1, §19(1); Ontario International Commercial Arbitration Act, Art. 19(1); Portuguese Law on Voluntary Arbitration, Art. 30(2); Québec Code of Civil Procedure, Art. 620; Costa Rican Arbitration Law, Art. 19(1); Czech Act on Arbitral Proceedings and Enforcement of Arbitral Awards, Art. 19.

procedimiento, el tribunal estará facultado para hacerlo directamente o por referencia de las reglas que se encuentran establecidas en una institución de arbitraje,³⁵² en tanto que la Convención Interamericana de Arbitraje, en el artículo 3, reconoce expresamente la autoridad del tribunal arbitral sobre el procedimiento, siendo posible, ante los vacíos del acuerdo celebrado por las partes, acudir a las reglas de procedimiento señaladas por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial³⁵³ desde luego, en las disputas que no sean regidas por el sistema normativo del CIADI.

En la Convención de Nueva York, se hace plausible la preponderancia dada a las partes, tal como se denota, entre otras, en el artículo V (1) (b) de este cuerpo normativo, en donde se autoriza el no reconocimiento de los laudos en los casos en los cuales la parte contra la que se invoca el mismo, no fue debidamente notificada del procedimiento o no tuvo la oportunidad de presentar sus argumentos. Esta disposición, no se centra en los límites fijados por el ordenamiento nacional, pero busca la aplicación uniforme de los estándares de procedimiento, en cuanto a su justeza y equidad entre las partes que ventilan el litigio.³⁵⁴ Esta norma entonces se convierte en una garantía de la autonomía de las partes con respecto a la autonomía procesal que ostentan, fijando linderos estrechos para el tribunal, que se extiende incluso a los casos en los que el tribunal se aparta del procedimiento pactado, para hacer imperar su propia visión de resolución del asunto que le ha sido sometido a conocimiento.

Por su parte, el artículo V (1) (d) de la Convención, permite el no reconocimiento de los laudos, en los casos en los que el tribunal se abstuvo de adelantar el procedimiento arbitral, con base en el acuerdo que había sido establecido por las partes, a la vez que, impone límites directos a las partes en lo concerniente a la

³⁵² PRYLES, Michael. 2007. Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure, 24 J. Int'l Arb. P 327, 333.

³⁵³ ROWLEY, William and WISNER, Robert, 2011. Party Autonomy and Its Discontents: The Limits Imposed by Arbitrators and Mandatory Laws, 5 World Arb. & Med. Rev. P. 321

³⁵⁴ Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), I.C.J Judgment July 20 1989., Reports 1989 I.C.J. Rep. 15, 65 (I.C.J.)

autonomía en cuanto al procedimiento y a los árbitros en lo referente a la discrecionalidad con la que pueden actuar, siendo posible denegar el reconocimiento de una decisión en los casos en los que la composición del tribunal o el procedimiento arbitral adoptado no se haga conforme a lo establecido en el acuerdo o viole la ley que rige en el Estado sede del tribunal arbitral.³⁵⁵

Es de resaltar, que las disposiciones contenidas en los artículos V (1) (b) y V (1) (d) de la Convención de Nueva York, permiten el no reconocimiento de las decisiones en los casos en los que las violaciones al procedimiento son significativas y tienen una repercusión material en el trámite arbitral, por tanto, no cualquier irregularidad u omisión dara paso al no reconocimiento de la decisión, disposición que es esencialmente similar a las contenidas en otros instrumentos que regulan la materia, como la Convención del CIADI, a lo cual nos referiremos de forma detallada, más adelante, en lo concerniente al trámite de anulación del laudo.

En el mismo sentido, el artículo V (2) (b) de esta Convención establece límites a la autonomía procesal de las partes. Esta norma contiene unos criterios diferentes a los expuestos en los artículos V (1) (b) y V (1) (d), por cuanto la norma que se comenta se apoya en los estándares locales, en tanto que el artículo V (1) (b) se apoya en los estándares internacionales. En consecuencia, la causal que se comenta, permite la denegación del reconocimiento de la decisión, basado en el orden público procesal del Estado, el que se encuentra en las disposiciones correspondientes al derecho interno.

En diversos sistemas jurídicos se imponen determinados requerimientos en el ámbito procesal, que se sobreponen a lo acordado por las partes. Estas limitaciones, devienen normalmente de los principios constitucionales, la adaptación de estándares internacionales o de la determinación de unas garantías

³⁵⁵ BEATSON, Jack. 2017. International Arbitration, Public Policy Considerations, and Conflicts of Law: The Perspectives of Reviewing and Enforcing Courts, 33 Arb. Int'l P 175, 184-85.

mínimas. Es así como, en algunos casos no muy frecuentes, los tribunales arbitrales han optado por no aceptar el procedimiento acordado entre las partes, decisiones a las que han llegado tribunales luego de analizar que el procedimiento escogido desfavorece a una de las partes, afectando garantías fundamentales como el derecho a ser oído y a que las partes en litigio reciban un trato igualitario o por constituir un trámite ineficiente, por tanto, al interior del procedimiento debe darse un delicado balance entre éstas disposiciones imperativas, lo pactado por las partes y la discreción del tribunal en el ejercicio de su función³⁵⁶.

La doctrina ha considerado que la Convención Interamericana de Arbitraje impone limitaciones internacionales a los Estados parte, similares a las contenidas en la Convención de Nueva York, sin embargo, los Estados conservan intactas las atribuciones que les permite denegar el reconocimiento de los laudos, o que se de la anulación de los mismos, sin que pueda considerarse que un Estado pueda denegar los efectos de los acuerdos celebrados entre las partes, o alterar los efectos del procedimiento escogido por estas, en lo referente a las reglas institucionales de arbitraje, o por las condiciones nacionales de los integrantes del tribunal.³⁵⁷

Es notorio entonces, que la autonomía de las partes, como pilar fundamental sobre el que se levanta el arbitraje de inversión, le permite a estas un amplio margen de configuración de las cuestiones referentes con la resolución de sus conflictos, sin embargo, no es una potestad con un contenido absoluto, por cuanto, como se refirió, a la misma se le han marcado unos límites con extensión difusa, por lo que, en algunos casos, en los que los mismos sean sobrepasados o

³⁵⁶ En múltiples situaciones, los tribunales arbitrales han analizado el procedimiento, encontrándolo ineficiente, como cuando se han pactado varias semanas para la recolección de pruebas, excediéndose los límites razonables requeridos para tal actividad. O los casos en los que las partes han decidido aceptar únicamente algunos medios de prueba para resolver el caso, dejando por fuera a algunos, que los tribunales han considerado fundamentales para poder resolver el caso. HABEGGER, Phillip. 2017. The Arbitrator's Duty of Efficiency: A Call for Increased Utilization of Arbitral Powers, in Shaughnessy, Patricia and Tung, Sherlin (eds.). The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer. The Hague. Wolter Kluwer. P. 123-36.

³⁵⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. 2004. Towards A Transnational Procedural Public Policy, 20 Arb. Int'l P 333, 347.

desbordados, los mecanismos dispuestos en la Convención de Nueva York, la Convención del CIADI o en los ordenamientos nacionales, según sea el caso, impedirán la operatividad de los criterios desbordados.

A su vez, la ley modelo de CNUDMI, que ha sido tomada como base por diversos Estados, señala en su artículo 18 la obligación de trato igualitario para las partes en conflicto.³⁵⁸ En este sentido, la igualdad en el trato, así como el derecho a ser oído se imponen ante la autonomía de las partes en el procedimiento y por tanto, restringe la discreción ostentada por el tribunal. La igualdad en el trato relacionada con el artículo 18 abarca la totalidad del procedimiento arbitral, desde la constitución del tribunal, los lineamientos de las intervenciones escritas, la presentación de testigos o la exhibición de evidencia, la intervención en las audiencias, así como la presentación de escritos posterior a las intervenciones, en tanto que la garantía a ser oído, incorpora conceptos de razonabilidad y proporcionalidad.³⁵⁹

Por su parte, la ley modelo de CNUDMI en sus artículos 34 (2) (a) (ii) y 36 (1) (a) (ii) establece la posibilidad de la denegación del reconocimiento del laudo o la anulación del mismo, en los casos en los que la parte contra la que se invoca la decisión, no fue debidamente notificado o no se da la posibilidad para presentar los argumentos de defensa. No obstante, se especifica que para poder negar el reconocimiento de una decisión o incluso poder solicitar su anulación, se requiere que el defecto procesal sea de tal magnitud que afecta las garantías procesales dadas a las partes en conflicto. En el mismo sentido, en diversos casos, la salvaguarda del procedimiento entra en tensión con otras garantías del trámite arbitral, incluida la eficiencia, la autonomía de las partes o la agilidad, razón por la

³⁵⁸ HOLTZMANN, Howard, NEUHAUS, Joseph, KRISTJANSDDOTTIR, Edda and WALSH, Thomas. 2015. A guide to the 2006 amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Alphen naan den Rjin: Kluwer Law International.

³⁵⁹ UNCITRAL, Report of the Secretary-General on the Analytical Commentary on Draft Text of A Model Law on International Commercial Arbitration, U.N. Doc. A/CN.9/264, Art. 19, (1985). El derecho a ser escuchado, ha sido tratado como una garantía fundamental, desde los primeros esbozos de la ley modelo.

cual es necesario reconciliar los objetivos de una y otra figura, en aras de no sacrificar los beneficios del trámite arbitral.

La igualdad en el trato, que es básicamente una previsión que persigue la no discriminación, es imperativa en la ley modelo de CNUDMI desde 1985³⁶⁰ y así fue revalidado en la revisión de 2013. De allí se ha proyectado a los sistemas jurídicos nacionales, que han elaborado su legislación arbitral con base en tal proyecto, por lo que deben aplicarse las mismas reglas y asegurarse a las partes en contienda, los mismos derechos y oportunidades procesales, sin ninguna clase de distinción, los que pueden ser reconocidos como igualdad en el trato o igualdad de armas entre las partes que se encuentran resolviendo el litigio y regirá desde la constitución del tribunal, hasta que el laudo sea dictado.

En la práctica, la garantía de trato igualitario se ve reflejada en la conducción de las audiencias, en la equidistancia entre las partes, con respecto al lugar donde se van a adelantar los encuentros presenciales o llevar adelante el procedimiento en una lengua que es la oficial de una de las partes y de la otra no, por tanto, se considerará violatorio de la igualdad de éstas, la denegación de selección de abogados, así como la concesión de términos diferenciales para la preparación de los escritos a presentar o limitar la extensión de los mismos o el número de testigos que pueden ser llevados al estrado.

El trato igualitario dependerá del contexto en el que se adelante el conflicto, por cuanto, es ideal, pero no practicable, dar un trato perfectamente igual o idéntico a las partes y en consecuencia dependerá de la situación particular de cada una de

³⁶⁰ En los trabajos preparatorios de 1976 se hizo referencia a la obligación de trato igual, de la siguiente forma: “ In this context, the comment was made that what was important was not the imposition of an obligation to observe the principle of equal treatment, since in certain circumstances (such as where the parties made conflicting requests to an arbitral tribunal) such treatment was impossible; the real need was to stress that both parties should receive fair treatment. It was suggested, however, that the best course might be to modify the paragraph so as to impose an obligation on the arbitrators to treat the parties both with equality and fairness. “UNCITRAL, Report of the Secretary-General on the Preliminary Draft Set of Arbitration Rules for Optional Use in Ad Hoc Arbitration Relating to International Trade, Eighth Session, U.N. Doc. 9/97, VI UNCITRAL Y.B. 163, 172-73 (1975)

éstas y tendrá que verificarse en detalle el contexto,³⁶¹ por lo que la igualdad en el trato no es entonces una operación mecánica, corresponderá entonces a una igualdad que no tenga en cuenta la identidad, nacionalidad u otros factores externos de las partes y será necesario tener en consideración las circunstancias de las mismas con respecto a su posición, los escritos presentados, las pruebas obrantes en el expediente y el proceso en su conjunto y no por etapas.

Aún cuando pueden señalarse múltiples beneficios que se desprenden de la autonomía de la voluntad, la misma, en el arbitraje de inversión ha sido cuestionada recientemente, a partir de la afectación que de ella se puede derivar sobre una diversidad de bienes públicos y la ausencia de responsabilidad que se predica de los árbitros, como administradores de justicia, máxime si se tiene en consideración que una parte de la doctrina internacional³⁶² ha considerado que a partir de esta autonomía se ha propiciado un régimen poscolonial internacional de inversiones, que ha facilitado la acumulación de bienes de naturaleza pública para el beneficio de inversionistas privados, en detrimento de las políticas del Estado receptor de la inversión, además de endilgársele favorecer una distorsión del derecho, por cuanto, las violaciones a los tratados bilaterales de inversión, son vistos en perspectiva del derecho internacional consuetudinario, en tanto que las violaciones contractuales son miradas como una directa transgresión al tratado bilateral de inversión, por efecto de la cláusula paraguas o del estandar de trato justo y equitativo.

A partir de lo planteado en el capítulo anterior con respecto a las ideas de Teubner³⁶³, se evidencia la expansión del arbitraje de inversión, el que se ha posicionado como un sistema autónomo, autoreferente, con sus propias dinámicas y particularidades, cimentado en la autonomía de la voluntad de las partes, que

³⁶¹ DERAIS, Yves and SCHWARTZ, Eric. 2005. A Guide to the ICC Rules of Arbitration. The Hague: Kluwer International.

³⁶² FERRANDO, Tomaso. 2015. Land and Territory in Global Production: A critical Legal Chain Analysis. Law. Paris: Institut d'études politiques de Paris - Sciences Po.

³⁶³ TEUBNER, Gunther. 2012. Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization. Oxford: Oxford University Press.

produce un cuerpo de decisiones que en su conjunto ostentan una autoridad persuasiva³⁶⁴, por tanto, corresponde ahora abordar la configuración del procedimiento en el arbitraje internacional en aras de identificar las etapas y las garantías que se relacionan con las mismas.

3.9 LAS FASES PROCESALES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

3.9.1 EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO

El arbitraje internacional tiende en la actualidad a adoptar procedimientos que le permitan a las partes adelantar la gestión correspondiente dentro de unos tiempos establecidos, lo que implica un estricto orden en la presentación de documentos, la realización de las audiencias y las demás intervenciones escritas u orales que el procedimiento establece.³⁶⁵ El trámite arbitral dependerá, de un lado, de la forma como haya sido moldeado el acuerdo entre las partes, así como la necesidad de agotar los procedimientos del orden nacional de forma previa, las reglas de procedimiento que resultaren aplicables al arbitraje, la escogencia del foro arbitral y la forma pactada para poner en funcionamiento el tribunal.

De otra parte, el inicio del procedimiento se verá delimitado por el contenido de la disputa, bien porque solo sea aplicable a cualquier clase de conflicto originado entre las partes (Provisión contenida en algunos modelos de tratados de inversión, como el de la República de Corea de 2001, artículo 8)³⁶⁶ o bien porque solo resulta aplicable a conflictos relacionados con la violación de los estándares sustantivos

³⁶⁴ FERNANDEZ ARROYO, Diego. 2014. Private Adjudication without Precedent? In Muir Watt, Horatia and Fernandez Arroyo, Diego (eds) Private International Law and Global Governance. Oxford: Oxford University Press.

³⁶⁵ PETER, Wolfgang. 2004. Witness Conferencing Revisited, in Bond, Stephen (ed.), Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium, Reports of the International Colloquium of CEPANI.

³⁶⁶ "Article 8 Settlement of investment disputes between a contracting party and an investor of the other contracting party (1) Any dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party related to investments including expropriation or nationalization of investment shall, as far as possible, be settled by the parties to the dispute in an amicable way....."

establecidos o el acuerdo de arbitraje (Tratado Bilateral de Protección a la inversión entre Argentina y Estados Unidos de 1991, artículo VII)³⁶⁷.

En la mayor parte de los tratados de inversión, el derecho de iniciar el procedimiento se encuentra exclusivamente en cabeza del inversionista, sin embargo, en la práctica, aunque no de forma frecuente, es posible encontrar tratados que conceden la posibilidad al Estado receptor de la inversión, como sucede en el Tratado bilateral de inversión celebrado entre Albania y Lituania en 2007, en el que se acordó:

“Article 8. Settlement of investment Disputes: [...] 2. If such a dispute cannot be settled amicably within six months from the date of the written notification provided in paragraph 1, and an domestic judicial and administrative remedies have been exhausted, the Contracting Party or the investor shall be entitled to submit the dispute either to:.....”

En los instrumentos internacionales, pese a que se ha intentado parametrizar la gestión inicial del caso,³⁶⁸ no hay uniformidad³⁶⁹ sobre el comienzo del procedimiento, no obstante, en el encuentro inicial, el tribunal hace la primera aproximación con las partes y los abogados, sentando las bases del procedimiento y la forma como será gestionado el litigio, de tal forma que, desde ésta primigenia etapa, las partes y sus abogados presupuestarán lo correspondiente.

³⁶⁷ “Article VIII: Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the Treaty which is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted, upon the request of either Party, to an arbitral tribunal for binding decision in accordance with the applicable rules of international law. In the absence of an agreement by the Parties to the contrary, the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), except to the extent modified by the Parties or by the arbitrators, shall govern.”

³⁶⁸ En el marco de la CNUDMI, en 1996 fueron publicadas las Notas para Organizar los Procedimientos Arbitrales. En las notas se señalan como cuestiones centrales: la organización del tribunal y de las audiencias, el idioma, las traducciones y los costos, los sitios de las audiencias, depósitos para los costos del arbitraje, comunicaciones y confidencialidad, procedimiento para la aplicación de medidas cautelares, presentación de testigos en las audiencias, medios de prueba, entre otros.

³⁶⁹ 1990 MIGA Arbitration for Disputes Under Contracts of Guarantee Rules, Art. 28, 2020 WIPO Rules, Art. 40. En las reglas ICC de 2017 (Art 24), se establece de forma obligatoria la realización de un encuentro inicial para delimitar la manera como se gestionará el caso, en esta reunión se establecen los términos del proceso

En el caso del CIADI, el inicio del procedimiento, por medio de la presentación de la solicitud, así como la intervención del convocado, por medio de la contestación que haga, se encuentra regulada, por lo que no es admisible que las partes o el tribunal busquen alterar dicho procedimiento.³⁷⁰ En la práctica, los tribunales han hecho prevalecer los poderes inherentes que ostentan, como ha sucedido en los casos en los que se ha adoptado medidas cautelares que buscan garantizar la integridad del procedimiento arbitral, evitando que causas extrañas generen obstrucción.³⁷¹

En múltiples instrumentos internacionales se contempla la obligación para las partes con respecto al “cooling – off period” o a la presentación de un escrito que busque la concreción de un acuerdo de forma previa a la iniciación del procedimiento. El término para agotar esta fase normalmente va de los tres a los seis meses, los que se contabilizarán desde el momento en que una parte de noticia a la otra sobre la diferencia o desde la presentación del escrito de la fase de consultas. De igual forma, en la práctica internacional, se han establecido tratados en los que la obligación de agotar los recursos internos se señala con alguna limitación que puede ser temporal o de otro tipo, buscando con esto evitar que se ventile el conflicto en distintos escenarios.³⁷²

³⁷⁰ Brandes Inv. Partners LP v. Venezuela, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules in ICSID Case No ARB/08/3 of 2 February 2009; PNG Sustainable Dev. Program Ltd v. Papua New Guinea, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules in ICSID Case No ARB/13/33, October 28 2014; Eskosol SpA v. Italy, Decision on Respondent's Application Under Rule 41(5) in ICSID Case No ARB/15/50, March 20 2017.

³⁷¹ Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA and All a Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, February 26 2010; EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 2, May 30 2008.

³⁷² Una cláusula de esta clase se evidencia en el caso del APRI entre Rumania y Turquía de 1996: “ [...] (4) In the event that the investment dispute cannot be resolved through the foregoing procedures, the investor concerned is entitled to submit the dispute, for conciliation or arbitration, to the International Center for the Settlement of Investment Disputes, at any time after the exhaustion of domestic remedies of after the expiry of one year from the date when the dispute has been submitted by the concerned investor to the tribunals of the Contracting Party which is a party to the dispute and there has not been rendered a final award.”

En el aspecto procesal, las partes normalmente acuerdan llevar los trámites adelante, con base en el procedimiento ordinario, no obstante, en múltiples casos, con base en la autonomía de la voluntad, se acuerda adelantar el trámite fundado en un procedimiento expedito, que ha sido denominado como “fast track” al interior de la doctrina.³⁷³ Esta tendencia se ha ido masificando, de tal forma que en la actualidad, las instituciones arbitrales han adoptado disposiciones dentro de sus reglamentos, que prevén el trámite con este grado de celeridad, distanciándose del proceso ordinario.³⁷⁴ Los procedimientos fast track, llevan implícito un análisis de la relación costo beneficio del litigio, situación que debe ser entendida y dimensionada, tanto por las instituciones arbitrales, así como por los tribunales y las partes relacionadas con el caso. Aún cuando varios reglamentos institucionales consideran el valor de las pretensiones como criterio determinante para la implementación del fast track, no necesariamente debe condicionarse de esta manera, por cuanto, su utilidad dependerá de la complejidad del litigio.

Al unísono, los reglamentos de las instituciones más importantes de arbitraje, contienen disposiciones que confirman que los tribunales tienen control sobre el procedimiento arbitral y por tanto, con base en los poderes conferidos, ostentan la

³⁷³ LÉVY, Laurent and POLKINGHORNE, Michael (eds.). 2017. Expedited Procedures in International Arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; TARJUELO, Javier. 2017. Fast Track Procedures: A New Trend in Institutional Arbitration, 11 *Disp. Resol. Int'l* 105; SERAGLINI, Christophe and BAETEN, Patrick. 2017. Expedited Rules and the Possibility of Immediate Measures Once A Tribunal Is Constituted, in Lévy, Laurent and Polkinghorne, Michael (eds.) *Expedited Procedures in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International

³⁷⁴ En 2017 la Cámara de Comercio de Paris introdujo la posibilidad de llevar adelante el arbitraje con base en el procedimiento expedito para todos los trámites que no excedan de 2 millones de dólares. Con fundamento en estas disposiciones, este procedimiento prevalece sobre cualquier reglamentación que contraría los términos del acuerdo de arbitraje.

Este procedimiento establece la posibilidad de proferir un laudo dentro de los 6 meses siguientes al inicio del trámite, a menos que este periodo sea extendido por parte de la Corte de la Cámara de Comercio de Paris. En el mismo sentido, en 2016 el Singapore International Arbitration Centre introdujo la posibilidad de adelantar los trámites con base en un procedimiento expedito. En estos casos, antes de la constitución del tribunal arbitral una parte puede plantear la solicitud para que el procedimiento se adelante de forma expedita, siempre que, la cuantía de las pretensiones no exceda el valor de 4.5 millones de dólares, las partes así lo decidan o que sea de excepcional urgencia. En estos casos, es posible abreviar todos los términos establecidos en las reglas generales, pudiendo suprimirse la celebración de algunas audiencias, debiendo dictarse el laudo dentro de los seis meses siguientes a que el tribunal se constituyó, pudiendo ampliarse este término por decisión de las partes, siendo viable incluso que el tribunal señale el razonamiento y argumentación en una forma sumaria en el laudo.

dirección de la misma y el control sobre las materias relacionadas con la resolución de la disputa.³⁷⁵

3.9.2 LA SOLICITUD DE INICIO DEL TRÁMITE

En el arbitraje internacional, la forma en que se da inicio al trámite dependerá del acuerdo o de la clase de arbitraje por el que se haya optado. En el marco del arbitraje institucional se suele requerir la presentación de un escrito dirigido al centro de arbitraje. A su turno, las reglas CNUDMI establecen la necesidad de remitir a la otra parte el escrito en que se da noticia de la intención de iniciar el procedimiento.³⁷⁶ Esta clase de escritos puede adoptar una denominación especial en cada sistema, no obstante, no se considerarán como definitivos, sin embargo, si debe contener la información mínima necesaria, tal como las partes, así como el sustento del caso. Esta fase, que funciona con una estructura similar a la que tienen los procedimientos en el ámbito judicial nacional, tiene como finalidad la formalización del litigio, permitiéndole a la contraparte planificar el curso de acción futuro. De forma adicional, permite delimitar la jurisdicción del caso, así como visualizar el sistema de nominación de los árbitros permitiendo hacer una planificación de la controversia, de tal forma que es una pieza determinante de todo el andamiaje procesal en el arbitraje internacional, al corresponder a la presentación de argumentos legales³⁷⁷, razón por la cual, el tiempo, el estilo y la forma como se estructura esta presentación, cambia de un trámite a otro y necesariamente dependerá de la naturaleza de la disputa, los medios de prueba interrelacionados, los institutos jurídicos vinculados, así como la identidad de los árbitros y los abogados.

³⁷⁵ 2016 SIAC Rules, Art. 19(2); 2014 ICDR Rules, Art. 20(6); 2012 Swiss Rules, Art. 24(2); 2018 HKIAC Rules, Art. 22(2); 2017 SCC Rules, Art. 31(1). ILC Model Rules on Arbitral Procedure, Art. 18(1).

³⁷⁶ En el derecho francés el requerimiento para iniciar el arbitraje, debe mostrar la intención inequívoca de adelantar la disputa por la vía del arbitraje. En el derecho alemán deben indicarse las partes en disputa, la naturaleza de la disputa y hacer referencia al acuerdo que cobija el litigio.

³⁷⁷ KERR, Michael. 1997. Concordant Conflict in International Arbitration, 13 Arb.Int'l P 121,125.

Las reglas institucionales de arbitraje internacional en muchos casos permiten usar pequeñas formas escritas, para dar inicio al caso y luego de la notificación inicial, el demandante está obligado a presentar de forma completa el sustento fáctico, así como las bases legales del caso, en un escrito complementario³⁷⁸ en el que deben incluirse de forma detallada todos los pormenores del conflicto, con una descripción de los asuntos en disputa, con las especificidades propias de cada sistema de resolución³⁷⁹.

Por su parte, algunos centros, como la Cámara de Comercio Internacional contempla un único documento que debe contener el detalle del conflicto, los documentos básicos en los que se fundamenta, las normas aplicables, no obstante, las partes, en muchos casos presentan escritos complementarios de forma posterior, los que regularmente han sido aceptados por el tribunal. Este escrito, debe referir los hechos relevantes del caso, los acuerdos relacionados y debe ser redactado en un lenguaje de fácil comprensión. A su turno, de conformidad con el artículo 23 de la ley modelo de CNUDMI, se establece la necesidad de presentar un escrito de demanda, así como un escrito de contestación, siendo pertinente para cada parte hacer una exposición de los hechos en los que se fundamenta su postura.

3.9.3 LA NOTIFICACIÓN DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

En el arbitraje institucional, previo al trámite de la notificación a la contraparte, deben ser suministrados ante el centro, tanto el escrito de solicitud, así como la tarifa administrativa respectiva, por la parte que solicita la iniciación del trámite y en consecuencia, una vez se encuentre acreditado el requisito, el centro se encarga de remitir el requerimiento a la contraparte.

³⁷⁸ El artículo 3 de las reglas de CNUDMI, especifica de manera detallada el contenido de la forma inicial que presenta el demandante.

³⁷⁹ Reglas CNUDMI artículo 3 (3) (e), Reglas SCC artículo 6 (1) (ii); Reglas ICC artículo 4 (3) (c).

El requerimiento para iniciar el trámite arbitral, debe ser dado a conocer a la contraparte, no obstante, en determinadas circunstancias, de no lograrse la notificación, se predicará la validez del trámite, en tanto se logre acreditar que la parte adelantó todas las gestiones que estaban a su alcance para materializar la notificación de la contraparte, sin haber logrado conseguirlos. En la práctica del arbitraje internacional institucional, se establecen los mecanismos por medio de los cuales se surte el proceso de notificación, es así como, en las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, la parte debe ocuparse de remitirle a la institución arbitral, el escrito mediante el cual se solicita adelantar el arbitraje y por tanto, será la institución la que se encargará de la notificación al demandado, lo que puede distar sustancialmente del arbitraje ad hoc, por cuanto en este, el esquema dependerá exclusivamente de lo acordado por las partes.

La parte que es notificada de la iniciación del procedimiento puede optar por varios comportamientos, entre ellos, negarse a recibir la notificación del trámite, no obstante, la circunstancia del envío y recibo será determinante ante una eventual solicitud de anulación o de no reconocimiento de la decisión, atendiendo a la debida vinculación o no de la totalidad de las partes en el litigio. En el marco de las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo y de la Cámara de Comercio Internacional, los centros de arbitraje cuentan con la prerrogativa de adelantar un examen prima facie de la jurisdicción, cuando se presentan situaciones como que la parte requerida no ha dado respuesta a la misma, o cuando ésta interviene para poner en duda la jurisdicción del centro. En el caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo, de conformidad con lo establecido en la regla número 11 (i), el órgano asesor decidirá prima facie si es posible asumir el conocimiento de la disputa. Por su parte, según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, la Corte que funciona al interior de esa institución se encargará de verificar lo propio. Nótese como éstas decisiones son definitivas y claramente constituyen un desafío por su naturaleza al no ser tomadas por los árbitros encargados de dirimir la disputa.

Por su parte, el tiempo para intervenir, luego de la notificación de la iniciación del procedimiento, suele ser corto,³⁸⁰ en términos generales, no existe un término único para que la parte notificada intervenga, lo que puede ser alterado, de conformidad con el acuerdo al que hayan llegado las partes o las reglas de arbitraje institucional que resulten aplicables.

3.9.4 ETAPA INICIAL

En el arbitraje internacional (reglas institucionales y acuerdos arbitrales de las partes) se establece una multiplicidad de posibilidades para seleccionar los árbitros. Esta fase dependerá eminentemente del acuerdo arbitral para poder establecer a quien corresponde nombrar los árbitros, que clase de árbitros pueden seleccionarse y como son nombrados, recusados o reemplazados, dependiendo de las observaciones que puedan presentarse por la independencia e imparcialidad de quienes sean escogidos como encargados para dirimir el litigio. Esta fase es trascendental en el procedimiento arbitral y puede propiciar la anulación del laudo en el marco del arbitraje CIADI, o hacer inejecutable el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo V (1) (d) de la Convención de Nueva York. Es así como uno de los aspectos más relevantes, con incidencia en la selección de un árbitro, está relacionado con la experiencia práctica de éste, así como las decisiones tomadas en precedencia, la nacionalidad, las partes inmersas en el litigio, así como el idioma en que se conducirá el procedimiento, sus conocimientos legales, así como las habilidades organizacionales y prácticas con las que cuenta.

Una de las habilidades centrales que se demanda de los árbitros en el ámbito internacional corresponde a la persuasión, por cuanto, el árbitro deberá convencer a los demás miembros del tribunal de su argumentación y en consencuencia obtener los votos requeridos para que su postura legal frente al litigio sea la que

³⁸⁰ En las reglas ICC (art 5) se establecen 30 días, al igual que lo señalado en el artículo 3 de las reglas ICDR. La versión de 1976 de las reglas de CNUDMI no estatúan en particular lo referente a la intervención del notificado.

termine adoptándose como decisión. Otra de las consideraciones que son tenidas en cuenta al momento de designar los árbitros se relaciona con las publicaciones realizadas, decisiones, opiniones separadas y en general el desarrollo profesional obtenido hasta ese momento en el ámbito legal. En el arbitraje de inversión, teniendo en cuenta las particularidades de los litigios que allí se suscitan, un criterio que incide de forma decisiva y frecuente en la elección de los árbitros es la trayectoria de los candidatos, en la representación de clientes en contra de Estados anfitriones o que haya expresado posiciones en favor de los estándares de protección a los inversionistas,³⁸¹

En principio, el tribunal se constituirá de la forma como lo hayan pactado las partes, usualmente suelen ser tres árbitros, sin embargo, en algunos casos se permite la fórmula del árbitro único, tal como sucede en el artículo 26 (4) (b) de la Carta de Energía, o en los artículos 8.23.5 y 8.27.9 del CETA. A su vez, el tratado puede delegar en la institución a la que se ha acudido para dirimir el litigio, el nombramiento de los árbitros. Es así como, en los casos en los que las partes han guardado silencio frente al número de árbitros, el artículo 16 (2) de las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo ha conferido la facultad al centro para hacer la designación, dependiendo de la complejidad del asunto y la cuantía del trámite. Por su parte, la Corte que funciona al interior de la Cámara de Comercio de París será la encargada de hacer la designación de los árbitros.

Los tribunales, al comienzo del procedimiento, regularmente señalan la forma como se intercambiarán las comunicaciones al interior del proceso. En los trámites que se enmarcan dentro del sistema adversarial, normalmente se genera un intercambio de comunicaciones que supera a los que se dan en un proceso que se

³⁸¹ JAMES, Wangelin, *Effective Selection of Arbitrators in International Arbitration*, *Mealy's Int'l Arb. Rep.* 25 (Oct. 2002); PAULSSON, Jan. *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, 25(2) *ICSID Rev. FILJ* 339, 339–55 (2010); VAN DEN BERG, Albert Jan. *Charles Brower's Problem with 100 per cent—Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, 31 *Arb. Int'l.* 381–91 (2015); BROWER, Charles and ROSENBERG, Charles. *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson–van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*, 29(1) *Arb. Int'l.* 7, 7–44 (2013); PERRY, Sebastian. *Party Appointments are the Keystone of Arbitrations says Veeder*, *Global Arbitration Review* (17 Apr. 2013).

ventila en el marco del trámite inquisitivo, esto si se tiene en consideración sobre quien recae el impulso del trámite.

3.9.5 EL DESARROLLO DEL TRÁMITE

Los tribunales arbitrales, en su condición de actores cuasi – judiciales, pueden desplegar múltiples actividades, incluso se ha considerado que los poderes que ostentan son implícitos a la labor que desarrollan y por tanto, no se requiere hacer referencia a una regla en particular, sin embargo, el tribunal no podrá ir deliberadamente en contra de las reglas de arbitraje adoptadas por las partes³⁸² relacionadas, entre otras, con la sede del arbitraje, la autorización para la intervención de sujetos que no forman parte del proceso, la bifurcación del procedimiento, así como facilitar o mediar en la disputa planteada.³⁸³ A su turno, los árbitros tienen la posibilidad de adoptar decisiones con respecto a la admisión, exclusión y consideración de la evidencia. Las reglas de arbitraje de cada sistema usualmente delimitan el procedimiento en cuanto al aspecto probatorio a tener en consideración, a fin de preservar la función de dirimir la controversia en los términos en los que fue habilitado, en aras de conservar los derechos de las partes y asegurar que las decisiones adoptadas sean plenamente efectivas para el fin buscado.³⁸⁴

En el ámbito del arbitraje de inversiones, los tribunales han adoptado medidas con respecto a restringir el acceso a los documentos del trámite a lo largo del procedimiento, buscando con ello evitar la interferencia producida por sujetos

³⁸² Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (formerly Aguas Provinciales de Santa Fe S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, March 17 2006.

³⁸³ ASSIMO BENEDETTELLI, Massimo. 2013. To Bifurcate or Not to Bifurcate? That is the (Ambiguous) Question, 29(3) Arbitration International 505 (LCIA)

³⁸⁴ Case Concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), 1963 ICJ 15 December 2 1963; E-systems, Inc. v. Iran, Iran - USCTR (Award No. ITM 13-388-FT of 4 Feb 1983). RCA Global Communications, Inc. v. Iran, IUSCT Case No. 160, Award No. ITM29- 160-1, Interim Award, October 3 1983.

ajenos al mismo.³⁸⁵ De igual forma, los tribunales arbitrales han usado sus facultades para hacerle frente a casos en los que los Estados o sus entidades involucradas, han intentado bloquear el procedimiento, resistiéndose a formar parte del trámite, a la vez que se han presentado casos en los que se ha evidenciado la renuencia de las partes a formar parte del procedimiento, a través del cuestionamiento y las objeciones formuladas frente a la competencia del tribunal para conocer del asunto sometido a resolución y que en múltiples casos se acompasa con la interposición de recursos ante la autoridad judicial correspondiente.³⁸⁶

Por su parte, el idioma del procedimiento arbitral es un asunto de vital importancia, que normalmente está regulado dentro de los acuerdos arbitrales, por cuanto se relaciona directamente con la selección y el desempeño de los árbitros y los abogados, la efectividad de los dichos depuestos por los testigos ante el tribunal, así como la necesidad de contar con traductores.³⁸⁷ En los casos en los que las partes no han pactado un idioma, con base en lo dispuesto por las reglas CNUDMI en el artículo 22 (1), es posible que el tribunal escoja el idioma del procedimiento, teniendo en consideración la lengua de las partes.

Una vez constituido el tribunal, se adelantará la primera audiencia con las partes intervinientes. En la doctrina se ha discutido la conveniencia de celebrar reuniones de forma presencial, en aras de obtener una rápida percepción sobre el conflicto.³⁸⁸ Tanto la audiencia inicial, así como las subsiguientes, tienen el acceso

³⁸⁵ *Bi water Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/02/22, Procedural Order No. 3 September 29 2006.

³⁸⁶ BUTCHERS, Judith and KIMBROUGH, Philip. 2006. *The Arbitral Tribunal's Role in Default Proceedings*, 22 *Arb. Int'l P* 233.

³⁸⁷ *Red Eagle Exploration Ltd v. Colombia*, Procedural Order No. 1 in ICSID Case No. ARB/18/12 of 12 December 2019; *Doutremepuich v. Mauritius*, Procedural Order No. 1 in PCA Case No. 2018-37 of 16 August 2018; *Ballentine v. Dominican Republic*, Award in PCA Case No. 2016-17 September 3 2019.

³⁸⁸ BLACKABY, Nigel, HUNTER, Martin, REDFERN, Alan and PARTASIDES, Constantine (eds.). 2015. *Redfern and Hunter on International Arbitration* P. 6-41 to 53. Oxford: Oxford University Press; KAPLAN, Neil. 2014. *If It Ain't Broke, Don't Change It*, 2014 *SchiedsVZ* P. 278, 279-80; VAN DEN BERG, Albert. 2014. *Organizing An International Arbitration: Practice Pointers*, in Newman,

restringido únicamente a las partes y sus apoderados, a menos que, las partes autoricen la asistencia y eventual interacción de terceros, esto como una muestra de la confidencialidad y privacidad que hasta ahora ha imperado en el arbitraje internacional. La asignación en las audiencias del tiempo equitativo a las partes, corresponde a una proyección al principio de trato igualitario entre estas, permitiendo cierta libertad en la distribución del tiempo concedido para la realización de contrapreguntas, careos de exposiciones orales, los que pueden controlarse por medio de diversos sistemas de manejo del tiempo,³⁸⁹ siendo posible y frecuente la concesión de tiempos adicionales para poder cumplir las actividades que han sido fijadas a través de una orden procesal previa, sobre todo en los casos en los que los retrasos se deben a obstrucción de la contraparte o a dificultades técnicas, entre otras.

La repartición equitativa del tiempo no corresponde únicamente a la asignación de la misma cantidad para cada una de las partes, tiene que ver con una cualificación del tiempo, como sucede en el caso en que un testigo se muestra renuente, evasivo, obstructivo o busca con su actitud dificultar la diligencia, caso en el que deberá adicionarse una porción del tiempo perdido debido al comportamiento del testigo, al igual que en los casos en los que la complejidad de una prueba requiera el uso de un tiempo adicional para poder evacuarla.

En referencia a las audiencias, los abogados que se enmarcan en la tradición del derecho anglosajón, están habituados a la intervención ante el tribunal, siguiendo unos parámetros en los que los términos para tal fin son precisos y fijados previamente por el tribunal arbitral correspondiente.³⁹⁰ Entre tanto, los abogados que se enmarcan en la tradición del derecho continental europeo, se centran en la presentación de documentos y en el planteamiento formal de sus posiciones, por

Lawrence and Hill, Richard (eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* Huntington, New York: Juris Publishing. P. 415, 422-24.

³⁸⁹ PAULSSON, Jan. 2006. *The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method*, 22 *Arb. Int'l P* 19, 22.

³⁹⁰ HOLTZMANN, Howard. 1995. *Streamlining Arbitral Proceedings: Some Techniques of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, 11 *Arb. Int'l P* 39, 46-47.

medio de los escritos correspondientes, restándole importancia a las intervenciones orales y a la interrogación de los testigos, por cuanto en la tradición en la que se enmarcan, los tiempos de intervención oral son muy reducidos y en algunas fases del procedimiento no existen. A su vez, teniendo en cuenta la complejidad de las materias relacionadas con los litigios del arbitraje internacional, en muchos casos se ventilan temas legales que, pueden ser controversiales en general o en alguna jurisdicción en particular, con la frecuente intervención de expertos en determinadas áreas³⁹¹ por lo que, en los sistemas adversariales, dentro del que está enmarcado el derecho anglosajón, es frecuente que las partes presenten sus expertos a fin de deponer sobre un tema en particular, en tanto que en los sistemas inquisitivos, dentro del cual se enmarca el derecho continental europeo, la tendencia es a ver con cierto grado de excepticismo a los expertos presentados por las partes, prefiriendo a los escogidos e instruidos por el tribunal.³⁹² Esta diversidad en la aproximación a los medios de prueba, incide directamente en la gestión y efectividad en la acreditación de los hechos pretendidos.

En el esquema procesal del arbitraje internacional, las partes pactan una multiplicidad de detalles que permiten que el procedimiento sea predecible, por ello, las órdenes tienden a ser uniformes, desde luego, teniendo en consideración el sistema arbitral en el que se encuentra enmarcado el litigio y sus particularidades específicas, como sucede con el caso de la *lex arbitri*, aspecto trascendental que debe ser determinado por las partes, teniendo en cuenta si el lugar sede del arbitraje o el sistema normativo escogido permiten la operatividad de la Convención de Nueva York y las prerrogativas de ejecución que se derivan para las decisiones, así como la eventual intervención de los tribunales locales que se puedan dar a lo largo del trámite arbitral, salvo en lo que tiene que ver con

³⁹¹ En la práctica internacional los expertos, que deben reunir unas condiciones específicas, pueden ser presentados por cada parte o pueden ser designados por el tribunal, en todo caso, el experto no está obligado a aceptar la designación. NARDIN, Michael. Is There A Future for Tribunal-Appointed Experts, 37 ASA Bull. 48 (2019).

³⁹² KREINDLER, Richard. 2004. Benefiting from Oral Testimony of Expert Witnesses: Traditional and Emerging Techniques, in Lévy, Lauren and Veeder, Van (eds.) Arbitration and Oral Evidence. Paris: ICC Publishing.

los arbitrajes CIADI, por cuanto la misma se encuentra predispuesta por las disposiciones del propio sistema, caracterizado por la deslocalización³⁹³.

El tribunal establecerá la forma como se administrará el tiempo dentro del proceso, así como la manera como se adelantarán las fases del mismo, bifurcando las etapas, al tramitar por separado los méritos y la fase de daños o de forma conjunta³⁹⁴ entre una fase sustancial y una de daños, lo que podría darse, siempre que las partes lo hayan acordado así o que el tribunal considere pertinente tramitarlo de tal forma, dependiendo de las particularidades del caso, esto es, por la composición de los hechos, así como de los conceptos legales con los que se encuentre relacionado.

A la vez, los costos y gastos del tribunal dependerán de la clase de arbitraje que se esté adelantando, en el caso de los arbitrajes institucionales, estos se encuentran normalmente predeterminados, lo que no sucede en los arbitrajes ad hoc, en el que los mismos deberán establecerse por parte del tribunal, el que a su vez, cuenta con la potestad de determinar la manera como los mismos serán asumidos, salvo en los casos en que las partes hayan pactado algo distinto como el pago por partes iguales o el pago de la totalidad de los gastos por cuenta de la parte vencida. Una vez el tribunal ha asumido las funciones, las partes son requeridas para asegurar los costos y tasas que se generarán. Un amplio número de reglas institucionales contienen las provisiones³⁹⁵ relacionadas con el pago o el aseguramiento de tales sumas, teniendo facultades el tribunal de hacer exigible tales pagos.³⁹⁶

³⁹³ Noble Energy, Inc. and Machalapower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Case No. ARB/05/12. Decision on Jurisdiction March 5 2008.

³⁹⁴ GREENWOOD, Lucy. 2019. Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings, 36 J. Int'l Arb. P 421; GREENWOOD, Lucy. 2011. Does Bifurcation Really Promote Efficiency?, 28 J. Int'l Arb. P 105; RAVIV, Adam. 2012. No More Excuses: Toward A Workable System of Dispositive Motions in International Arbitration, 28 Arb. Int'l P 487, 488 n.3.

³⁹⁵ UNCITRAL Rules, Art. 41; 2017 ICC Rules, Art. 37; 2016 SIAC Rules, Art. 34(2); 2020 LCIA Rules, Art. 24; 2018 HKIAC Rules, Art. 41; 2015 CIETAC Rules, Art. 82(2); 2017 SCC Rules, Art. 43

³⁹⁶ ALTENKIRCH, Markus and FROHLOFF, Jan. 2018. The Advance on Costs in Investment Arbitration, 33 ICSID Rev. 723; FADLALLAH, Ibrahim. 2003. Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: The Parties' Reciprocal Obligations, 14(1) ICC; NIEUWVELD, Lisa. ICC

Aún cuando las formas no son una cuestión esencial dentro del arbitraje de inversión, los escritos que se presentan ante el tribunal, deben cumplir con unos requisitos mínimos que han sido señalados tanto por las normas del sistema, así como por los desarrollos que se derivan de los pronunciamientos de los tribunales.³⁹⁷ Los escritos que se presentan al tribunal, tampoco son uniformes, por cuanto, en algunos casos, se presentan escritos cortos, no obstante, en otros casos, la parte presenta escritos que alcanzan centenares de páginas de extensión, de análisis detallado del caso correspondiente,³⁹⁸ o puede presentarse también en diversas ocasiones, cuando las partes se extienden innecesariamente en cuestiones que no corresponden al centro del litigio, desviándose de la especificidad del mismo, por lo que el tribunal podría no tener en cuenta estos escritos por la inutilidad de los mismos. Aparejada a la importancia que tienen los escritos iniciales, tanto de demanda, así como de contestación, los subsiguientes escritos que se requiere presentar deben ser claros, con un lenguaje accesible, dejando a un lado los formalismos que puedan ser relevantes en los sistemas judiciales nacionales o un uso desmedido de la retórica, lo que no resulta efectivo en el ámbito del arbitraje internacional, por cuanto en este ámbito, se valora altamente la precisión y brevedad en los escritos presentados, en los que el enfoque debe centrarse en los puntos relevantes del caso, así como en las complejidades de los mismos, en aras de persuadir a los árbitros, antes que de divagar o deliberar teóricamente en abstracto, sobre las cuestiones accesorias e irrelevantes para el litigio.

La primer orden procesal dictada por el tribunal puede contener decisiones relacionadas con los testigos, incluso los técnicos, en la que se especificará la vinculación que éstos tengan con las partes, así como el contenido de su

Rules: What Do You Do When the Respondent Refuses to Pay Its Portion of the Advance on Costs? An Alternative Approach, *Kluwer Arb. Blog* (23 Feb. 2010); PRICE, Charles and STANS Yves. 2007. Using Costs as A Case Management Tool in International Arbitration, 25 *ASA Bull.* 704; ROHNER, Thomas and LAZOPOULOS, Michael. 2011. Respondent's Refusal to Pay Its Share of the Advance on Costs, 29 *ASA Bull.* P 549.

³⁹⁷ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21.

³⁹⁸ KOTUBY, Charles and SOBOTA, Luke. 2013. Practical Suggestions to Promote the Legitimacy and Vitality of International Investment Arbitration, 28 *ICSID Rev.* P 454; LANDAU, Taby. 2011. Luncheon Address: Advocacy in International Arbitration, 5 *World Arb. & Med. Rev.* P 351.

testimonio, la forma en que serán interrogados, reinterrogados, conainterrogados por las partes o por el tribunal directamente, sin perder de vista que, los miembros del tribunal tienen la facultad de hacer preguntas en cualquier momento, sin importar quien tenga el uso de la palabra, no obstante, los arbitros suelen esperar a que se de la finalización de las intervenciones para proceder a intervenir con sus propios cuestionamientos.³⁹⁹

Con respecto a los testigos, puede suceder que sus intervenciones se vean limitadas por las barreras del lenguaje y que las mismas se contaminen por efecto de las eventuales imprecisiones o disimilitud en el sentido de las traducciones realizadas. De igual forma, las particularidades propias de la tradición jurídica de las partes envueltas en el conflicto incidirán decisivamente en esta etapa, por cuanto será mucho mejor aprovechada por aquellos que cuenten con una amplia experiencia en la interacción oral ante las cortes⁴⁰⁰ con los consiguientes resultados con respecto a la decisión.

En el mismo sentido, es común que se presente la declaración escrita de testigos, de uso común en el sistema del common law, que consiste en una manifestación fijada en un documento y firmada por el testigo, en el que se deja ver su conocimiento de la realidad con respecto a la situación, pero que no constituye una práctica común en el civil law.⁴⁰¹ Esta forma de proceder ha sido fuertemente cuestionada por los Estados que forman parte de la tradición del civil law, quienes han enfatizado en el riesgo que supone, la posibilidad de preparación de los

³⁹⁹ ELSING, Siegfried. 2011. Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds. *German Arbitration Journal*; P.114 – 123.

⁴⁰⁰ CREMADES, Bernardo and CAIRNS, David. 2019. Cross-Examination in International Arbitration: Is It Worthwhile? In Newman, Lawrence and Timothy, Nelson (eds.), *Take the Witness: Cross Examination in International Arbitration*. New York: Jurisnet. P 319

⁴⁰¹ ANGOURA, Stavroula. 2017. Written Witness Statements in International Commercial Arbitration: Have the Witnesses Been Substituted by Their Statements? *20 Int'l Arb. L. Rev.* 106. KOCUR, Michal. 2015. Witness Statements in International Commercial Arbitration, in Gessel-Kalinowska vel Kalisz, Beata (ed.), *The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration: Liber Amicorum Professor Jerzy Rajski*. Warsaw: Lewiatan Court of Arbitration. P. 167. La ley modelo de CNUDMI así lo contempla en el artículo 27; Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2 Award of November 1 1999. (En este caso el tribunal arbitral permitió la intervención de los testigos, con sujeción a las limitaciones procesales fijadas)

testigos, por parte de los abogados a cargo de los casos.⁴⁰² En este aspecto se refleja la tradición legal a la cual se encuentran adscritos los miembros del tribunal y los abogados. En el sistema del derecho anglosajón, prevalece un incisivo examen de los testigos, dirigido al objeto central del testimonio, y la credibilidad de tal. Entre tanto, en los casos en los que los miembros del tribunal y los abogados se encuentran adscritos a la tradición del derecho continental europeo, se busca atacar la credibilidad del testigo o la inutilidad de sus dichos, antes que cuestionar el objeto del testimonio.⁴⁰³ En la práctica arbitral, las preguntas formuladas por los abogados son revisadas por el tribunal a la luz de los parámetros de relevancia, claridad, reiteración y confidencialidad y la diligencia será controlada de acuerdo al límite temporal concedido para tal finalidad.

Recientemente se ha implementado la tendencia que facilita y propicia la declaración conjunta y simultánea de dos o más testigos, para ser examinados por el tribunal, en aras de auscultar los hechos y medios de prueba concernientes.⁴⁰⁴ Al facilitar la realización de declaraciones conjuntas, el tribunal persigue la confrontación de dos o más testigos con respecto a un tópico particularmente contradictorio en las declaraciones, a fin de identificar, puntos de acuerdo, contradicciones, así como evaluar la credibilidad de los declarantes. La realización de declaraciones conjuntas, es a su turno una herramienta que contribuye con la eficiencia del procedimiento arbitral, teniendo en cuenta que permite abordar los temas centrales del litigio, de cara a los testigos, en la búsqueda de la verdad.⁴⁰⁵

⁴⁰² Las reglas IBA sobre práctica de pruebas en el arbitraje internacional, artículo 4(5) (b) proveen una serie de criterios de aproximación a las declaraciones escritas de los testigos, las cuales deben contener una descripción detallada de los hechos, de tal forma que le permitan ser útil en relación con el caso en disputa. Este grado de conocimiento, de los hechos, mostrado por parte del testigo, termina siendo determinante para admitir o descartar un testimonio rendido por escrito.

⁴⁰³ GELINAS, Paul. 2004. Evidence Through Witnesses, in Lévy, Lauren and Veeder, Van (eds), Arbitration and Oral Evidence. Paris: ICC Publishing P 29, 41.

⁴⁰⁴ HUNTER, Martin. 2006. Expert Conferencing and New Methods, in Van den Berg, Albert (ed.), International Arbitration: Back to Basics? The Hague. Wolter Kluwer; PETER, Wolfgang. 2004. Witness Conferencing Revisited, in Bond, Stephen (ed.), Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium, Reports of the International Colloquium of CEPANI.

⁴⁰⁵ Algunos autores han cuestionado la efectividad de las declaraciones rendidas por testigos de forma conjunta por cuanto consideran que puede consumirse tiempo de forma innecesaria, que podría usarse mejor en contrainterrogar a los testigos por separado y de esta forma obtener unos mejores resultados. ULMER, Nicolas. 2010. The Cost Conundrum, 26 Arb.Int' l 221, 244

En el arbitraje internacional impera la regla *actori incumbit probatio*, por tanto, cada parte es la llamada a satisfacer la carga de la prueba pertinente, que soporta los derechos correspondientes y que deben ser cumplidas a fin de obtener el reconocimiento del derecho, lo que se ve reflejado en las reglas institucionales de arbitraje que siguen el criterio fijado por la CNUDMI, y por tanto, corresponde a cada parte probar los hechos que aduce como sustento de su demanda o de la defensa dentro del proceso.

La carga de la prueba ha sido asumida por los tribunales como un balance de probabilidades o un estándar de razonabilidad⁴⁰⁶ con respecto al proceso lógico que permite dar por ciertos determinados hechos o descartarlos,⁴⁰⁷ siendo un aspecto que se relaciona tanto con el derecho sustantivo, así como con el procesal, por cuanto en este confluyen los pasos que debe seguirse en el proceso de razonamiento⁴⁰⁸ y la consiguiente derivación del efecto legal que se materializa una vez se concluye dicha fase.

En esta fase, el estándar probatorio es el criterio conforme al cual se deberá formular su valoración final sobre los hechos de la causa y por tanto mide la probabilidad racionalmente suficiente para probar la verdad de la hipótesis del hecho pretendido como verdadero, correspondiendo entonces a un método sistemático preestablecido, que con base en elementos objetivos aplicados por quien debe administrar justicia, determina criterios que finalmente dan por justificada o no la decisión sobre la prueba del hecho del que desconocemos su ocurrencia. Adicionalmente, con base en los estándares se accede a la motivación de la decisión. Los estándares probatorios en el arbitraje internacional tienen una

⁴⁰⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica". Doxa. N. 31 (2008)

⁴⁰⁷ Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Cases No. ARB/05/18 and ARB/07/15 Award, March 3 2010, para 229.

⁴⁰⁸ BORN, Gary. 2016. On Burden and Standard of Proof, in Kinnear, Meg et al. (eds.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID. The Hague: Wolter and Kluwer. P 43, 51-52; Final Award in ICC Case No.9333,19 ASA Bull. 757 (2001)

aproximación distinta a la de los derechos nacionales, cuyos parámetros son más rígidos al estar fijados en la legislación de cada Estado.

La reglamentación referente a los medios de prueba y a la carga relacionada con estos, es determinante en el arbitraje internacional y es aplicada con detenimiento por los tribunales, atendiendo a la trascendencia de la materia en la decisión, pese a que no hay unas disposiciones que regulen en concreto la materia correspondiente, por tanto, el criterio de los miembros del tribunal será trascendental. Una de las características relevantes dentro de la práctica arbitral es la libertad en relación con las cuestiones técnicas referentes a la admisibilidad de la evidencia y otras cuestiones procesales vinculadas a esta. La visión pragmática que impera en cuanto a la valoración de la evidencia, se representa en múltiples situaciones y permite incluso al tribunal hacer inferencias en contra de una de las partes, atendiendo a su conducta procesal con respecto a no facilitarle al tribunal los medios de prueba con los que cuenta o que se haya intentado incidir en el resultado del litigio, creando su propia evidencia.⁴⁰⁹

En los sistemas legales nacionales, particularmente en los adscritos al sistema del derecho anglosajón, se establece un detallado y pormenorizado manejo de la evidencia, la admisibilidad de esta y la eficacia de la misma en la decisión que debe adoptarse.⁴¹⁰ En el arbitraje internacional, siguiendo los lineamientos establecidos por la ley modelo de CNUDMI⁴¹¹, como se señaló en precedencia, se considera que el tribunal ostenta el poder para determinar la admisibilidad,

⁴⁰⁹ Malek v. Iran, Award in IUSCT Case No. 534-193-3 August 11 1992, 28 Iran–US CTR 246, para 111.

⁴¹⁰ Concretamente se regulan aspectos como la admisibilidad de la evidencia, el peso que se le da a los medios de prueba, la relevancia que debe tener ciertos elementos de la evidencia. CARON, David and CAPLAN Lee. 2013. *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press. P 555.

⁴¹¹ Ley modelo CNUDMI, artículo 19: “Determinación del procedimiento: 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.”

relevancia y peso que se le puede conferir a los medios de prueba que se tienen a disposición para dirimir el litigio.⁴¹²

En lo concerniente a la admisibilidad, la tendencia de los tribunales arbitrales es a impedir la admisión de medios de prueba irrelevantes o duplicados con base en lo establecido en las reglas IBA sobre evidencia, como parte del soft law, a las que hemos hecho referencia en el capítulo pasado, en donde se consagra la facultad para el tribunal de limitar o excluir los medios de prueba en los casos en los que considere que tales se aprecian como irrelevantes, irrazonables o carentes de relación, con respecto al objeto del litigio.⁴¹³ El asunto a simple vista parece arbitrario, no obstante, las reglas IBA delimitaron los parámetros en concreto y por ello, el poder que ostenta el tribunal para excluir la evidencia se basa en unos criterios claros, a saber, la relevancia, el privilegio, la confidencialidad, así como las consideraciones referentes a la sensibilidad política o la lealtad procesal y la equidad.⁴¹⁴

⁴¹² En los sistemas jurídicos nacionales que se guían por la ley modelo de CNUDMI, se preserva la discrecionalidad que ostenta el tribunal sobre los medios de prueba que obran dentro del expediente correspondiente.

⁴¹³ Reglas de la IBA sobre práctica de pruebas en el Arbitraje Internacional: Artículo 8: “Audiencias Probatorias:2. El Tribunal Arbitral tendrá en todo momento pleno control sobre la Audiencia Probatoria. El Tribunal Arbitral podrá limitar o excluir cualquier pregunta, respuesta o comparecencia de un testigo, si considerase que dicha pregunta, respuesta o comparecencia es irrelevante, insustancial, irrazonablemente gravosa, repetitiva o que de alguna otra manera se da alguno de los supuestos que justifique su objeción contemplados en el Artículo 9.2. Las preguntas y repreguntas efectuadas a un testigo durante su interrogatorio no deberán inducir irrazonablemente sus respuestas.....”

⁴¹⁴ Idem, Artículo 9: “ Admisibilidad y Valoración de la Prueba (2) : El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

- (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso;
- (b) Existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral;
- (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas.
- (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido.
- (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.
- (f) razones de especial sensibilidad política o insitucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional) ; o
- (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.

Las órdenes procesales normalmente incluyen un resumen de los antecedentes del caso y la argumentación que fundamenta la decisión que se está adoptando. Pese a la concreción de las mismas, se ha generado una disputa en torno a la naturaleza jurídica de tales decisiones, por cuanto, al no ser consideradas laudos, no resulta posible la interposición del recurso de anulación, ni oponerse al trámite de reconocimiento. Éstas órdenes no se adoptan necesariamente por consenso, por cuanto, múltiples decisiones de los tribunales, son tomadas pese a la oposición de las partes, y en todos los casos por la mayoría de los miembros del tribunal. En muchos casos, las órdenes son adoptadas a partir del intercambio de argumentos que hacen las partes y el tribunal, sin dejar de lado que las partes quedan compelidas a cumplir con lo allí ordenado.

Una vez concluyen los testimonios, los apoderados de las partes se centran en sintetizar los aspectos más importantes, enfatizando en lo favorable a sus intereses. Terminada la etapa probatoria, los abogados tendrán un tiempo similar al concedido en la audiencia inicial, para concluir la argumentación dentro del proceso. En algunos casos, a fin de puntualizar la información, los tribunales arbitrales internacionales propician el debate entre las partes, luego de haber concluido las audiencias orales, por medio de una audiencia programada, con una extensión que dependerá de la complejidad del caso, por tanto puede concederse el término de 1 hora o de varias sesiones para agotar esta etapa⁴¹⁵, dependiendo de las particularidades del caso.

3.9.6 LA VIRTUALIDAD Y EL TRÁMITE ARBITRAL

El arbitraje internacional, de igual forma que las demás esferas de la vida se vio seriamente impactado por la pandemia de COVID – 19, lo que provocó la

⁴¹⁵ Los tribunales que se encuentran dentro de la tradición del derecho anglosajón, se inclinan en cerrar el procedimiento, de manera inmediata, tras concluir la recepción de las declaraciones de los testigos, en tanto que, los tribunales adscritos a la tradición del derecho continental europeo, se inclinan por conceder un lapso de preparación de la diligencia. CRAWFORD, James. 2010. *Advocacy Before the International Court of Justice and Other International Tribunals in State-to-State Cases*, in Bishop, Doak and Kehoe, Edward (ed.), *The Art of Advocacy in International Arbitration* Huntington New York: Juris Published. P. 11, 13

irrupción de la virtualidad y de las audiencias remotas⁴¹⁶ en éste método para dirimir disputas desarrollándose por tanto una multiplicidad de instrumentos en la materia⁴¹⁷ lo que motivó el surgimiento de tensiones al interior del trámite, las cuales se relacionaban directamente con el debido proceso, específicamente en lo

⁴¹⁶ Esta clase de diligencias, requieren de un alto grado de preparación, en lo correspondiente a garantizar la seguridad y privacidad, la compatibilidad de los sistemas usados por el tribunal, las partes y los demás intervinientes, el intercambio de documentos y las previsiones para evitar el direccionamiento de los testigos.

⁴¹⁶ SANDERSON, Cosmo. ICSID Panel Challenged Over Decision to Hold Virtual Hearing, *Global Arb. Rev.* (12 Aug. 2020). En la doctrina se ha discutido si el uso de instrumentos como las videoconferencias o de conexión telefónica inciden en la fiabilidad de las declaraciones, sin embargo, algunos tribunales han despejado las dudas al considerar que en las diligencias no presenciales, pueden examinarse detalladamente a quienes rinden testimonio, de tal forma que la diligencia sea efectiva y no sea posible la contaminación o alteración de la misma por ninguno de los intervinientes. Al interior del CIADI se suscitó recientemente una controversia en torno al caso *Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/45. Decision on the Respondent's Second Proposal to Disqualify all the member of the Tribunal December 15 2020. En este caso, el Estado Español recusó a la totalidad de los miembros del tribunal, con base en las decisiones adoptadas por estos en la orden procesal número 20, que ordenó la realización de audiencias virtuales, teniendo en cuenta la crisis generada por la pandemia de COVID 19. El Estado demandado adujo que el tribunal había dado muestras de comportamiento deshonesto, lo que evidenciaba una ausencia de las altas condiciones morales exigidas por la Convención CIADI, así como por las políticas y regulaciones del Banco Mundial, toda vez que los miembros del tribunal arguyeron distintas razones relacionadas con la pandemia de COVID – 19, para negarse a viajar a la Haya y obtaron por programar de forma virtual la realización de las audiencias. El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI desechó la recusación, atendiendo a que en su visión, la modalidad que se adopta para desarrollar una audiencia, no constituye en si misma una violación de los derechos procesales de las partes.

⁴¹⁷ Hague Conference on Private International Law, *Draft Guide to Good Practice on the Use of Video-Link Under the Evidence Convention* (2018). ICSID, *A Brief Guide to Online Hearings at ICSID* (2020) (“En este informe se afirma que cerca del 60% de las audiencias y reuniones organizadas por el CIADI en el año 2021 fueron adelantadas por el Sistema de video conferencia”) Delos, *Dispute Resolution Draft Checklist on Holding Arbitration and Mediation Hearings in Times of COVID-19* (2020); ICC, *Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic* parags 17, 21 (2020) (“[P]arties, counsel and tribunals should consider whether the hearing or conference should be postponed, whether it can be conducted by physical presence with special precautions, or whether to proceed with a virtual hearing”; “[i]f ... the tribunal determines, to proceed with a virtual hearing, then the parties and the tribunal should take into account, openly discuss and plan for special features of proceeding in that manner”); KCAB, *Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration* (2020); VIAC, *Vienna Protocol: A Practical Checklist for Remote Hearings* (2020). AAA-ICDR, *Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties* (2020); AAA-ICDR, *Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties Utilizing Zoom* (2020); Wahab, Abdel. 2020. *What If Parties Don't Agree on A Virtual Hearing? A Pandemic Pathway*, *Global Arb. Rev.* (Este autor hace una revisión del tratamiento dado por seis tipos de reglas a los casos en los que las partes se niegan a participar de audiencias virtuales.); African Arbitration Academy, *Protocol on Virtual Hearings in Africa* (2020); CIArb, *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings* (2020); FELLAS, John. 2020. *International Arbitration in the Midst of COVID-19*, 37 *Young Arb. Rev.* 7; SCHERER, Maxi. 2020 *Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework*, 37 *J. Int'l Arb.* 407; Working Group on LegalTech Adoption in International Arbitration, *Draft Protocol for Online Case Management in International Arbitration* (2020).

referente a la legalidad del procedimiento adelantado de forma virtual y remota, atendiendo a las normas procesales y al *lex loci arbitri*, así como la selección de una plataforma tecnológica apropiada, segura y confiable para gestionar el trámite, y las subsecuentes dificultades que se originaban por cuestiones insalvables como las diferencias horarias entre las zonas geográficas donde se encuentren los intervinientes en las audiencias, además de las serias dificultades que implica el interrogar a los testigos y expertos de forma remota, pese a que, como se especificó en precedencia, las declaraciones pueden ser recepcionadas a través de la presentación de escritos, pudiendo contribuir a la eficiencia del procedimiento, en tanto que permite la construcción de una idea previa de los hechos y aspectos legales, por parte del tribunal y en consecuencia, un uso adecuado del tiempo en las audiencias,⁴¹⁸ las que en todo caso, quedan sujetas a que se ponga en tela de juicio la credibilidad y confiabilidad de lo que se exprese en el testimonio o interrogatorio⁴¹⁹ teniendo en cuenta los riesgos que puede implicar el absolver las diligencias de forma remota, en cuanto al direccionamiento y conducción del testigo o la imposibilidad de percibir de forma directa las reacciones del sujeto o incluso las interrupciones que pueden darse en las comunicaciones y que afectan directamente la continuidad de las audiencias con sus efectos adversos, en la percepción de los hechos y la obtención de la verdad en el trámite.

3.9.7 LAS DELIBERACIONES DEL TRIBUNAL Y EL LAUDO

Una vez terminada la etapa de presentación de escritos, así como las audiencias respectivas, el tribunal está obligado a deliberar, en aras de construir la decisión correspondiente, fase que se considera de la mayor relevancia, por cuanto la

⁴¹⁸ La doctrina a favor de las declaraciones escritas, ha sostenido que los testimonios rendidos de forma oral, pueden ser igualmente preparados por las partes y abogados. SCHLAEPFER, Anne Veronique. 2004. Witness Statements, in Lévy, Lauren and Veeder, Van (eds), Arbitration and Oral Evidence. Paris: ICC Publishing P 65, 66.

⁴¹⁹ NARDIN, Michel. 2019. Is There A Future for Tribunal-Appointed Experts, 37 ASA Bull. P 48.

⁴¹⁹ KREINDLER, Richard. 2004. Benefiting from Oral Testimony of Expert Witnesses: Traditional and Emerging Techniques, in Lévy, Lauren and Veeder, Van. (eds.) Arbitration and Oral Evidence. Paris: ICC Publishing.

decisión debe ser producto del análisis del caso como un todo.⁴²⁰ La deliberación del tribunal arbitral, se erige como una piedra angular del procedimiento y es por tanto, una garantía para las partes con respecto a una discusión suficiente y argumentada entre los miembros del tribunal, que debe tender a la construcción de la decisión que dirime el conflicto puesto a su consideración, por tanto, cualquier clase de restricción que afecte esta garantía, abre el espacio para que el afectado solicite la no ejecución de la decisión o su correspondiente anulación.⁴²¹

En algunos casos, el árbitro, siguiendo la posición adoptada por la parte que lo nominó, asume una postura que no contribuye con la rapidez necesaria para proferir el laudo, razón por la cual, el tiempo de la deliberación, también es fijado dentro del procedimiento.⁴²² Las deliberaciones del tribunal son siempre confidenciales y secretas y no pueden ser reveladas, por ninguno de los intervinientes en ellas⁴²³, sin embargo, por expresa solicitud de las partes y autorización del tribunal, el régimen de confidencialidad puede ser flexibilizado. Los tribunales arbitrales fundan sus decisiones en las presunciones o inferencias relacionadas con la evidencia,⁴²⁴ como sucede en los casos en los que una parte se muestra evasiva a presentar alguna clase de documento, a facilitar la presentación de un testigo⁴²⁵ o negarse a cumplir con alguna orden dada por el tribunal.

Las deliberaciones de los miembros del tribunal arbitral se tornan, en algunas oportunidades, en el marco de álgidas discusiones, dependiendo de las

⁴²⁰ BISHOP, Doak. 2010. *Advocacy in International Commercial Arbitration: United States*, in Bishop, Doak and Kehoe, Edward (ed.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*. Huntington New York, Juris Published. P. 519, 543.

⁴²¹ VEEDER, Van. 2019. *Arbitral Reform and Legal History: "The Blank Piece of Paper,"* in Asoskov. Anton et al. (eds.), *New Horizons of International Arbitration* P. 5, 67

⁴²² JARVIN, Sigvard and Magnusson, Annette (eds.) 2006. *International Arbitration Court Decisions* Hungtinton. New York. Jurisnet.

⁴²³ LÉVY, Laurent and POLKINGHORNE, Michael (eds.) 2017. *Expedited Procedures in International Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce.

⁴²⁴ AMARAL, Guilherme. 2018. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for An Inference Chart*, 35 J. Int'l Arb. 1.

⁴²⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as *Marvin Feldman v. Mexico*) Award, December 16 2002; SHARPE, Jeremy. 2006. *Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence*, 22 Arb. Int'l 549.

particularidades del caso y de la metodología que los árbitros decidan adoptar para abordar esta fase del procedimiento. De forma previa a iniciarse las deliberaciones, los miembros del tribunal deben acordar los términos puntuales en los que se dará el debate, el tiempo que le dedicarán a tal actividad, así como los temas en particular que serán abordados, en todo caso, de no haber acuerdo entre los miembros del tribunal sobre las reglas de procedimiento que guiaran la deliberación, corresponderá al presidente señalar el tiempo de cada una de las intervenciones y la forma como serán evacuados los asuntos relacionados con el caso.

El presidente del tribunal, juega entonces un papel de liderazgo fundamental en la estructuración de la decisión, inquiriendo a los coarbitros por los conceptos en particular y explorando cada uno de los asuntos de la disputa fáctica y jurídica, desempeñando a la vez un rol de mediador a efectos de construir una decisión consensuada en la medida en que las circunstancias lo permitan.⁴²⁶ En el proceso de creación de la decisión, el sistema de votación adoptado, propicia que, la dirección ejercida por el presidente del tribunal sea determinante, por cuanto puede influir en el curso de las deliberaciones y por tanto, de la argumentación,⁴²⁷ siendo esta una de las principales razones que justifica los tribunales colegiados, en el que los aportes que cada uno efectúa a la resolución del caso, desde sus propias visiones legales, enriquece argumentativamente la decisión, no obstante, en ciertas situaciones, las divergencias al interior del tribunal, pueden alterar los tiempos del procedimiento, retrasando y complicando la resolución del caso.

El aspecto relativo a la formalidad y particularidades del laudo no suelen ser abordados en detalle por los instrumentos internacionales que regulan el tema, por cuanto el mismo se regula en el derecho nacional de la sede y por tanto, se encuentra frecuentemente establecido allí. Normalmente se expiden varias copias de la decisión, con idéntico contenido, el cual se deposita ante una corte o un

⁴²⁶ REYMOND, Claude. 1994. The President of the Arbitral Tribunal, 9 ICSID Rev. P 1, 13.

⁴²⁷ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18 Dissenting Opinion of Chairman Prosper Weil April 29 2004.

notario, dependiendo de la regulación de cada Estado. En algunos sistemas institucionales se requiere el control del laudo, por algún orden referente, una vez este es proferido.⁴²⁸ A la par, en algunas reglas institucionales se establece que el laudo se notifica a las partes directamente por el centro de arbitraje.

En diversos casos, los tribunales pueden proferir laudos referentes únicamente al tema de los costos del trámite. Las partes pueden presentar las evidencias que consideren pertinentes para acreditar los gastos correspondientes, frente a lo cual, la contraparte puede hacer los pronunciamientos del caso.⁴²⁹ Algunos tribunales tratan el tema de los costos en un acápite particular del laudo arbitral en el que los señala, no obstante, algunos tribunales solicitan a las partes, al momento de proferir el laudo, que presenten sus pronunciamientos con respecto a los costos correspondientes causados.⁴³⁰

3.9.8 LA ETAPA POSTERIOR AL LAUDO.

Esta fase del arbitraje internacional de inversiones, es quizá en la que se encuentra el mayor desafío para el sistema arbitral, debido a los ataques que pueden darse contra las decisiones adoptadas por el tribunal, bien al interior del sistema, cuando así está dispuesto, como es el caso del CIADI o ante las cortes de los Estados que de alguna forma están involucrados en el litigio, bien por corresponder al domicilio de una de las partes del conflicto, o bien por ser el Estado en el que debe darse la ejecución de la decisión⁴³¹.

La ejecución de las decisiones es una de las etapas más importantes de la resolución de los conflictos, por cuanto garantiza para las partes la materialización

⁴²⁸ FRY, Jason, GREENBERG, Simon and MAZZA Francesca. 2012. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce.

⁴²⁹ KOCH, Christopher. 2014. *Is There A Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions*, 31 J. Int'l Arb. P 485.

⁴³⁰ *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/14/32. Award november 5 2021.

⁴³¹ FOURET, Julien (Ed). 2015. *Enforcement of Investment Treaty Arbitration Awards. A Global Guide*. London: Global Law and Business.

de los derechos reclamados⁴³², por tanto, es la etapa de ejecución la que puede resultar más compleja, por la concurrencia de múltiples ordenamientos jurídicos que pueden incluso ser excuyentes entre ellos. En la búsqueda de la estabilización del escenario descrito, se ha propiciado el establecimiento y delimitación de reglas comunes, que permitan que las decisiones adoptadas por los cuerpos que resuelven los conflictos, puedan ser aplicadas en diversos lugares, con distintos ordenamientos, que incluso correspondan a diversas tradiciones jurídicas.

En la actualidad, la Convención de Nueva York de 1958, rige lo correspondiente al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos proferidas en lugares distintos a donde fueron dictados⁴³³. Este instrumento, con base en un esquema coherente, ha buscado propiciar la operatividad de la justicia internacional, sin que haya sido apasible el desenvolvimiento de su función, por cuanto de forma recurrente, con base en sus propias disposiciones, se busca evitar la ejecución de las decisiones arbitrales proferidas.

La Convención impone de forma clara a los Estados partes la obligación de reconocer y permitir la ejecución de las decisiones que han sido proferidas por los tribunales dispuestos para tal fin. De la Convención en la actualidad forman parte 164 Estados⁴³⁴, y la operatividad de este instrumento se ha evidenciado con el paso del tiempo.

Tanto la Convención de Nueva York, así como diversos estatutos nacionales establecen la presunción general de validez de los laudos proferidos en la resolución internacional de disputas⁴³⁵. Sin embargo, tanto en los ordenamientos nacionales, así como en instrumentos internacionales se permite el no reconocimiento de éstos en determinados casos. Siendo preciso mencionar que,

⁴³² FACH GÓMEZ, Katia and LÓPEZ RODRIGUEZ, Ana (Eds) 2019. 60 years of the New York Convention. Key Issues and Future Challenges. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International.

⁴³³ GAILLARD, Emmanuel and DI PIETRO Domenico. 2008. Enforcement of international arbitration awards: The New York Convention In practice. New York: Cameron May.

⁴³⁴ <https://www.newyorkconvention.org/countries> (Acceso Julio 30 de 2022.)

⁴³⁵ Brunei International Arbitration Order, §42(1) ("Brunei Darussalam will only apply the Convention to the recognition and enforcement of foreign awards made in the territory of another Convention country which recognizes and will enforce awards made in Brunei Darussalam").

en las situaciones en las que el laudo pueda ser separable entre la parte que contiene la violación y las que no, la parte que contiene decisiones objeto de ser reconocidas, deberán serlo,⁴³⁶ debiendo procederse en consecuencia con el reconocimiento parcial de la decisión arbitral proferida.⁴³⁷

A la fecha, las cortes de los Estados parte de la Convención de Nueva York, , tanto en los sistemas de common law⁴³⁸, así como en el civil law⁴³⁹ con base en lo

⁴³⁶ New York Convention, Art. V(1)(c). VAN DEN BERG, Albert. 1981. *The New York Arbitration Convention of 1958* 318-19. The Hague: Kluwer Law International.

⁴³⁷ Judgment of 14 January 1981, VIII Y.B. Comm. Arb. 386, 388 (Trento Corte d'Appello) (1983); *Fiat SpA v. Ministry of Fin. & Planning of the Repub. of Suriname*, 1989 WL 122891 (S.D.N.Y.); Judgment of 28 April 1987, 1991 Rev. arb. 345 (Paris Cour d'appel); *Gerald Metals Inc. v. Wuhu Smelter & Refinery Co.*, [2003] Min Si Ta Zi No. 12 (Chinese Zuigao Fayuan); Judgment of 26 January 2005, XXX Y.B. Comm. Arb. 421, 435 (Austrian Oberster Gerichtshof) (2005); *IPCO (Nigeria) Ltd v. Nigerian Nat'l Petroleum Corp.* [2008] EWCA Civ 1157 (English Ct. App.); *Xiamen Xinjingdi Group Ltd v. Eton Props. Ltd*, [2008] 6 HKC 287, ¶83 (H.K. Ct. First Inst. 2008);

⁴³⁸ *Ministry of Defense of the Islamic Repub. of Iran v. Gould Inc.*, 969 F.2d 764 (9th Cir. 1992); *Compagnie des Bauxites de Guinee v. Hammermills, Inc.*, 1992 WL 122712, at *3 (D.D.C.); *Resort Condominiums Int'l Inc. v. Bolwell & Resort Condominiums (Australasia) Pty Ltd*, XX Y.B. Comm. Arb. 628, 642 (Queensland S.Ct.) (1995) ("onus is upon the party opposing such an order"); *Dardana Ltd v. Yukos Oil Co.* [2002] EWCA Civ 543, ¶10 (English Ct. App.) ("Art V(1)(a) makes clear that any challenge to the validity [of an arbitration agreement] is a matter for the party resisting recognition and enforcement to raise and prove"); *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 288 (5th Cir. 2004) ("party defending against enforcement of the arbitral award bears the burden of proof ..."); *Deiulemar Compagnia di Navigazione, SpA v. Transocean Coal Co.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 23948, at *16 (S.D.N.Y.); *Occidental Exploration & Prod. Co. v. Repub. of Ecuador* [2005] EWCA Civ 1116, ¶53 (English Ct. App.); *TMR Energy Ltd v. State Prop. Fund of Ukraine*, 411 F.3d 296, 304 (D.C. Cir. 2005); *W. Plain Co. v. N.W. Organic Community Mills Co-Op. Ltd*, XXXIV Y.B. Comm. Arb. 475, 477 (Saskatchewan Q.B. 2009) ("[Article V] requires that the party resisting enforcement of the award prove the applicability of one of the exceptions to enforcement"); *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Gov't of Pakistan* [2010] UKSC 46, ¶101 (U.K. S.Ct.) ("burden of proving the grounds for non-enforcement is firmly on the party resisting enforcement"); *Lindo v. NCL (Bahamas), Ltd*, 652 F.3d 1257, 1263 (11th Cir. 2011) ("party defending against the enforcement of an arbitral award bears the burden of proof ..."); *Thao - Lao Lignite (Thailand) Co. v. Gov't of the Lao People's Democratic Repub.*, 2011 WL 3516154, at *13 (S.D.N.Y.); *Altain Khuder LLC v. IMC Mining Inc.*, [2011] VSC 1 (Victoria S.Ct.).

⁴³⁹ Judgment of 9 December 2008, XXXIV Y.B. Comm. Arb. 810, 813 (Swiss Federal Tribunal) (2009) ("Art. V(1) Convention lists the grounds for opposition to enforcement, which are examined only if they are invoked and proved by the party opposing the recognition of the arbitral award in the State where enforcement is sought"); Judgment of 28 July 2010, XXXVI Y.B. Comm. Arb. 337, ¶19 (Swiss Federal Tribunal) (2011) ("Whereas judges can invoke ex officio both recognition refusal grounds enumerated in Art. V(2), it is up to the party opposing the execution to establish that one of the refusal grounds of Art. V(1) exists."); Judgment of 26 February 1982, *Joseph Mueller AG v. Bergesen*, IX Y.B. Comm. Arb. 437, 438 (Swiss Federal Tribunal) (1984) ("The only question in this case is whether the arbitral award of December 14, 1978, has become binding. Appellant [Müller] must prove that this condition is not complied with."); Judgment of 14 April 1983, *Carbomin SA v. Ekton Corp.*, XII Y.B. Comm. Arb. 502, 503 (Geneva Cour de justice) (1987) ("New York Convention shifts the burden of proof by placing it on the defendant"); Judgment of 14 February 2003, XXIX Y.B. Comm. Arb. 819, 826 (Zurich Bezirksgericht) (2004) ("Article V(1) puts the burden to raise and

señalado en el instrumento, han impuesto la carga probatoria a la parte que se opone a la ejecución de las decisiones, debiendo esta demostrar la existencia de alguna de las excepciones aplicables y contenidas en el artículo V. De forma consistente, tanto las Cortes del common law, así como las del civil law han establecido que las excepciones contenidas en el artículo ya referido son exclusivas, exhaustivas y limitativas y por tanto, la carga probatoria y argumentativa para quien aduce la causal y se opone a la ejecución de una decisión, es alta y considerable⁴⁴⁰.

prove possible grounds for refusal of enforcement on the party opposing enforcement”); Judgment of 17 April 2008, XXXIV Y.B. Comm. Arb. 510, 513 (Kammergericht Berlin) (2009) (“The defendant ... has the burden to raise and prove [objections.]”); Judgment of 25 January 1996, Inter-Arab Inv. Guarantee Corp. v. Banque Arabe et Internationale d’Investissements, XXII Y.B. Comm. Arb. 643, 647 (Brussels Tribunal de Première Instance) (1997) (“party against whom [the award] is invoked bears the burden of proof of the existence of one or more of such grounds for refusal”); Judgment of 21 February 1978, 3 Ob 120/77 & Judgment of 27 November 1991, 3 Ob 1091/91 (Austrian Oberster Gerichtshof) (“The violation of the right to be heard and the invalidity of the arbitral award because it is not yet binding upon the parties are grounds to refuse recognition and enforcement of foreign awards. These and the other ground for refusing recognition of Art. V(1) cannot be invoked ex officio. Instead they have to be invoked by the party against whom recognition is sought.”); Judgment of 7 June 1995, XXII Y.B. Comm. Arb. 727, 731 (Italian Corte di Cassazione) (1997); Judgment of 22 February 1992, XVIII Y.B. Comm. Arb. 433, 434 (Italian Corte di Cassazione) (1993); Judgment of 30 July 1984, Coltellierie Italiane Zoppis v. Arthur Salm Inc., XI Y.B. Comm. Arb. 519 (Italian Corte di Cassazione) (1986); Judgment of 28 January 1999, XXIVa Y.B. Comm. Arb. 714, 718 (Luxembourg Cour d’appel) (1999) (“party against whom enforcement is sought shall prove the existence of ... such ground[s]”); Judgment of 20 July 2004, XXXI Y.B. Comm. Arb. 846 (Spanish Tribunal Supremo); Judgment of 7 October 2003, Shaanxi Provincial Med. Health Prods. I/E Corp. v. Olpesa, SA, XXX Y.B. Comm. Arb. 617, 618 (Spanish Tribunal Supremo) (“The allocation between the parties of the burden to prove the (non) existence of the conditions for enforcement pursuant to the New York Convention – whose provisions on enforcement are necessarily adjusted to constitutional needs – means that the party seeking enforcement, which only has to prove compliance with the conditions in Art. IV Convention, may make statements and supply evidence as it deems appropriate with respect to the grounds for refusal of enforcement in Art. V(1) that have been raised by the party against which enforcement of the award is sought.”); Judgment of 14 January 1983, XI Y.B. Comm. Arb. 523 (Spanish Tribunal Supremo) (1986) (“only way the respondent could have prevented enforcement of the award was by proving the existence of one of the grounds of Art. V(1)”); Judgment of 24 March 1982, Cominco France SA v. Soquiber SL, VIII Y.B. Comm. Arb. 408, 408 (Spanish Tribunal Supremo) (1983) (“This shift of the burden of proof is clearly affirmed in the introductory sentence of Art. V, para 1, of the Convention ...”); Judgment of 23 November 2004, Epis SA & Roche Diagnostics GmbH v. Medibar Ltd, XXXI Y.B. Comm. Arb. 786, 787 (Jerusalem Dist. Ct.) (2006) (“It is a basic rule with respect to the New York Convention that the burden of proof regarding the finality of the award is placed on the party seeking to resist confirmation.”); Judgment of 3 October 2007, XXXIII Y.B. Comm. Arb. 397 (Brazilian Tribunal de Justiça) (2008); Judgment of 16 May 2007, XXXIII Y.B. Comm. Arb. 387 (Brazilian Tribunal de Justiça) (2008).

⁴⁴⁰ FERNANDEZ- BALLESTEROS, Miguel Ángel (Ed). 2010. Liber Amicorum Bernardo Cremades. Getafe. Madrid: La Ley.

A su turno, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional contiene provisiones relacionadas con el reconocimiento de decisiones internacionales similares a la de la Convención de Nueva York. Es así como el artículo 4 de la Convención impone la obligación de reconocer los laudos extranjeros a los que le son aplicables la Convención de Nueva York. A su turno, el artículo 5 establece las excepciones que impiden la ejecución del laudo y la carga de la prueba sobre quien se opone a la ejecución, disposiciones que a su vez se encuentran en las reglas CNUDMI en su artículo 36. Sin embargo, como se señaló, atendiendo a la profusión y alcance de la Convención de Nueva York, dada la cantidad de Estados parte que han ratificado el instrumento, serán sus disposiciones las que resultarán aplicables al caso, con respecto a las decisiones que sean adoptadas en trámites arbitrales que no gocen de la prerrogativa de ejecutabilidad directa de éstas.

3.9.9 CONCLUSIONES PARCIALES:

La distinción entre los aspectos sustanciales y procesales tienen una considerable relevancia en el arbitraje internacional, en un particular sentido, que no es asimilable al de los sistemas nacionales, atendiendo a la ausencia de un poder que se encargue de regular estos aspectos de forma uniforme y a la inexistencia de un único derecho transnacional, pese a los ingentes esfuerzos que se han desarrollado en diversas oportunidades.

Pese a la existencia de diversos modelos de toma de decisiones, el adoptado por el arbitraje internacional es el de adjudicación, basado en una estructura institucionalista del procedimiento, con una marcada tendencia adversarial, que impone altas cargas de diligencia a las partes que pretenden el reconocimiento de un derecho en disputa y en el que se tiene como finalidad la materialización de la justicia.

La autonomía de la voluntad es uno de los cimientos en los que se erige el sistema arbitral internacional y por tanto, incide en todas las etapas del procedimiento, no obstante, pese a su entidad y trascendencia, no tiene un contenido absoluto, razón por la cual puede ser moldeada por el tribunal arbitral, atendiendo a las finalidades impuestas por el sistema o por disposiciones relacionadas con la resolución de la disputa.

Cada sistema arbitral tiene un diseño procesal que se encuentra influido por diversos aspectos como la cultura jurídica a la que se encuentran adscritos y que incide en su configuración y diseño, a la vez que influyen en estos, los abogados y sujetos que intervienen y se desenvuelven en los mismos. En este aspecto y pese a que no existe un procedimiento uniforme a todos los sistemas arbitrales internacionales, por la vía de la oposición a la ejecución de las decisiones o del recurso de anulación, dependiendo de las particularidades de cada sistema, resulta plausible la salvaguarda de unos preceptos básicos, reconocidos de manera general.

CAPITULO IV

EL CIADI

Como ya se señaló, con el auge del derecho económico en la época subsiguiente a la segunda guerra mundial, a la par se desarrolló el derecho de inversiones, así como los sistemas de resolución de disputas propias de este tipo de relaciones económicas. Fue en ese marco histórico en el que surgió el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a la Inversión (CIADI)⁴⁴¹ en aras de propiciar la ágil resolución de las controversias.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como institución que forma parte del Banco Mundial, cuenta con una estructura básica, integrada por el Consejo Administrativo y por la Secretaría General. El Consejo Administrativo se encarga de adoptar las reglas de procedimiento en los arbitrajes y las conciliaciones, por tanto, determina las regulaciones administrativas y financieras del centro, así como el presupuesto y tiene a cargo las actividades señaladas en el artículo 6 de la Convención⁴⁴². Por su parte, la Secretaría General se ocupa de dar soporte institucional en la iniciación y conducción de los procedimientos adelantados ante el CIADI y por tanto,

⁴⁴¹ En el primer capítulo se abordó detalladamente el escenario en el que surgió el CIADI, así como los antecedentes del derecho de inversión. Es pertinente mencionar que el primer caso en materia de arbitraje ventilado ante el centro, correspondió al caso *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1, iniciado en 1972, es decir, 7 años después de haber empezado a regir el Convenio de Washington. A su turno, en toda la década de 1970, solo se registraron 9 casos y en la década de 1980 únicamente 15 casos.

⁴⁴² Convención del CIADI, 2006: Artículo 6 (1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes: (a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro; (b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje; (c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje); (d) aprobar los arreglos con el Banco sobre la utilización de sus servicios administrativos e instalaciones; (e) fijar las condiciones del desempeño de las funciones del Secretario General y de los Secretarios Generales Adjuntos; (f) adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Centro; (g) aprobar el informe anual de actividades del Centro. Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo. (2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias. (3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizará todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.

administra el procedimiento, así como las finanzas de cada caso, asistiendo incluso a la constitución de los comités ad hoc conformados en el trámite de anulación de los laudos.⁴⁴³

La legitimidad social del sistema CIADI y del régimen de arbitraje de inversión en general está determinado y reflejado por la conducta de los diferentes actores⁴⁴⁴ que intervienen en él y que operan en sus distintas esferas, los cuales proyectan una multiplicidad de actitudes que son percibidas por la sociedad en general y que pueden construir una imagen que no es la que corresponde a la realidad del mismo.

De una parte, puede llegar a considerarse que Inicialmente, los inversores privados, como centro del sistema y su visión del funcionamiento del procedimiento de arbitraje, inciden de forma decisiva en el mismo, esto por cuanto son quienes, ab initio, gozan de la potestad de escoger el mecanismo de resolución de conflictos correspondiente, lo que puede minar la legitimidad del sistema, máxime si se tiene en cuenta que desde una parte de la doctrina se ha considerado que el derecho de inversiones está signado por una proclividad natural a favorecer los intereses de los particulares en detrimento de los Estados y por tanto de los intereses públicos de éstos.⁴⁴⁵

La actitud del Estado en el sistema de arbitraje, es igualmente significativa, por cuanto y en tanto, haya reiteradas afectaciones a los intereses de estos en el marco del sistema CIADI, el camino natural que adoptan es el de denunciar la Convención buscando eludir al sistema, así como rechazando la ejecutabilidad de las decisiones al interior de su territorio.⁴⁴⁶ La situación descrita va claramente en

⁴⁴³ FELDMAN, Mark. 1987. The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards. 2 ICSID Rev – FILJ P 86 – 7

⁴⁴⁴ FRANCK, Susan. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, 73 Fordham L. Rev. 1521 (2005).

⁴⁴⁵ CASTILLO MENESES, Yadira. 2014. El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales. Bogotá: Universidad de los Andes.

⁴⁴⁶ El caso de los Estados que han denunciado el convenio CIADI y que posteriormente han denegado la ejecución de las decisiones es paradigmático y entre éstos lo es el correspondiente a la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto se evidencian las dificultades para los

detrimento del sistema y se profundiza si se tiene en cuenta que el CIADI no ofrece remedios contra los incumplimientos de los Estados a las órdenes emanadas de los tribunales de arbitraje, lo que podría ser considerado como una muestra de fragilidad del arbitraje de inversión.

Por su parte, la sociedad civil y la percepción que tiene del sistema CIADI a partir de la recepción del entrecruzamiento de intereses públicos y privados que se ventilan en este tipo de situaciones en múltiples casos incide negativamente. Esto ha provocado que en ocasiones el arbitraje de inversión sea puesto en tela de juicio, aduciendo que se desafían los valores del derecho público. Ha propiciado a su vez que en algunos casos, el público en general haya tenido actitudes de rechazo frente al CIADI como foro legítimo de resolución de controversias, afectándose la legitimidad social del sistema .

Es por lo comentado que la proyección de consistencia del sistema con base en la jurisprudencia proferida por los tribunales arbitrales es esencial para la aceptación de la autoridad y sostenibilidad de un régimen legal como el del CIADI, toda vez que la consistencia de las decisiones es una prerrogativa fundamental que cimienta la confianza en el sistema.

Los distintos actores envueltos en el sistema, se relacionan con diversos intereses, de una parte los inversores con sus intereses económicos, los Estados con su doble rol como parte en disputa y el interés público económico, así como los intereses públicos que se derivan de la soberanía. En este escenario aparecen también los intereses de terceros con algún tipo de relación con los litigios, tales como las organizaciones no gubernamentales, o los grupos de poder vinculados con el ramo económico relacionado con el conflicto, incluso pueden verse

inversionistas en lograr la ejecución de los laudos que han sido proferidos a su favor. Un caso en el que se acredita lo que estamos comentando es el Conoco Phillips Petrozuata B.V ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30 que a Julio de 2022 aún no ha podido ser ejecutado, no obstante haber transcurrido más de tres años desde que el laudo fue proferido.

involucrados los sistemas regionales en los que se encuentran inmersos estos terceros.⁴⁴⁷.

El sistema procesal arbitral del CIADI se encuentra reglado,⁴⁴⁸ no solamente por la Convención sobre la materia, sino también por las disposiciones que se encuentran contenidas en las reglas institucionales (Anexo 2) (aplicables a los procedimientos de conciliación y arbitrales), así como en las reglas de arbitraje (Anexo 3) (reglas de procedimiento para trámites arbitrales), el reglamento administrativo y financiero, así como el reglamento del mecanismo complementario de las reglas de arbitraje (Anexo 4).

En lo que corresponde al proceso, el arbitraje de inversión tiene como sus notas características básicas el que de una parte, las decisiones se adoptan en principio con base en la *lex specialis* del instrumento internacional que establece el sistema de solución y también con base en la *lex generalis* del derecho internacional⁴⁴⁹, en tanto que, las decisiones se adoptan por mayoría de los votos de los árbitros⁴⁵⁰, las que en todos los casos son decisiones definitivas y vinculantes para las partes, debiendo acatarlas sin excepción, salvo que prospere el recurso de anulación⁴⁵¹ interpuesto contra ellas.

4.1 LOS CONFLICTOS QUE SE DIRIMEN EN EL CIADI

En el sistema del CIADI solo son admisibles las disputas legales generadas entre las partes, no las relacionadas con las controversias políticas o el conflicto de intereses que pueda suscitarse entre éstas. Desde los mismos *travaux préparatoires* de la Convención, se discutió la necesidad de establecer, como

⁴⁴⁷ BUNGENBERG, Marc, GRIEBEL, Joern and HINDELANG Steffen (Eds). 2011. International Investment Law and EU Law. Berlin – Heidelberg: Springer.

⁴⁴⁸ SASSON, Monique. 2015. Investment Arbitration: Procedure. In Bungenberg, Marc, Griebel, Jörgen, Hobe, Stephan and Reinisch, August. Eds. International Investment Law and Baden – Baden: C.H Beck, Hart, Nomos.

⁴⁴⁹ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20. Final Award December 11 2013.

⁴⁵⁰ Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13. Decision on Annulment, July 10 2014, para 215.

⁴⁵¹ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2. Decision on Annulment, January 8 2020, para 224

requisito del sistema, la distinción y alcance de la noción disputa legal, con respecto a las cuestiones políticas, económicas o puramente comerciales⁴⁵² en aras de delimitar su alcance.

El concepto de disputa legal no se relaciona con litigios referentes a desacuerdos morales, o vinculadas con la injusticia, desaveniencias de criterio político, intervención en asuntos del Estado, salubridad nacional, seguridad o cualquier otra disputa⁴⁵³, hace referencia a la existencia y alcance de un derecho legal o de una obligación o la naturaleza o extensión de la reparación que debe ser recibida por la transgresión de un precepto protegido por una disposición en derecho, siempre y cuando corresponda a actividades ejecutadas con base en la buena fe .

4.2 DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO:

Como lo reseñamos en el capítulo anterior, el sistema de fuentes del que se nutre el arbitraje de inversión se encuentra irrigado por el derecho internacional, a la vez que por el derecho nacional, así como por la práctica internacional, sin embargo, en la práctica se ha dado una preponderancia a analizar lo referente a las fuentes desde el punto de vista sustancial, dejando de lado el funcionamiento de las mismas en lo correspondiente a las reglas procesales que resultan aplicables al trámite, pretermitiendo incluso el papel que juega en particular la costumbre y el precedente.⁴⁵⁴

En el ámbito del CIADI, la definición del derecho aplicable al procedimiento suele ser un asunto problemático, máxime si se tiene en cuenta que por las

⁴⁵² WAIBEL, Michael. 2015. Investment Arbitration: Jurisdiction and Admisibility. In Bungenberg, Marc, Griebel, Jörgen, Hobe, Stephan and Reinisch, August. (Eds) International Investment Law and Baden – Baden: C.H Beck, Hart, Nomos.

⁴⁵³ En la elaboración de la convención se discutió la posibilidad de incluir conflictos relacionados con múltiples temas, no obstante, en la versión final solo fueron aceptados los litigios relacionados con disputas legales.

⁴⁵⁴ NEWMAN, Lawrence and RADINE, Michael. Eds. 2014. Soft Law in International Arbitration. New York: JurisNet; BJORKLUND, Andrea and REINISCH, August, eds. 2012. International Investment Law and Soft Law, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc; REISMAN, Michael, “Cases specific Mandates” versus “Systemic Implications”: How Should Investment Tribunals decide? 29 Arbitration International (2013) P. 131; TEN Cate, Irene, “The cost of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration; 51 Columbia Journal of Transnational Law (2013), P. 418.

particularidades del sistema, no es posible hablar del derecho de la sede del arbitraje, por lo que jugará un rol determinante la manera como las partes hayan configurado el acuerdo con respecto a la materia, en la medida en que algunas de las normas escogidas contendrán disposiciones de aplicación forzosa, en tanto que puede haber vacíos frente a algunas áreas.

En los casos adelantados por fuera del CIADI y en tanto las partes no hayan acordado algo diferente, el procedimiento será guiado por el propio acuerdo, las reglas de arbitraje a las que se haya hecho referencia explícita o que se encuentren directamente relacionadas y el derecho nacional e internacional del sitio en el que se ventila la disputa., mientras que en los trámites arbitrales adelantados bajo el CIADI, las normas de la Convención y las reglas de arbitraje componen la *lex arbitri* aplicable al caso, por tanto, las cortes nacionales, en estos casos, no tienen la facultad para obtener pruebas, decretar medidas provisionales o revisar las decisiones del CIADI y en consecuencia será irrelevante el lugar donde se adelante el procedimiento, por lo que el derecho aplicable por defecto será el contenido en la Convención, en las reglas y en el derecho internacional.

4.2.1 LAS REGLAS DEFINIDAS POR LAS PARTES

Como lo hemos afirmado varias veces a lo largo de este trabajo, los árbitros derivan su legitimidad del consentimiento que expresan las partes apoyados en su autonomía y por esta vía, las partes seleccionan las reglas que regularán el procedimiento arbitral. En este marco, el escenario se mostrará ideal, en la medida en que las partes decidan optar por las opciones procesales que han sido puestas a disposición por el propio tratado, por cuanto, en dichos instrumentos, se suele hacer referencia expresa a un sistema en particular, como es el de resolución del CIADI o a dirimir las controversias por un tribunal que funcione bajo las reglas CNUDMI o a alguna institución en particular, como ocurre con el Centro de Arbitraje de Estocolmo o la Cámara de Comercio de París, con un esquema procesal en concreto.

En tanto que en el sistema CIADI, una vez se ha hecho mención de este dentro del tratado, en el aspecto procesal, la disputa será resuelta con base en la Convención del CIADI, así como por las reglas y demás normas que componen el sistema, según las disposiciones que le resulten aplicables a la disputa. Por otro lado, de haber acordado las partes que las diferencias se ventilarían ante un tribunal bajo las reglas CNUDMI, se requerirá necesariamente de disposiciones complementarias en particular, referentes a la *lex arbitri*⁴⁵⁵, esto es el derecho aplicable a la sede del tribunal, que terminará rigiendo las cuestiones procesales en particular.

4.2.2 REGLAS PROCESALES OBLIGATORIAS

En todos los sistemas procesales, se encuentran consagradas reglas que tienen un rango fundamental, por cuanto sobre ellas se encuentra cimentada la totalidad del procedimiento. Por la entidad de las reglas, las mismas no pueden ser alteradas por las partes y por tanto, entran en funcionamiento una vez inicie la operación del sistema. El desconocimiento de las mismas altera el procedimiento y puede producir la anulación de la decisión o frustrará la ejecución de las decisiones.

En la convención del CIADI, el artículo 52 permite la anulación de la decisión por la transgresión de determinadas reglas que se consideran fundamentales. Esta disposición tiene una textura completamente abierta por cuanto no se enuncian las normas que deben ser consideradas fundamentales, ni los criterios que deben ser tenidos en cuenta para su determinación, por tanto, las eventuales violaciones

⁴⁵⁵ El concepto de *lex arbitri* tiene un alcance que varía de Estado a Estado, sin embargo, en el arbitraje moderno se ha considerado que regula: a) Aspectos internos del arbitraje como la escogencia y composición del tribunal, así como los requisitos del procedimiento arbitral y el debido proceso. b) Las relaciones externas del tribunal con las Cortes del Estado, así como las relativas a la recolección de medios de prueba y la recepción de las declaraciones de los testigos, la remoción de los árbitros y la regulación del régimen de incompatibilidades c) Las relaciones entre el tribunal y las determinaciones de orden público del lugar, tales como arbitrabilidad y el impacto de las decisiones arbitrales en cuestiones sociales, religiosas y otros asuntos fundamentales para el Estado. HENDERSON, Alastair. *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration – Unraveling the Laws of the Arbitration Process*, Singapore Academy of Law, 2014. P. 887-888.

pueden ser analizadas dentro del mismo sistema, por parte de un tribunal de anulación, tema al que nos referiremos detalladamente al final de este capítulo.

Por su parte, en los arbitrajes que no se tramitan al interior del sistema CIADI, serán las disposiciones contenidas en la ley del lugar donde esté asentado el tribunal, las que determinarán lo propio. Tal es el caso del artículo 34 (2) (a) (ii) de la ley modelo de CNUDMI, que ha sido trasladada a diversos ordenamientos jurídicos, habilitando por tanto a los tribunales del Estado para anular las decisiones arbitrales en los casos en los que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento aplicado transgreden lo pactado por las partes.

De lo descrito en precedencia, se avizora el problema relacionado con la forma como se pueden establecer las reglas de procedimiento que deben ser consideradas fundamentales en el trámite, concretamente con respecto a los casos de arbitraje que deben ser ventilados dentro del sistema CIADI, por cuanto, con respecto a los que le son ajenos, como ya se dijo, los parámetros estarán determinados por la *lex arbitri*, a partir de la especificidad y distinción hechas por las normas locales con respecto a que disposiciones deben ser consideradas como fundamentales y cuales no.

Aunado a que en el mecanismo CIADI, las disposiciones contenidas en la Convención o las normas que forman parte del sistema no especifican la materia a la que nos venimos refiriendo, máxime si se tiene en cuenta que han sido diversas las posturas adoptadas por los tribunales y comités ad hoc de anulación que han abordado el asunto. Es así como, el comité del caso *Mine v.s Guinea*⁴⁵⁶, consideró que un claro ejemplo del contenido de una regla fundamental se encuentra en el artículo 18 de la ley modelo de CNUDMI, en la que se establece: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

⁴⁵⁶ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v.s Guinea*, caso CIADI No ARB/84/4, Decision of the Annulment Committee, December 22 de 1989.

Por su parte, el comité ad hoc del caso Wena Hotels v.s Egipto, sin llegar a especificarlas, consideró que solo son reglas fundamentales las que hacen referencia a estándares mínimos de procedimiento, por lo que señaló:

“The said provision refers to a set of minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law. It is fundamental, as a matter of procedure, that each party is given the right to be heard before an independent and impartial tribunal. This includes the right to state its claim or its defense and to produce all arguments and evidence in support of it. This fundamental right has to be ensured on an equal level, in a way that allows each party to respond adequately to the arguments and evidence presented by the other. Both Parties accept these basic principles. The Applicant makes an additional reference to "the application of the burden of proof" which it further explains in respect of the specific complaints raised in connection with the ground for annulment of Article 52(I)(d) of the Convention.”⁴⁵⁷

En los casos recién citados, se aprecia la falta de concreción de la que adolece la materia a la que estamos haciendo referencia y a cuya resolución apunta el presente trabajo, según la propuesta que se presentará en el último capítulo del mismo, dado que al interior del CIADI a las garantías procesales se les ha dado un tratamiento disimil de forma reiterada.

4.2.3 REGLAS PROCESALES POTESTATIVAS

En el marco del arbitraje internacional de inversión, las partes tienen la potestad de escoger las reglas procesales que guiarán y regularán el trámite, es así como el artículo 19 de la ley modelo de CNUDMI le provee a las partes la prerrogativa para acordar las normas correspondientes y en todo caso, ante la falta de acuerdo, corresponderá la decisión al tribunal.

⁴⁵⁷ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision annulment Proceeding, February 5 2002, para 57.

Dado que en el arbitraje de inversiones en muchos casos las partes pactan las reglas procesales para dirimir el conflicto, una vez este se encuentra creado, bien acudiendo al sistema CIADI o por medio del arbitraje ad hoc bajo las reglas CNUDMI, el tribunal suele acudir a las partes a consultar sobre disposiciones complementarias en los casos en los que se requiera de las mismas. Es así como la regla de arbitraje 20 del CIADI⁴⁵⁸ le da la potestad al presidente del tribunal de cerciorarse con las partes sobre las cuestiones procesales, lo antes posible, una vez se encuentra constituido el tribunal. A la vez, el reglamento de arbitraje CNUDMI, concretamente en los artículos 17 (2) y 19 (1) contienen unas provisiones similares, por tanto, el tribunal cuenta con una herramienta, en aras de concretar el procedimiento de forma rápida, una vez se encuentra constituido.

Tal como se señaló en el capítulo anterior, en la primera orden procesal pueden establecerse cuestiones como el lugar donde se llevará a cabo el procedimiento, los costos que deben asumirse, las reglas de procedimiento, los términos en los que se llevará a cabo el mismo, una vez hayan sido consultadas las partes para tal fin.

Luego de la escogencia de las reglas procesales por las partes, el tribunal está obligado a seguirlas, salvo que las mismas partes decidan desistir de la aplicación de ciertas normas o que las normas escogidas sean abiertamente violatorias del procedimiento, por tanto, en los casos en los que no se dan estos presupuestos, el laudo será susceptible de ser anulado, de conformidad con el artículo 34 (2)(a)(iv) de la ley modelo de CNUDMI y el artículo 52 de la Convención del CIADI.

⁴⁵⁸ SASSON, Monique. 2015. Investment Arbitration: Procedure. In Bungenberg, Marc, Griebel, Jörg, Hobe, Stephan and Reinisch, August. (Eds) International Investment Law and Baden – Baden: C.H Beck, Hart, Nomos.

4.2.4 EL PROCEDIMIENTO NO DETERMINADO POR LAS PARTES

En la práctica arbitral, los tribunales ostentan la facultad de llenar de contenido los eventuales vacíos que encuentre en las reglas procesales que han sido seleccionadas por las partes. En el sistema CIADI, esta potestad se encuentra contenida en el artículo 44 de la Convención, la cual dispone:

“Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.”

Esta potestad ha sido utilizada por diversos tribunales, por cuanto las partes pueden concurrir y argumentar apoyadas en los parámetros fijados por las fuentes que resulten relevantes, lo que le da una herramienta al tribunal para fundamentar sus decisiones, basado en las mismas expresiones hechas por la parte.⁴⁵⁹ Uno de los casos en los que el tribunal ha debido enfrentar los desafíos ocasionados por los vacíos evidenciados, correspondió a la resolución del caso *Abaclat* y otros contra Argentina, en el que se expusieron varias situaciones procesales, atendiendo a las particularidades de una demanda colectiva y fueron puestas en duda las atribuciones con las que contaba el tribunal para llenar los vacíos de una situación que no había sido prevista como una contingencia procesal por las partes.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL. Decision on parties requests for production of documents withheld on grounds of privilege, Nov 17 2005.

⁴⁶⁰ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*. Decision on admissibility and jurisdiction, August 4 2011, paras 521 - 524: “As mentioned above (see§509), Article 44 ICSID Convention provides that where the ICSID framework is silent on a procedural question, which is also not subject to the parties' agreement, the Tribunal shall decide the question. Within the context of arbitration proceedings, this rule is further complemented by Rule 19 ICSID Arbitration Rules, according to which —the Tribunal shall make the orders required. for the proceeding. II These provisions are the

Por su parte, en el marco del trámite arbitral Churchill Mining and Planet Mining Pty Limited v. Indonesia⁴⁶¹, se debatió acerca de las prerrogativas del tribunal para suplir los vacíos procesales del acuerdo, reafirmando que el tribunal estaba facultado para decidir sobre la bifurcación o no del procedimiento.

Algo similar a lo que se viene describiendo sucede en los arbitrajes que son adelantados bajo las reglas CNUDMI, por cuanto los tribunales, con base en la regla 17 (1) ostentan la discreción para dirigir el arbitraje de la forma en que lo considere apropiado, buscando evitar dilaciones en la resolución del caso, siempre que se respeten los derechos de las partes.⁴⁶²

Como se denota de los textos normativos a los que se ha hecho referencia, la facultad ostentada por los tribunales no es absoluta, por el contrario, debe utilizarse teniendo en consideración determinados elementos, que la práctica arbitral ha delimitado e identificado en su ejercicio, llenando de contenido los vacíos procesales dejados por las partes.

mere expression of the inherent power of any tribunal to resolve procedural questions in the event of lacunae.

As a matter of principle, the power of a tribunal is limited to the filling of gaps left by the ICSID Convention and the Arbitration Rules. In contrast, a modification of existing rules can only be effected subject to the parties' agreement, in accordance with minimum standards of fair procedure and to the extent that the rules to be modified are not mandatory (in the sense that they restate mandatory provisions of the Convention)

A tribunal's power is further limited to the filling of gaps left by the ICSID framework in the specific proceedings at hand, and a tribunal's role is not to complete or improve the ICSID framework in general. As such, a tribunal's power to fill gaps will usually be limited to the design of specific rules to deal with specific problems arising in the proceedings at hand.

Considering the above, the Tribunal cannot:

- modify the current arbitration rules without the Parties consent. A revision of the ICSID Arbitration Rules can only be done by the Administrative Council, which is the body competent to adopt the Arbitration Rules under Article 6(1)(c) ICSID Convention; or
- adopt a full set of rules of procedure unless the Parties have agreed that the Arbitration Rules adopted by the Administrative Council should not apply without substituting their own rules."

⁴⁶¹ Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, procedural order No 8, april 22 2014 para 12: "While the Claimants oppose bifurcation on the grounds that it is "unjustified and plainly designed to introduce delay", the Respondent argues that bifurcation is appropriate in the present circumstances since (i) it would be unduly burdensome to require the Respondent to address quantum-related issues when liability is not established, and (ii) it would be premature to examine quantum in light of the Claimants' incomplete submissions and their acknowledgement of the complexities involved in presenting their damages."

⁴⁶² OOO Manolium Processing v. Republic of Belarus, PCA Case No. 2018-06. Decision on Claimant's Interim Measures Requesta. December 01 2018.

El marco de referencia que guía la actuación del tribunal son las reglas procesales que han sido acordadas por las partes, por tanto, ante el surgimiento de espacios sin reglamentación, el tribunal no podrá introducir contenidos que contradigan la esencia del procedimiento pactado, aduciendo estar haciendo uso de su facultad para suplir los vacíos. Por lo referido, resulta claro que el primer desafío al que se enfrenta el tribunal es el de identificar con claridad la existencia de lagunas o vacíos procesales dentro del acuerdo y de las disposiciones que le resulten aplicables. El tribunal de Abaclat al que nos referimos anteriormente, para resolver la cuestión planteada estableció:

“It is undisputed that the ICSID framework contains no reference to collective proceedings as a possible form of arbitration. The key question here is how to interpret this silence. In particular, the Tribunal is asked with the assessment of whether this silence should be considered a —qualified silence, ll meaning an intended silence indicating that it does not allow for something that is not provided, or whether it is to be considered a —gap,ll which was unintended and which the Tribunal has the power to fill. In the latter case, the Tribunal shall further determine whether the adaptations which would be needed to fill this gap, i.e., to manage the present proceedings, fall within the scope of its powers as deriving from Article 44 ICSID Convention and/or Rule 19 ICSID Arbitration Rules.”⁴⁶³

El tema no es pacífico en la práctica arbitral del CIADI, por cuanto, distintos tribunales se han negado a utilizar la facultad contenida en el artículo 44 de la Convención del CIADI, al considerar la inexistencia de la laguna aducida por la parte y por esa vía la impertinencia de adoptar decisiones complementarias en el campo procesal. Sobre el particular, el tribunal del caso ConocoPhillips v.s Venezuela, ante la solicitud del Estado demandado, referente a revisar las decisiones provisionales y preliminares adoptadas por el tribunal a lo largo del caso, con base en las disposiciones del artículo ya citado, estimó que no era

⁴⁶³ Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic). Decision on jurisdiction August 4 2011, para 517.

procedente hacer uso de esa facultad, por cuanto luego de la revisión de las disposiciones de la Convención concluyó:

“ Con frecuencia se sostiene que el objeto del Artículo 44 es el de permitir que se subsanen lagunas procesales. No se le puede interpretar de modo tal de conferir una amplia facultad de decisión sustantiva no explícitamente otorgada.

Del carácter de subsanación de lagunas de esta disposición surge el segundo motivo por el cual el Tribunal concluye que estas normas procesales no pueden dar origen a una facultad de reconsideración. La estructura general y las normas detalladas del Convenio del CIADI fueron diseñadas claramente para permitir la revisión o recursos respecto de las decisiones de un tribunal solo después del dictado del Laudo.”⁴⁶⁴

El tribunal en este ejercicio de interpretación de la Convención del CIADI, de las reglas de arbitraje o de los acuerdos especiales de las partes, debe tener en consideración las normas de la Convención de Viena, especialmente los artículos 31 (reglas generales de interpretación) y 32 (medios de interpretación complementaria), sin pretender completar o mejorar las disposiciones que conforman el sistema CIADI en general.

En esta labor los tribunales deben valerse del sistema de fuentes, acudiendo incluso al derecho blando, en aras de encontrar una solución. Para tal fin, las Reglas IBA sobre obtención de pruebas en el arbitraje internacional, así como las relacionadas con los conflictos de intereses o las reglas éticas para árbitros internacionales pueden ser útiles, máxime si en el litigio convergen partes que pertenecen a distintas tradiciones jurídicas.

⁴⁶⁴ ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on respondent's request for reconsideration, March 10 2014, paras 22 y 23.

Si bien, las partes pueden haber pactado su inclusión en el litigio, en los casos en los que no ha sido así, el tribunal puede hacer uso de las mismas en la resolución de la disputa. En el caso *Churchill Mining v.s República de Indonesia*, el tribunal consideró que las reglas IBA sobre obtención de pruebas en el arbitraje internacional, versión 2010, al reflejar la práctica habitual actual del arbitraje internacional, contribuían al desempeño del rol del tribunal en referencia a los medios de prueba documentales⁴⁶⁵ y por tanto, se apoyó en ellas para resolver la disputa.

A su vez, los litigios que se han adelantado con base en las reglas de arbitraje de la CNUDMI, han acudido a las reglas IBA sobre obtención de pruebas en el arbitraje internacional, así como las referentes a los conflictos de intereses, tal como se ha evidenciado en el caso *Westmoreland Coal Company v. Government of Canada*,⁴⁶⁶ cuyo laudo fue adoptado en enero 31 de 2022.

En el caso adelantado ante el CIADI por *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v.s España*, en mayo 4 de 2017 se profirió el laudo que puso fin a esta fase del procedimiento arbitral que se había iniciado con base en las medidas que habían sido tomadas por la demandada en el área de la energía renovable y que, según lo expresado por el demandante en la demanda, violaba el trato justo y equitativo. Una vez proferido el laudo que concedió las pretensiones de la demanda, España solicitó la suspensión de la decisión y su correspondiente anulación aduciendo que el tribunal se había constituido incorrectamente, además de haberse extralimitado en sus facultades, a la vez que se aducía el haber quebrantado de forma grave normas de procedimiento, además de haberse omitido la expresión de los motivos en los que se fundó la decisión. El comité anuló la decisión, después de hacer un análisis detallado de las normas IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional y de contrastar estos parámetros con la omisión en el deber de revelación en que incurrió uno de los

⁴⁶⁵ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40. Procedural Order No 10, July 22 2014, para 10.

⁴⁶⁶ *Westmoreland Coal Company v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/20/3. Procedural order No 1. April 22 2020. Para 6.2

árbitros, con respecto a las relaciones que mantenía de vieja data con uno de los expertos escogido como perito por los demandantes con respecto a los daños reclamados.⁴⁶⁷ Las directrices IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional contienen tres listas (verde, naranja y rojo) que indican determinadas situaciones que deberían ser reveladas por los árbitros en caso de presentarse en un trámite, disposiciones que a la vez resultan aplicables a los expertos.

Así mismo, las directrices IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje Internacional, han sido el fundamento central en diversas solicitudes de anulación de decisiones arbitrales. Es así como en el caso Victor Pey Casado contra Chile, que se tramitó ante el CIADI, por la expropiación de dos sociedades vinculadas con los medios de comunicación, acaecido en Chile en las postrimerías del golpe de Estado de Augusto Pinochet, el demandante consideró que el presidente del tribunal y uno de los árbitros transgredieron los parámetros fijados en las normas IBA ya referidas, al no revelar completamente su situación particular frente al litigio, pese a ello, los argumentos no fueron acogidos por el comité de anulación.⁴⁶⁸

En el escenario planteado, los tribunales cuentan con una facultad trascendente, que les permite llenar de contenido los vacíos procesales que sean identificables, sin embargo, como se afirmó, es una facultad que no puede ser utilizada de forma indiscriminada, por el contrario, debe establecerse la verdadera existencia de una laguna en las disposiciones, para en ese caso, proceder a usar la facultad, teniendo siempre presente, las particularidades del régimen legal que subyace a la disputa, así como los hechos y especificidades del caso.

Nótese como, en el aspecto procesal al que hemos venido haciendo referencia, encontramos, de una parte, normas que no es posible alterar, pese a la autonomía de que gozan las partes para delimitar los aspectos relacionados con la resolución

⁴⁶⁷ Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36. - Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 Decision on annulment, September 01 2009, June 11 2020.

⁴⁶⁸ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2. Decision on Annulment, January 8 2020.

del litigio y en todo caso, ante la transgresión de estas reglas, la decisión será anulable o no ejecutable, dependiendo del sistema arbitral en que se de. De otra parte, hay normas que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, sin que se afecte la esencia del procedimiento y por tanto, las partes gozan de total autonomía en su configuración, en tanto que hay aspectos procesales no considerados por las reglas propias del sistema o por las disposiciones pactadas por las partes, son estas lagunas las que puede suplir el tribunal arbitral a fin de resolver el caso, no obstante, el defecto en esta labor, propiciará que la decisión sea anulable o que tenga problemas en su ejecución, teniendo en consideración el sistema en el que haya sido decidido el litigio en particular.

4.3 EL INICIO DEL ARBITRAJE CIADI

Como ya se afirmó en precedencia, en la medida en que haya más precisión en el acuerdo arbitral, lo que representa en si mismo la expresión plena de la autonomía de las partes, será mayor la predictibilidad en el desenvolvimiento del trámite y por tanto, difícilmente se requerirá de la complementación de la voluntad de las partes, con base en las decisiones adoptadas por el tribunal. En un marco de precisión en lo acordado, la gestión del caso y la resolución del litigio se podrá dar de una forma organizada y sin contratiempos.

En el arbitraje de inversión, el procedimiento se inicia, bien con la comunicación que el inversor remite al funcionario correspondiente del Estado receptor de la inversión al que pretende hacerse la reclamación, en la que le informa acerca de la potencial disputa a la luz del tratado de inversión, o bien, podrá darse a través de la notificación formal de la intención de iniciar un trámite arbitral. En este momento puede iniciarse el periodo de negociaciones directas, agotando el cooling off period o pasando directamente al escenario litigioso, dependiendo de la forma como se encuentre pactado por las partes. Es una práctica habitual establecer que las partes deben agotar el periodo "cooling off", el que

normalmente va de los tres⁴⁶⁹ a los seis meses⁴⁷⁰ en el que se busca resolver directamente la disputa, de forma previa a acudir al procedimiento arbitral.

A esta fase de negociaciones directas los tribunales arbitrales le han asignado un valor diverso, por cuanto de una parte se ha considerado que el agotamiento de esta etapa no constituye un requisito jurisdiccional previo⁴⁷¹ para acudir al trámite arbitral, en tanto que otros tribunales han señalado que si corresponde a un requisito jurisdiccional, que al no agotarse en debida forma impide el conocimiento del caso por parte de los árbitros.⁴⁷² Posiciones estas que resultan cuestionables desde el punto de vista procesal, por cuanto el periodo de enfriamiento puede

⁴⁶⁹ Tratado de la Carta de Energia artículo 26(2)

⁴⁷⁰ Tratado de libre comercio de América del Norte, artículo 1120.

⁴⁷¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. Award, July 24 2008. En este caso, el tratado bilateral entre el Reino Unido y Tanzania establecía un periodo de negociaciones directas de seis meses, el cual no fue agotado por las partes, sin embargo, el tribunal estimó que esto no impedía el inicio del procedimiento arbitral. paras 343 – 344: “ The Nature of the Six-Month Period: The Republic’s objection depends upon the characterisation of the six-month period in Article 8(3) of the BIT as a condition precedent to the Arbitral Tribunal’s jurisdiction, or the admissibility of BGT’s claims. In the Arbitral Tribunal’s view, however, properly construed, this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory. Its underlying purpose is to facilitate opportunities for amicable settlement. Its purpose is not to impede or obstruct arbitration proceedings, where such settlement is not possible. Non-compliance with the six-month period, therefore, does not preclude this Arbitral Tribunal from proceeding. If it did so, the provision would have curious effects, including: preventing the prosecution of a claim, and forcing the claimant to do nothing until six months have elapsed, even where further negotiations are obviously futile, or settlement obviously impossible for any reason; orcing the claimant to recommence an arbitration started too soon, even if the six- month period has elapsed by the time the Arbitral Tribunal considers the matter. In the Arbitral Tribunal’s view, such consequences would not have been contemplated in the framing of Article 8(3), and nothing in the text of this provision requires such, as a matter of treaty interpretation.”

⁴⁷² *Murphy exploration and Prod. Co Int’l v. Republic of Ecuador*, ICSID Case ARB/08/4, Decision on jurisdiction, December 15 2010. En este caso, el tribunal determinó que las partes estaban obligadas a buscar una solución al conflicto durante seis meses, a través de las consultas o negociación, lo que constituía una obligación que debía ser cumplida de forma previa a acudir al trámite arbitral, de conformidad con las reglas CIADI: “Ese criterio le parece totalmente inaceptable a este Tribunal: no se trata, de una simple formalidad, que permite presentar un arbitraje aunque no se haya cumplido con la espera de los seis meses, y si la otra parte lo objeta, retirarlo y volverlo a presentar. Es algo mucho más serio: un mecanismo esencial, consagrado en muchos tratados bilaterales de inversión, que obliga a las partes a hacer un genuino esfuerzo de negociación de buena fe, antes de acudir a la vía arbitral. Por supuesto que este Tribunal no ignora que si ambas partes se aferran obstinadamente a sus posiciones, las posibilidades de que una negociación resulte exitosa podrían ser nulas. Sin embargo, es sabido que ha habido muchísimos casos en los que partes con puntos de vista aparentemente irreconciliables en un inicio, lograron llegar a soluciones amistosas. Para saber si ello es posible, hay que intentarlo. Evidentemente, la forma en que Murphy International procedió en este asunto impidió siquiera que Ecuador y ella iniciaran las negociaciones a las que las obliga el TBI. paras 154 - 155

terminar constituyéndose en una barrera de acceso a la resolución de la disputa, en los casos en los que el litigio no tiene probabilidades de ser negociado directamente por las partes.

El periodo de negociaciones ofrece múltiples beneficios para las partes, las que se inician con el conocimiento mismo de la contraparte y de la estrategia a seguir, reconociendo fortalezas y debilidades, tanto de la posición propia, así como de la contraparte, identificando el sistema de arbitraje al que eventualmente será llevado el litigio, los posibles escenarios de trámite único o bifurcado y los probables árbitros que puedan intervenir en la resolución concreta de la disputa, no obstante, como ya se dijo, hay litigios con pocas posibilidades de ser negociados directamente.

4.3.1 LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

El trámite arbitral ante el CIADI se inicia formalmente con la presentación de la solicitud cuyos requisitos están señalados en el artículo 36 (2) de la Convención, en la que se establece el contenido mínimo que debe expresarse en la solicitud de arbitraje, centrada en la información concerniente a la identidad de las partes y el consentimiento para el trámite arbitral, disposición que es desarrollada por la regla 2⁴⁷³, en la que se establece una lista detallada de la información mínima que esta

⁴⁷³ Reglas procesales aplicables a la iniciación de procedimientos de conciliación y arbitraje:

Regla 2 Contenido de la solicitud (1) En la solicitud se deberá: (a) identificar con precisión a cada persona en la diferencia y consignar su dirección; (b) manifestar, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante, que ha sido debidamente acreditado por dicho Estado ante el Centro, de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio; (c) indicar la fecha en que se otorgó el consentimiento y acompañar los documentos que lo contienen, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante. También deberá acompañarse información similar sobre la aprobación de ese consentimiento por parte del Estado, salvo que se hubiere notificado al Centro que dicha aprobación no es necesaria; (d) indicar respecto de la parte que es nacional de un Estado Contratante: (i) su nacionalidad a la fecha del otorgamiento del consentimiento; y (ii) si la parte es una persona natural: (A) su nacionalidad a la fecha de presentar la solicitud; y (B) que no tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, tanto en la fecha del otorgamiento como en la fecha de la presentación de la solicitud; o (iii) si la parte es una persona jurídica que a la fecha del otorgamiento del consentimiento tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, debe acompañarse el acuerdo mediante el cual las partes consienten que la primera sea tratada como si fuese nacional de otro Estado Contratante a los fines del Convenio; (e) acompañar informaciones sobre las cuestiones objeto de la diferencia, señalando que las partes tienen una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión; e (f) indicar,

debe contener, no obstante, será la memoria del demandante, el escrito que contenga la totalidad de la información concerniente a la disputa de manera concreta.

La naturaleza jurídica de las disposiciones contenidas en la regla de arbitraje CIADI número 2 ha sido debatida por múltiples tribunales, por cuanto, de un lado, se ha considerado que la misma es eminentemente jurisdiccional⁴⁷⁴, en tanto que otros tribunales han determinado que se trata de disposiciones con alcance procesal⁴⁷⁵

La solicitud puede ser presentada por un nacional de un Estado parte o por un Estado parte.⁴⁷⁶ En el mismo escrito de solicitud, se debe indicar si las partes en disputa, previamente han precisado el número de árbitros que asumirán el conocimiento del caso o el método por medio del cual los mismos van a ser seleccionados, al tenor de lo establecido en la regla procesal 3.⁴⁷⁷ El escrito de

si la parte solicitante es una persona jurídica, que ha tomado todas las acciones internas necesarias para autorizar la solicitud. (2) La información requerida por los subpárrafos 1(c), (1)(d)(iii) y (1)(f) deberá justificarse con documentos. (3) "Fecha del otorgamiento del consentimiento" significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho.

⁴⁷⁴ En el caso *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis*, ICSID Case No. ARB/95/2 Award, 13 January 1997. para 5.12 el tribunal consideró que no había jurisdicción sobre el asunto por cuanto la demanda había sido formulada en contra de una entidad no parte del contrato, además de no cumplir la solicitud con las disposiciones de la regla 2 de arbitraje.

⁴⁷⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*) Decision on jurisdiction. November 14 2005.

⁴⁷⁶ Aún cuando no es frecuente el inicio de trámites arbitrales con base en la solicitud presentada por Estados, en el ámbito del CIADI se ha dado inicio a los tribunales, en la forma descrita, en los siguientes casos: *Gabon v. Societé Serete S.A.*, ICSID Case No. ARB/76/1 el que se inició, pero no prosiguió hasta su culminación en una decisión definitiva; *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Case No. ARB/98/8 en el que se profirió laudo en julio 12 de 2001 y el caso *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others*, ICSID Case No. ARB/07/3 en el que mediante decisión de jurisdicción de diciembre 28 de 2009, el tribunal decidió no conocer del asunto.

⁴⁷⁷ Las partes pueden haber pactado la necesidad de cumplir con requisitos adicionales, tal como se evidencia en el artículo 1121 (1) del tratado de libre comercio de América del Norte: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116 de la normativa ya referida, sólo si:

(a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

solicitud en sentido estricto debe demostrar, ab initio, la competencia del CIADI para conocer de la controversia, a fin de proveer de la información necesaria a la Secretaría General del centro, entidad a la que el solicitante debe remitir directamente el escrito.

En la práctica arbitral es frecuente que las partes que son considerados litigantes frecuentes, inserten dentro de la solicitud de arbitraje, un breve recuento de los hechos y las partes del tratado o del contrato de inversión, haciendo en algunos casos una descripción detallada del contexto fáctico y legal del caso, incluyendo un análisis detallado del mismo.

La Secretaría General tiene la facultad de registrar la solicitud o de denegar la inscripción de la misma, por medio de una decisión definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 (3) de la Convención, y regla institucional 6 (1). En todo caso, la Secretaría General puede rechazar el registro de la solicitud en los casos en los que el Centro carezca de jurisdicción, como sucede cuando una de las partes es un Estado no Contratante o no se aprecia de entrada, el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad *ratione voluntaris*, *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*. En las situaciones en las que se presenta duda frente a la viabilidad del registro, la Secretaría debe proceder a registrar la solicitud. La revisión que hace la Secretaría General se efectúa con base en la información suministrada en la solicitud, siendo una decisión que busca evitar adelantar trámites de forma innecesaria, que posteriormente sean descartados por los tribunales al asumir el conocimiento del mismo. En el trámite surtido ante la Secretaría, la contraparte puede presentar argumentos en contra de la viabilidad del registro del caso.

(b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

A su vez, el trámite puede ser iniciado con base en lo dispuesto por el artículo 2⁴⁷⁸ del Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos y la gestión del mismo estará a cargo del Secretario General del CIADI. En todo caso, el tribunal debe constituirse de conformidad con lo señalado en los artículos 37 al 40 de la Convención y 1 al 6 de las reglas de arbitraje. En esta etapa, son las partes las que tienen la carga de proceder a constituir el tribunal lo más pronto posible luego del registro de la solicitud, teniendo a disposición el panel de árbitros⁴⁷⁹ de que da cuenta el artículo 12 y siguientes de la Convención.

En esta fase inicial de presentación del caso ante la Secretaria del CIADI, debe tenerse en consideración la diferencia que existe entre los conceptos de jurisdicción y admisibilidad, por cuanto son sustancialmente distintos y el control de los mismos corresponde al tribunal, salvo en lo que se refiere a la verificación administrativa que hace la Secretaria del CIADI, referente a la acreditación de determinados requisitos (casos que no pueden ser ventilados ante el CIADI, como cuando el demandado no es un Estado, entre otros), en tanto que el tribunal se encarga de verificar al detalle, el cumplimiento de los requisitos de jurisdicción y admisibilidad, como ocurre en los casos en los que se requiere el agotamiento de requisitos previos para presentar la demanda. Esta fase tiene una importante

⁴⁷⁸ Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Artículo 2: "Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías:

(a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante;

(b) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante, y

c) procedimientos de comprobación de hechos.

La administración de los procedimientos autorizados por este Reglamento se denomina en adelante Mecanismo Complementario."

⁴⁷⁹ De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Convención del CIADI, cada Estado parte designa cuatro árbitros para el panel, en tanto que el jefe del Consejo Administrativo puede designar a 10 árbitros.

repercusión en el resultado del proceso, por cuanto, en los casos en los que el tribunal omite la labor de control de los requisitos de jurisdicción, podrá impetrarse el recurso de anulación en contra del laudo que se llegare a proferir en el trámite.

Toda vez que al CIADI pueden acudir tanto personas naturales como jurídicas, siempre que cuenten con la nacionalidad de un Estado parte, en múltiples casos se han ventilado asuntos en los cuales las compañías se encuentran bajo control de capital extranjero, con respecto al Estado receptor de la inversión. En estos asuntos, los tribunales del CIADI han considerado admisible el caso, siempre y cuando en el tratado bilateral o en la legislación de inversión, se considere a las compañías incorporadas, como extranjeros, por lo que resulta entonces procedente adelantar el trámite ante el centro.⁴⁸⁰

Una situación discutida de forma frecuente al interior de los tribunales CIADI se relaciona con las personas jurídicas que se encuentran controladas directamente por inversores extranjeros o cuyo control se da por subsidiarias de éstas.⁴⁸¹ Los tribunales del CIADI prestan especial atención a la verificación de los movimientos que se dan en la estructura societaria de las partes inmersas en el litigio, por cuanto, se ha considerado que las mismas podrían ser maniobras tendientes a

⁴⁸⁰ Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2. Decision on Jurisdiction of 24 October 1984, 2 ICSID Reports 346, 351–354 (1994).

⁴⁸¹ En el caso Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, una empresa extranjera controlaba a una compañía local incorporada, el tribunal del CIADI consideró que no podía tenerse a la empresa local, como un inversor extranjero, sin embargo, enfatizó en que el gobierno de Indonesia consideraba como extranjeras a las compañías nacionales controladas por inversionistas no nacionales y por tanto se aceptó la jurisdicción sobre dicha situación, en los términos del artículo 25 del Convenio CIADI.

Un razonamiento similar fue usado en el caso Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, en el que se consideró a la compañía local, como una compañía extranjera y por tanto se estimó que se cumplía con el criterio *ratione personae*.

Los tribunales en su mayoría han analizado la participación accionaria, los derechos de voto y el funcionamiento de la administración de las sociedades incorporadas con respecto a las controlantes, criterios determinantes que permitieron al tribunal del caso Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, award february 16 1994, denegar la jurisdicción del tribunal frente al conflicto, por cuanto el demandante era un inversionista extranjero, únicamente en lo correspondiente al 20% de la propiedad y en consecuencia, no se cumplían los requisitos *ratione personae* del artículo 25 (2) (b)

aprovecharse de las garantías dadas por el sistema, estructurándose un claro abuso del procedimiento⁴⁸².

El criterio *ratione personae* al que venimos haciendo referencia, debe estar presente para poder resolver un caso al interior del CIADI, sin embargo, con fundamento en lo establecido en el artículo 2 de la Convención, los criterios se amplían, con base en el mecanismo complementario y por tanto, los Estados no parte o los nacionales de un Estado no parte, también pueden resolver sus diferencias ante un tribunal del CIADI y por ello, solo una de las partes en conflicto deberá cumplir con los presupuestos del requisito *ratione personae*. Frente a las disputas en las que se adelanta el trámite arbitral con base en el reglamento del mecanismo complementario, el mismo solo será admisible en los casos en los que los Estados, inmersos en el litigio, sean parte de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos, por cuanto es este instrumento el que respalda la ejecución de la decisión final, al no estar cobijado por las prerrogativas de la convención CIADI, lo que puede tornar compleja la ejecución de la decisión.

El reglamento del mecanismo complementario de arbitraje de 1978 fue introducido por el Banco Mundial, a fin de extender la viabilidad del arbitraje CIADI a ciertos tipos de procedimiento entre Estados y extranjeros que no se encuentran

⁴⁸² Algunos tribunales han considerado como inadmisibles el hecho que una compañía cambie de nacionalidad con el propósito de cumplir con las exigencias necesarias frente al requisito de jurisdicción del sistema, y por tanto, será tenido en consideración lo estructurado que esté el conflicto con respecto a la fecha de la modificación en la participación accionaria o en la propiedad de la misma, situación que, en todo caso, debe ser aducida por la contraparte. *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic* (ICSID Case No. ARB (AF)/12/6), Decision on Jurisdiction of 21 February 2014, para 65: "No objection is taken to the Tribunal's jurisdiction over the Parties or the subject matter of the claim. Nor is the existence of the consent to arbitration of both Parties contested. The Lao Government's objection is taken solely to jurisdiction *ratione temporis*. According to the Lao Government, the investor was not a national of The Netherlands when the dispute over the New Tax Code arose. In its view, the "legal dispute" over the application to Savan Vegas of the New Tax Code arose no later than 16 December 2011 when the Claimant received formal notice from the Prime Minister's office that the FTA would not be renewed. It followed, the Lao Government contends, that the ordinary law governing taxes would apply from and after the expiry of the five-year FTA on 31 December 2013. The "legal dispute" can and did arise before any taxes became due or payable. It arose more than a month before the Claimant was incorporated in Aruba as an opportunistic device to provide Sanum with access to the rights and remedies afforded by The Netherlands/Laos Treaty."

abarcados dentro de la comprensión de la Convención y fue modificado en 2006; por tanto, esta no corresponde a una reglamentación aislada o que activa un procedimiento de forma separada, incluso la Secretaría General es la misma,⁴⁸³. A la vez, el reglamento del mecanismo complementario en el artículo 4 (3) permite al Secretario General aprobar acuerdos entre las partes, para dirimir ante el CIADI litigios que no tengan como causa una inversión,⁴⁸⁴ siempre y cuando la misma no corresponda a disputas ordinarias del comercio.

⁴⁸³ Estas reglas permiten que se tramiten procedimientos arbitrales entre Estados partes de la Convención o con Estados anfitriones de la inversión no parte de la Convención, como sucedía en algún momento con el TLCAN y el caso de México y Canadá. En el marco del capítulo 11 del TLCAN, es posible, con base en el reglamento del mecanismo complementario de arbitraje, llevar adelante trámites arbitrales entre inversores de Estados Unidos, Canadá o México y entre inversores de estos Estados, no obstante, en los casos en los que se susciten disputas entre inversores canadienses y el Estado de México o entre Inversores Mexicanos y el Estado de Canadá, solo es posible resolver el conflicto por la vía del arbitraje CNUDMI

⁴⁸⁴ Un tema muy álgido al interior del sistema CIADI es el concepto de inversión, por cuanto, suele ser usado frecuentemente para buscar eludir la jurisdicción del tribunal. Es sabido que los redactores de la Convención, de forma deliberada, no delimitaron el concepto de inversión, pese a que en los borradores iniciales de la Convención se sintetizaba de forma detallada el concepto. El criterio al que se hace referencia con más frecuencia para delimitar el concepto inversión, es el conocido como “Test Salini”, el que señala que una inversión debe ser:

- Una contribución en dinero u otros activos con valoración económica
- Tener una duración determinada
- Implicar un riesgo
- Debe contribuir al desarrollo del Estado receptor

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction of 23 July 2001, para 52; Algunos casos que han utilizado este test al interior del CIADI son: Helnan International Hotels A/S v. Egypt (ICSID Case No. ARB/05/19), Decision on Objection to Jurisdiction, October 17 2006, para 77; Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10), Award on Jurisdiction, May 17 2007, paras 73–74; Nova Scotia Power Incorporated v. Venezuela (ICSID Case No. ARB (AF)/11/1), Award, April 30 2014, para 14. Pese a la sistematicidad del test Salini, diversos tribunales han considerado que el mismo carece de total vinculatoriedad, por cuanto ninguno de los criterios en él expuestos forman parte de la Convención y por tanto, solo corresponde a pronunciamientos de tribunales arbitrales, que no resultan vinculantes y obligatorios desde su perspectiva y por tanto, han buscado su propia definición. Nagel v. The Czech Republic (SCC Case No. 49/2002), Final Award of 9 September 2003, 13 ICSID Reports 30, 93 (2008). Incluso, en algunos casos los tribunales se han apartado de los criterios recién referidos y han desarrollado su propia aproximación con respecto al alcance del concepto inversión. Es así como en Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11. Decision on Jurisdiction, August 6 2004. Paras 51 - 53 “A number of ICSID cases have dealt with the question of the definition of investment, confirming generally that a host of activities can be included within this concept. Thus, Alcoa Minerals v. Jamaica held that contribution of capital was one type of investment; Amco Asia first annulment proceeding established that an international tort and an investment dispute were not mutually exclusive categories; Fedax recognized that promissory notes issued in certain circumstances qualified as an investment; CSOB admitted that a loan was in the circumstances of the case an investment; Atlantic Triton accepted

4.3.2 TRIBUNAL ARBITRAL

Dado que las partes pueden haber pactado de forma previa al inicio del litigio, la forma como se constituiría el tribunal o pueden acordarlo una vez el caso ha sido registrado, debe tenerse en consideración la regla de arbitraje 1 (4), por cuanto no será posible designar como árbitro a alguien que haya conocido previamente como conciliador o árbitro de un asunto vinculado con el litigio. En los casos en los que no se procede a designar a los árbitros dentro de los 90 días siguientes a la notificación del registro del caso, salvo que las partes hayan pactado un término distinto, el presidente del Banco Mundial,⁴⁸⁵ con base en las recomendaciones hechas por el Secretario General del panel de árbitros, puede escoger a los miembros del tribunal. En este caso, no será posible nombrar como árbitros a personas que ostenten la nacionalidad de las partes en conflicto y siempre será

as an investment the conversion of equipment of fishing vessels; *Salini v. Morocco* did so in connection with the construction of a highway; and *SGS v. Pakistan* included within the concept of investment pre-shipment inspection activities and other services, as also did *SGS v. Philippines*. In all such cases, however, the connection between the defined investment and the framework of Article 25 has been deemed satisfactory. But in other matters this may not be the case. Some matters have been excluded from ICSID jurisdiction because of not meeting the requirement of Article 25 of the Convention. In 1999, for example, the Secretary-General of ICSID refused registration of a request for arbitration in respect of a dispute arising out of a supply contract for the sale of goods, on the basis that the transaction manifestly could not be considered an investment. Summarizing the elements that an activity must have in order to qualify as an investment, both the ICSID decisions mentioned above and the commentators thereon have indicated that the project in question should have a certain duration, a regularity of profit and return, an element of risk, a substantial commitment and that it should constitute a significant contribution to the host State's development. To what extent these criteria are met is of course specific to each particular case as they will normally depend on the circumstances of each case."

Por su parte, diversos tribunales han considerado que el concepto inversión, en los términos de la convención, no implica la contribución al desarrollo del Estado receptor, entre otros *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/05/3 Decision on Jurisdiction July 12 2006 para 72; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award may 8 2008; *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5 Decision on Jurisdiction, April 15 2009. Finalmente el tribunal de *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction September 27 2012, luego de hacer un recuento de las diferentes visiones que se han dado con respecto al test Salini, postuló que la noción de inversión no implica el beneficio para el Estado receptor de la misma, para 220: "The Tribunal appreciates that the element of contribution to the development of the host State is generally regarded as part of the well-known four-prong Salini test. Yet, such contribution may well be the consequence of a successful investment; it does not appear as a requirement. If the investment fails, it may end up having made no contribution to the host State development. This does not mean that it is not an investment. For this reason and others, tribunals have excluded this element from the definition of investment. This evolution is illustrated by the following four decisions."

⁴⁸⁵ Artículo 38 Convención del Ciadi.

exigible a los árbitros que forman parte del panel, de conformidad con el artículo 14 de la Convención, contar con un alto carácter moral, ser reconocidos en el campo del derecho, el comercio, la industria o las finanzas, y poder ejercer el cargo de forma independiente.⁴⁸⁶

En el trámite arbitral al interior del CIADI, el número de los árbitros es acordado por las partes, pero debe ser impar, sin embargo, la regla 2 de arbitraje, contiene la solución legal aplicable, a los casos en los cuales, en el acuerdo, no se ha establecido el número de árbitros o la forma en la que los mismos deben ser seleccionados, caso en el cual, las partes tendrán 60 días desde el registro del caso, para proceder, término que normalmente se extiende por acuerdo entre las partes. Ante la falta de acuerdo de las partes, la regla 3 señala que cada parte puede invocar el uso de la designación de 3 árbitros, al tenor de lo señalado en el artículo 37 (2) (b) de la Convención, para que cada parte nombre 1 árbitro y entre éstos nombrarán al tercero, quien asumirá la presidencia del tribunal. En los casos en los que las partes han hecho la designación de los árbitros, no operan las restricciones con respecto a la nacionalidad de los mismos y de las partes inmersas en el litigio, contrario a lo que sucede cuando los árbitros son designados por falta de este acuerdo.

Los árbitros una vez aceptan asumir el rol para el cual fueron designados, deben presentar a la secretaria un escrito en el que confirmen no estar inmersos en ninguna clase de conflicto de intereses o en ninguna circunstancia que pueda afectar la independencia dentro del procedimiento, manteniéndose este deber a lo largo de todo el trámite arbitral y debiendo declararlo en el momento que el mismo cambie. A partir del momento en que se notifique a las partes sobre la aceptación del cargo por parte de los miembros del tribunal, para todos los efectos, se iniciará el cómputo de los términos procesales a que haya lugar.

⁴⁸⁶ ÁLVAREZ ZARATE, José Manuel, and others. 2020. Duration of Investor – State Dispute Settlement Proceedings. In *The Journal of World Investment & Trade*. Volume 21 (2020): Issue 2-3 (June 2020)

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

Las reglas de arbitraje 6 y 7 establecen la posibilidad de reemplazar a los árbitros, en los casos en los que el cargo no es aceptado por el designado, dentro de los 15 días siguientes a la notificación del nombramiento por parte del Secretario General, momento en que las partes tendrán que designar nuevamente a los árbitros, según corresponda al procedimiento que haya sido adoptado de forma previa.

4.3.2.1 LAS DECISIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DEL TRIBUNAL

La primera sesión del tribunal se dará dentro de los 60 días siguientes a que el mismo ha sido constituido, salvo que las partes pacten algo diferente. El tribunal a lo largo del procedimiento aplicará las reglas acordadas por las partes, salvo que las mismas sean contrarias a las disposiciones de la Convención o del reglamento administrativo y financiero del CIADI. Las sesiones se realizarán de forma presencial en la sede del CIADI en Washington, salvo que las partes hayan acordado un lugar distinto, no obstante, por la contingencia provocada por la pandemia de COVID 19, como se indicará en las líneas posteriores, se habilitó la realización de diligencias virtuales.⁴⁸⁷

En la práctica arbitral hay una multiplicidad de cuestiones procesales que son resueltas por las partes de forma previa, por cuanto gracias a ello se logra la predictibilidad del procedimiento y una mejor gestión del caso, sin embargo, hay algunos asuntos que no son acordados por las partes, bien porque prefieren resolverlas en el momento justo o porque no es posible ponerse de acuerdo sobre las mismas, como sucede con respecto a la forma como se agotará el proceso, evacuando inicialmente los asuntos jurisdiccionales, de forma previa a resolver los que tienen que ver con los méritos, lo que puede ser eficiente en términos de evitar un desgaste de los recursos con respecto a los casos en los que no se cumple con las exigencias jurisdiccionales para que el caso pueda continuar. A su turno, puede establecerse la manera como se abordan las fases de méritos y daños. Por tanto, el procedimiento se conformará por las disposiciones en las que

⁴⁸⁷ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1

las partes hayan logrado ponerse de acuerdo y las que sean fijadas directamente por el tribunal.

En la práctica arbitral y siempre que las circunstancias así lo permitan, las partes y el tribunal abordan las cuestiones procesales de forma previa a la realización de la primera audiencia, por medio de diversos encuentros informales en los que se avanza en la construcción de un borrador de la primera orden procesal, lo que se constituye como un importante escenario en el que pueden ser precisados los términos tanto del acuerdo que regirá el procedimiento, así como de la disputa a resolver. Las partes remiten al tribunal borradores de la primera orden procesal, en aras de precisar los aspectos referentes al caso⁴⁸⁸. Una vez se han logrado la claridad necesaria sobre los asuntos que serán abordados y establecidos en la primera sesión del tribunal, se procede a citar la misma, a fin de ser proferida la primera orden procesal, la que sin lugar a dudas constituye una pieza fundamental del proceso, que puede contribuir decisivamente con la predictibilidad y eficiencia del procedimiento, evitando complicaciones procesales posteriores. De conformidad con la regla de arbitraje 21, el Secretario General o el presidente del tribunal, o por solicitud de las partes, puede citarse a una audiencia procesal preliminar en aras de intercambiar información y precisar los asuntos relacionados con el caso.

En múltiples casos, la segmentación del proceso puede resultar contraproducente para el buen discurrir del trámite, por cuanto una de las partes puede adoptar tácticas dilatorias, que pretendan prolongar de forma considerable la primera de las etapas abordadas, lo que automáticamente produce el incremento de los costos del trámite. En caso en que las partes no estén de acuerdo con la segmentación adoptada por el tribunal, la cuestión se discutirá en la primera sesión del tribunal y se tomará una decisión al respecto en una orden procesal separada.

⁴⁸⁸ Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33. Procedural Order No 1 July 13 de 2012, de la que forma parte como anexo 1 el borrador de dicha orden

En consecuencia, es en la primera sesión del tribunal en la que normalmente se aborda las cuestiones procesales preliminares no resueltas por las partes, de conformidad con lo establecido en la regla de arbitraje 20, por tanto, el presidente pondrá en conocimiento de las partes la situación, a fin de percibir su postura con respecto a estos asuntos⁴⁸⁹ en aras de definir las claramente en la primer orden procesal.

A su turno y de conformidad con la práctica arbitral, en esta misma sesión puede establecerse lo correspondiente a bifurcación del tribunal, el régimen de descubrimiento de las pruebas, testigos y expertos, *amicus curiae* y la confidencialidad y transparencia que será utilizada por el tribunal. Incluso en la primer orden procesal, el tribunal con base en las facultades que ostenta de acuerdo con lo señalado en el artículo 44 de la Convención, así como en el 19 de las reglas de arbitraje, puede encargarse de resolver cualquier laguna procesal, adoptando las decisiones del caso.⁴⁹⁰ Desde la primera sesión, las partes son requeridas por el tribunal en aras de lograr establecer los tiempos y el orden en que se desarrollará el tribunal⁴⁹¹, incluso, algunos tribunales enfatizan en la necesidad de establecer claros cronogramas para adelantar los trámites, fijando los términos en los que eventualmente se llegará a dictar el laudo y la forma como el tribunal mantendrá informadas a las partes de tal hecho.⁴⁹² En los casos en los que se ha adoptado la segmentación del trámite, debe fijarse el cronograma correspondiente.⁴⁹³

El CIADI se caracteriza por ser un sistema de resolución de disputas con una especial naturaleza y régimen jurídico, identificado por la deslocalización del

⁴⁸⁹ El número de árbitros necesarios para que exista quorum, idioma con el que funcionará el tribunal, número de intervenciones, secuencia y tiempo en que deben presentarse, número de copias que debe aportarse, procedimiento escrito u oral, forma en que se distribuirán los costos del procedimiento, así como la manera en que se grabarán las audiencias

⁴⁹⁰ *Abacat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Decision on jurisdiction August 4 2011.

⁴⁹¹ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21. Procedural Order No 1, January 27 2015.

⁴⁹² *Corona Materials LLC v. Dominican Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3. Procedural Order No 1, December 16 2015.

⁴⁹³ *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8. Procedural Order No 1, December 1 2013.

mismo, razón por la cual, frente a los casos allí ventilados, resulta irrelevante la determinación de la *lex arbitri*, en tanto que en los demás casos de arbitraje de inversión, la determinación del lugar en donde estará asentado el tribunal arbitral, es de especial importancia, de una parte, por cuanto determinará las Cortes Nacionales que eventualmente tendrán competencia para “juzgar” las diversas decisiones tomadas por el tribunal arbitral, así como el régimen jurídico con base en el cual se adelantarán estos trámites. A su vez, es trascendente debido a que la ejecución de las decisiones dependerá de si el lugar escogido corresponde al de un Estado parte de la Convención de Nueva York de 1958

El idioma en el que funcionará el tribunal es fundamental, por cuanto se establece, no solamente la lengua que el tribunal y las partes usarán, así como la lengua en la que serán recibidos los testimonios y si se contará con la presencia de un interprete en las diligencias, así como la necesidad de contar con traducciones con respecto a los documentos que formen parte del trámite, pudiendo restringirse a solo algunas partes de los documentos, atendiendo a criterios económicos o de ineficiencia.⁴⁹⁴ Así mismo, las partes podrán acordar las clases de escritos que serán requeridos, permitidos y prohibidos, así como los formatos a utilizar, sean físicos o electrónicos.⁴⁹⁵

Los costos que se derivan del tribunal pueden ser delimitados por las partes en la fase inicial del procedimiento, cuyos lineamientos en el caso del CIADI y de los demás arbitrajes institucionales, se encuentran regulados por disposiciones del propio sistema, lo que claramente no ocurre en los arbitrajes ad hoc. Así mismo, las partes pueden adoptar diversas estrategias para gestionar sus propios costos a lo largo del desarrollo de la litis. En múltiples casos, la representación ante el tribunal de los Estados demandados es adelantada directamente por funcionarios

⁴⁹⁴ Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21. Procedural Order No 1, January 27 2015., paras 3.4 y 3.5; Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40. Procedural Order No 1 December 6 2012.

⁴⁹⁵ Ver *ibid*, para 13.

de dicho Estado, lo que impacta de forma determinante en cuanto a los costos del procedimiento.⁴⁹⁶

En lo concerniente al CIADI, hay tres clases de costos que deben ser asumidas por las partes. El primero de ellos corresponde a las expensas, que incluyen: i) los gastos de abogados y expertos, así como los costos de viaje de testigos, asesores y representantes de las partes.⁴⁹⁷ ii) Los costos y expensas de los árbitros y los cargos administrativos del CIADI, causados a lo largo del procedimiento⁴⁹⁸ y iii) La tasa inicial pagada al momento de presentar el caso a la Secretaría General del CIADI.⁴⁹⁹

En el capítulo VI de la Convención del CIADI y en las reglas administrativas y financieras, se encuentra la regulación de los costos que se generan por los procedimientos adelantados en el sistema, particularmente lo referente al procedimiento arbitral. Dentro del sistema CIADI debe hacerse un pago de US \$ 25.000⁵⁰⁰ por el registro del trámite ante la Secretaría General y se genera un costo diario de US \$ 3.000⁵⁰¹ por cada día de audiencias o de sesiones de trabajo, así como un cargo administrativo anual de US \$ 42.000⁵⁰²

Los tribunales arbitrales abordan el asunto de los costos de conformidad con lo que haya sido pactado entre las partes. De esta forma, se han adelantado trámites arbitrales, en los que las partes han renunciado a adelantar los cobros por estos

⁴⁹⁶ Belenergía S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40. Award, August 28 2019. En este caso se duró aproximadamente 4 años, el Estado italiano asumió su representación a través de sus propios funcionarios. Las pretensiones de la demanda del inversor fueron denegadas en su totalidad. En el tribunal se estableció que los costos en los que había incurrido el Estado para su defensa ascendían a casi US \$ 400.000, cifra considerablemente menor de los gastos en los que había incurrido el inversor demandante, aproximadamente US \$ 1.800.000.

⁴⁹⁷ Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26. Award, January 29 2016, para 612.

⁴⁹⁸ Estos costos se encuentran en la actualidad señalados en el memorándum de costos y expensas del CIADI de julio 6 de 2005.

⁴⁹⁹ El documento de derechos honorarios y cargos aprobado en la actualidad es de julio 01 de 2020.

⁵⁰⁰ Artículo 3(3) del mecanismo complementario

⁵⁰¹ Artículo 5 del Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Reglamento del Mecanismo Complementario) (versión 2003)

⁵⁰² Derechos, honorarios y cargos CIADI (versión julio 01 de 2021)

conceptos a la contraparte.⁵⁰³ Los tribunales arbitrales normalmente se reservan la decisión con respecto a los costos del trámite para el laudo. En algunos casos, el tribunal impone a la parte vencida la carga de pagar a su contraparte la totalidad de los costos y las expensas, aplicando el lineamiento de imponer los costos a la parte derrotada⁵⁰⁴. No obstante, otra posibilidad práctica, está relacionada con la imposición a cada parte de hacerse cargo de sus propias expensas, en tanto que las tasas y gastos del tribunal, así como los del centro, por partes iguales entre los intervinientes en el procedimiento. En el caso PNG v.s Papua Nueva Guinea⁵⁰⁵ el tribunal se ocupó de señalar de forma detallada la manera como debía procederse en la fijación de los costos:

“The Tribunal considers that its decision on costs allocation should generally be guided by:

- a. the parties’ respective requests for relief concerning the allocation of costs;
- b. the outcome of the parties’ respective claims and defenses and applications (i.e., their relative – partial or complete – success or failure);⁵⁰⁶
- c. the complexity or novelty of issues raised in the arbitration proceeding;⁵⁰⁷

⁵⁰³ Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24. Award. March 30 2015.

⁵⁰⁴ HODGSON Matthew, KRYVOI Yarik and HIRCKA Daniel. 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor – State Arbitration. London British Institute of International and Comparative law. De un total de 432 decisiones analizadas sobre la materia en el periodo comprendido entre diciembre de 2012 y mayo de 2020, se logró establecer que los tribunales arbitrales en un 42% de los casos le habían asignado a cada parte la carga de acarrear con sus propios gastos, en tanto que en un 47% de los casos los mismos fueron parcialmente compartidos entre las partes y tan solo en un 11% de los casos los costos fueron completamente divididos entre las partes.

⁵⁰⁵ PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33. Award, May 5 2015.

⁵⁰⁶ LG&E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, July 25 2007, para. 112.

⁵⁰⁷ Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, para: 240: “[T]he Tribunal is of the view that the dispute raised difficult and novel questions of far-reaching importance for each party, and the Tribunal therefore makes no award of costs ...”; KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Award, October 17 2001, para 228 (“[T]he Tribunal finds it appropriate that each Party bear one half of the ICSID costs and bear its own legal and other costs. Such

- d. the existence of special reasons or circumstances, such as, for example, “procedural misconduct, the existence of a frivolous claim, or an abuse of the [investment arbitration] process or of the international investment protection regime;”⁵⁰⁸
- e. the reasonableness of the parties’ legal costs, including any material disproportion that may exist between the parties’ respective costs.⁵⁰⁹

Para que los costos sean reconocidos por el tribunal, los mismos deben estar suficientemente acreditados por cuanto de lo contrario, serán excluidos o reducidos a lo que resulte probado⁵¹⁰. Bajo esta perspectiva, es admisible incluir los costos en los que se haya incurrido en el equipo de trabajo que apoya a los abogados que intervienen en el tribunal.⁵¹¹

Los costos en que se incurre en los tribunales CIADI dependen de múltiples factores (extensión del litigio⁵¹², complejidad del asunto, cuantía de las pretensiones) los cuales son tenidos en cuenta por el tribunal a la hora de determinarlos, así como de establecer a quién le corresponde asumir los mismos. En el año 2012, luego de revisar un total de 143 laudos, la OECD⁵¹³ concluyó que los costos en los que incurrían las partes de los trámites arbitrales relacionados con el arbitraje de inversión, incluidos los decididos fuera del sistema CIADI,

approach seems fair and reasonable considering [inter alia] that while the Respondent prevailed on jurisdiction, the issues involved were complex and the Claimant’s case was certainly not brought lightly”; Robert Azinian et al. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, November 1 1999, para 126,

⁵⁰⁸ Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, May 19 2010, para 63; Robert Azinian et al. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, November 1 1999, para 126

⁵⁰⁹ EDF (Services) Ltd. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, October 8 2009, para. 321 “the material disproportion between Claimant’s and Respondent’s arbitration costs” is “a circumstance that shall be duly considered when deciding the allocation of such costs”

⁵¹⁰ Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Award July 02 2013.

⁵¹¹ Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/04/6 (formerly OKO Osuuspankki Keskuspankki Oyj and others v. Republic of Estonia)

⁵¹² En el arbitraje de inversión, el procedimiento toma en promedio entre 3.8 y 4.4 años. HODGSON Matthew, KRYVOI Yarik and HIRCKA Daniel. 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor – State Arbitration. British Institute of International and Comparative law. 2.

⁵¹³ GAUKRODGER David y GORDON Katryn. “Investor -State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community” OECD Working Papers on International Investment (2012)

ascendían en promedio a US \$ 8.000.000, cifra que coincide con la señalada por la Comisión Europea en el año 2015⁵¹⁴

En un reciente estudio relacionado con el tema⁵¹⁵ en el que se analizaron un total de 273 laudos, proferidos entre diciembre de 2012 y mayo de 2020, adelantados con las principales instituciones en las que se tramitan casos de arbitraje de inversión (ICC, CIADI, SCC, entre estos, 140 casos corresponden al CIADI) se pudo establecer que el costo promedio del trámite para los inversores demandantes entre diciembre de 2012 y mayo de 2017 osciló entre US \$ 4.200.000 y US \$ 7.400.000, a la vez que, entre junio de 2017 y mayo de 2020, el promedio se situó entre US \$ 4.100.000 y US \$ 7.200.000, por lo que el monto de los costos a cargo del inversor demandante, por la totalidad del periodo analizado (diciembre de 2012 – mayo 2020) osciló entre US \$ 3.600.000 y US \$ 6.400.000, en lo que corresponde al inversor demandante. Por su parte, en lo que corresponde a los costos del trámite a cargo de los Estados demandados entre diciembre de 2012 y mayo de 2017 osciló entre US \$ 3.400.000 y US \$ 5.200.000, a la vez que entre junio de 2017 y mayo de 2020, el promedio se situó entre US \$ 2.300.000 y US \$ 4.400.000 , por lo que el monto de los costos a cargo del Estado demandado, por la totalidad del periodo analizado diciembre 2012 a mayo 2020, se situó entre US \$ 2.600.000 y US \$ 4.700.000. Entre tanto, los costos y gastos del tribunal para el periodo que venimos describiendo (Diciembre 2012 a mayo 2020) se situaron en un promedio general que osciló entre US \$ 740.000 y US \$ 950.000, en tanto que en lo correspondiente al sistema CIADI, los mismos se ubicaron entre US \$ 760.000 y US \$ 960.000.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el trámite de anulación, al interior del sistema CIADI, una vez revisadas 84 decisiones en el periodo comprendido entre enero de 2011 y diciembre de 2020, se pudo establecer que los costos a cargo del

⁵¹⁴ European Commission, "Investor – to – State Dispute Settlement (ISDS) – Some Facts and Figures" (March 12 2015)

⁵¹⁵ HODGSON Matthew, KRYVOI Yarik and HIRCKA Daniel. 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor – State Arbitration. British Institute of International and Comparative law.

inversor demandante en el periodo de enero 2011 a mayo de 2017 osciló entre US \$ 800.000 y US \$ 1.300.000, en tanto que en el periodo de junio de 2017 a mayo 2020 se situó entre US \$ 1.100.000 y US \$ 1.400.000. Por su parte, en lo correspondiente al Estado demandado enero 2011 a mayo de 2017 osciló entre US \$ 980.000 y US \$ 1.400.000, en tanto que en el periodo de junio de 2017 a mayo 2020 se situó entre US \$ 1.200.000 y US \$ 1.400.000. Entre tanto, los costos y gastos del comité ad hoc, para el periodo que venimos describiendo (enero 2011 a junio 2017) osciló entre US \$ 350.000 y US \$ 440.000 para el periodo comprendido entre enero 2011 y mayo de 2017, mientras que para el periodo comprendido entre junio de 2017 y mayo de 2020 se situó entre US \$ 400.000 y US \$ 460.000

De la revisión de estas cifras se evidencian los altos costos tanto de acceso como los correspondientes a todo el desarrollo del trámite que se generan en cuanto al sistema arbitral del CIADI. Esta situación puede erigirse como una barrera para los sujetos que cumplan con las condiciones para demandar a los Estados, pero que no cuentan con los recursos suficientes, por lo que por esta vía, puede terminar forzando la presencia de terceros financiadores de los trámites, con la introducción de elementos que pueden distorsionar la finalidad del sistema en si mismo.

4.3.3 EL PROCEDIMIENTO INICIAL Y LA COVID 19

Aún cuando todo pareciera indicar que la virtualidad hizo presencia en el arbitraje de inversiones debido a la pandemia de Coronavirus, esta afirmación no corresponde del todo a la realidad, toda vez que, la Cámara de Comercio de Estocolmo, desde septiembre de 2019, había puesto en funcionamiento una plataforma para el manejo de archivos y comunicaciones entre las partes, cuyo uso fue implementado inicialmente de forma opcional. Lo propio sucedió con el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje, que había puesto en funcionamiento un sistema para el manejo virtual de los casos, así como de las comunicaciones.

Para la fecha en la que redacto estas líneas⁵¹⁶ es un lugar común afirmar que la pandemia de COVID 19 transformó el plan vital en múltiples aspectos, de los seres que vivimos esta época y desde luego, tanto el derecho de inversiones, así como el arbitraje se vio impactado por este fenómeno. En febrero 17 de 2020 la Organización Mundial de la Salud estableció unos parámetros para el manejo de reuniones y el cuidado de viajeros enfermos, no obstante, la rapidez con la que se propagó el virus, obligó a la Organización Mundial de la Salud, en marzo 11 de 2020 a declarar la existencia de una pandemia. Con este escenario de fondo, diversas instituciones arbitrales iniciaron la implementación de actividades de forma remota. La situación avanzaba y cada Estado adoptaba las medidas dependiendo de la forma como iba evolucionando el virus, siendo habitual la imposición de cierres estrictos en la mayor parte del mundo, salvo lo sucedido con Corea del Sur y Suecia, Estados que decidieron gestionar de una manera distinta la pandemia y que inicialmente no implementaron los cierres obligatorios que entraron en rigor en el resto del mundo. De hecho, la Cámara de Comercio de Estocolmo, foro por excelencia del arbitraje internacional, mantuvo el trabajo con alternancia presencial.

Por su parte, la Cámara de Comercio de París en marzo 17 de 2020 anunció en su sitio web que la secretaría se mantendría operando de forma remota, advirtiendo que todas las comunicaciones debían ser intercambiadas de manera electrónica y pospuso las audiencias que se encontraban programadas para ese momento y posteriormente en abril 9 de 2020, publicó una guía en la que instruía sobre las herramientas y los procedimientos que se encontraban conserados en las reglas de arbitraje y que podían contribuir a mitigar la pandemia.

El CIADI por su parte, en marzo 13 de 2020, anunció que los documentos, así como el intercambio de información debía darse de forma virtual, de tal manera que solo se usaran las copias impresas en los casos en los que fueran solicitados por las partes y se puso en marcha la plataforma BOX para la gestión de los

⁵¹⁶ Julio 31 de 2022

casos. En marzo 19 de 2020 el CIADI anunció que la Secretaria estaba operando de forma remota y que mantenía activa la gestión de los casos.

La dificultad inicial a la que se vieron avocados los trámites arbitrales, se relacionaba directamente con las notificaciones, por cuanto el sistema mismo estaba erigido sobre el intercambio de correos físicos y las constancias que por esta vía se podían obtener, tanto del envío, así como de la recepción del documento, fase trascendental del proceso, por cuanto los errores que en ella se presenten, pueden ser fundamento para solicitar la anulación⁵¹⁷ de la decisión o evitar que la misma sea ejecutada ⁵¹⁸ tal como ha sido establecido en varios instrumentos internacionales. En el mismo sentido, la digitalización de una gran cantidad de documentos y garantizar el acceso a los mismos fue un gran desafío al que se enfrentaron múltiples instituciones, que debieron avocar la gestión sobre la marcha y de manera urgente a fin de evitar la parálisis provocada por las restricciones a la movilidad.

En la actualidad, los procedimientos pueden funcionar de forma completamente virtual, no obstante, en la medida en que ha ido estabilizándose la nueva realidad, los trámites se han adelantado de forma mixta, con presentaciones personales ante el tribunal y con intercambio de documentos y gestión de las comunicaciones de forma virtual.

En el aspecto procesal, múltiples son los desafíos creados por la pandemia en los trámites arbitrales, de un lado lo referente a las audiencias adelantadas de manera virtual o remota, en las que no concurren de forma física ninguno de los intervinientes, situación que demanda la presencia de la buena fe⁵¹⁹ en las comunicaciones, en aras de evitar la distorsión de las situaciones que propicie la materialización de injusticias al interior de los procesos. En el mismo sentido, la preservación de la evidencia y el ejercicio del derecho de contradicción de los medios de prueba debe mantener el equilibrio entre las partes en conflicto, de tal

⁵¹⁷ Artículo 34 (2) (a) (ii) ley modelo de CNUDMI

⁵¹⁸ Artículo V (1) (b) Convención de Nueva York de 1958

⁵¹⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. 2003. El Principio de la Buena Fe Procesal. Barcelona: Bosch.

forma que, a través de las herramientas virtuales se conduzca a la concreción de las garantías procesales, antes que a su cercenamiento.

Las rápidas modificaciones que debieron ser introducidas en el procedimiento por efecto de la pandemia, repercutieron, entre otras, en la técnica oral de las intervenciones desarrolladas ante el tribunal, así como la realización de interrogatorios y conainterrogatorios de los testigos, las partes y los expertos. A su vez, la práctica ha demostrado que la virtualidad impacta las deliberaciones del tribunal por efecto de alterarse la dinámica de interacción entre los árbitros y las piezas procesales con las que se cuenta, en aras de construir el laudo de forma argumentada. El escenario descrito revela un impacto general en el trámite arbitral, con múltiples efectos que a la presente fecha recién están evidenciándose.⁵²⁰

4.3.4 LAS RECUSACIONES

4.3.4.1 LA RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS

En la medida en que se ha incrementado la cantidad de casos que se resuelven por la vía del arbitraje de inversión, ha aumentado considerablemente el número de recusaciones efectuadas en contra de los árbitros. Nótese como, entre 1968 y 1982 habían sido presentados ante el CIADI veinte casos de arbitraje y la primer recusación dentro del sistema CIADI solo fue presentada hasta 1982⁵²¹, en tanto que la siguiente recusación solo fue interpuesta en 1998⁵²². El número de casos de arbitraje que se han presentado a la fecha⁵²³ es de 914, lo que indica un crecimiento exponencial, que como ya se indicó, se dio a partir de la década del 2000, dándose a la par un aumento en el número de recusaciones presentadas, las que se ubican alrededor de 130, sin embargo, solo en 6 casos ha prosperado

⁵²⁰ Egypt's Court of Cassation, October 27 2020.

⁵²¹ Amco v.s Indonesia Caso CIADI No ARB/81/1, Decision on Proposal to disqualify and arbitrator June 24 1982.

⁵²² Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile, Caso CIADI No ARB/98/2, Decision of the Chairman of the ICSID Administrative Council on the Disqualification of Prof. Lalive and Judge Bedjaoui, February 21 2006.

⁵²³ ICSID. The ICSID caseload statistics. (Acceso Julio 31 2022)

la recusación formulada por la parte ⁵²⁴, en tanto que en 23 casos, los árbitros han renunciado una vez se ha presentado la recusación. Argentina y Venezuela han sido los Estados que mayor número de recusaciones han presentado dentro del sistema. En cuanto a Venezuela, es representativo lo sucedido en el caso *ConocoPhillips v.s Venezuela*⁵²⁵ en el que el Estado presentó, en distintos momentos a lo largo del proceso, siete recusaciones diferentes en contra del mismo árbitro. En esta decisión se consideró la utilidad de centrarse en el criterio de la duda razonable con fundamento en las directrices IBA sobre conflicto de intereses en Arbitraje Internacional, antes que en las reglas de la Convención, fijando su criterio de la siguiente manera:

“The IBA General Standards are not law for ICSID tribunals. Moreover, in their own terms, they are “Guidelines”; “they are not legal rules and do not override any ... arbitral rules chosen by the parties”. The Working Group which prepared them trusted that “they would be applied with robust common sense and without pedantic and unduly formalistic interpretation”. Further, the conflict of interest text incorporated in General Standard 2(b) is significantly different from that in Article 57 of the Convention and is easier to satisfy. The standard requires resignation or disqualification “if facts or circumstances have arisen

⁵²⁴ A julio 31 de 2022, los casos en los que se han concedido las recusaciones han sido: *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2. Decision of the Chairman of the ICSID Administrative Council on the Disqualification of Prof. Lalive and Judge Bedjaoui, February 21 2006, con base en la recomendación hecha por el Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje.

Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6. Decision on challenge to Arbitrator, December 08 2009. Con base en la recomendación hecha por el Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje.

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20. Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, November 12 de 2013.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*). Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, December 13 2013.

Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13. Decision on proposal for disqualification of Bruno Boesch, March 20 2014.

Big Sky Energy Corporation v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/17/22. Decisions on Disqualification, May 03 2018.

⁵²⁵ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30.

since the appointment that from a reasonable third person's point of view, having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence"

La norma de conducta de los principales sistemas de arbitraje de inversiones⁵²⁶, le exigen al árbitro la obligación de revelar cualquier hecho o circunstancia que pueda poner en tela de juicio la independencia a los ojos de las partes, así como cualquier otra circunstancia que pueda crear dudas razonables acerca de su imparcialidad en el momento en el que es designado para el cargo y a lo largo de todo el procedimiento.

A fin de salvaguardar las garantías, en los casos en los que se presente un conflicto de intereses, con respecto a los árbitros, puede pedirse la remoción del mismo, al erigirse tal hecho, como una transgresión a la independencia, no obstante, diversos tribunales han señalado que el estándar para proceder a la remoción de los árbitros es elevado y no basta con el simple señalamiento, como se indica más adelante.

En la práctica del CIADI, al momento de hacer la nominación de los árbitros, las partes hacen una revisión de los eventuales conflictos en los que pudieran estar inmersos los candidatos, a la vez que quienes resulten escogidos, al momento de analizar la nominación, están obligados a revelar cualquier hecho que pueda comprometerlo, mientras que en los casos en que corresponde al CIADI hacer la nominación, el centro hace una verificación sobre eventuales circunstancias y debe inquirirse directamente al candidato sobre la existencia de alguna circunstancia. Una vez agotada esta fase y antes de hacer la designación, el CIADI le comunica a las partes la información relevante con respecto al nominado, dándole a conocer el currículum, a fin de que se hagan las manifestaciones a que haya lugar.

⁵²⁶ Artículo 11 reglas ICC, Artículo 15 reglas de arbitraje SCC, así como la regla de arbitraje 9 del CIADI.

De conformidad con lo establecido en las reglas 5 y 6 de arbitraje del CIADI, una vez los árbitros han sido nombrados, estos deben manifestar su aceptación dentro de los 15 días siguientes, término en el que debe expresar los posibles conflictos en los que incurra. En caso de aceptar y de forma previa a la primera sesión, deberá suscribir una declaración en la que manifieste no estar inmerso en ninguna circunstancia que afecte su independencia e imparcialidad.

En este marco, solo serán considerados como hechos relevantes que afectan la independencia e imparcialidad del árbitro, aquellos que de forma objetiva y razonable puedan afectar al árbitro, debiendo ser obvio, evidente y altamente probable, no solamente posible, por tanto, no serán admisibles situaciones fútiles como aquellas derivadas de las relaciones profesionales entre este y uno de los abogados, por el hecho de haber sido compañeros de estudio⁵²⁷ o haber compartido la posición de abogados al interior de una firma⁵²⁸, no obstante, sobre el particular, en la práctica, en algunos casos han sido aceptadas recusaciones con base en estas causales⁵²⁹ en tanto que en otras no, al considerar que la existencia de relaciones profesionales entre el árbitro y la parte o el equipo legal que la respalda no produce automáticamente la descalificación. Estos criterios encontrados, han sido justificados indicando que deben ser tenidos en consideración, la naturaleza, extensión y duración de la relación aducida, así como las relaciones económicas que pueda haber entre ellos.

Aún cuando en la práctica las recusaciones se plantean contra los árbitros antes de adoptar el laudo inicial, las mismas pueden ser planteadas en contra de los árbitros, al momento de estarse tramitando la interpretación, rectificación, corrección o anulación del laudo, de tal forma que la parte cuenta con una amplia

⁵²⁷ Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16. Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz. March 19 2010.

⁵²⁸ ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator, December 15 2015.

⁵²⁹ Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20. Decision on the parties' proposal to disqualify a majority of the Tribunal. November 12 2013

garantía al respecto, pudiendo incluso, presentar varias recusaciones con respecto a un árbitro.

La ausencia de un término específico en el que se debe presentar la recusación, es otra fuente de incertidumbre e inconsistencia dentro del sistema CIADI, toda vez que ha dado pie para que el asunto haya sido abordado de forma disimil por los tribunales y por tanto, no se ha señalado un término cierto dentro del cual deba formularse, dado que la regla de arbitraje número 9 señala que la recusación debe ser planteada con prontitud, una vez la parte que la formule haya tenido el primer conocimiento de la misma. Es así como en el caso CDC v.s Seychells⁵³⁰ se consideró que un tiempo de ciento cuarenta y siete días para presentar la recusación, debía ser tenido como excesivo y fuera de los estándares correspondientes, al igual que se consideró en el caso Aguas de Barcelona v.s Argentina⁵³¹, frente a un término de cincuenta y tres días, conclusión similar a la del caso Azurix v.s Argentina⁵³² en el que se estableció que un tiempo de ocho meses para presentar la recusación era excesivo. En tanto que en el caso Urbaser v.s Argentina⁵³³, el tribunal determinó que el término de diez días se enmarcaba dentro de los parámetros de prontitud contenidos en la convención.⁵³⁴

⁵³⁰ CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, - Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 Decision on annulment, June 29 2005.

⁵³¹ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic. Decision on Claimants' Proposal to Disqualify, October 22 2007.

⁵³² Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12. Decision on Annulment, September 1 2009.

⁵³³ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26. Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator. August 12 2010.

⁵³⁴ El vacío con respecto al término en que debe ser presentada la recusación, ha permitido que por unos pocos días, la solicitud de recusación haya sido considerada extemporánea, tal como sucedió en el caso Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic), en el que la recusación, que había sido presentada a los cuarenta y dos días de tener conocimiento de la misma, fue considerada como presentada en tiempo, en tanto que en el caso Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/21, la solicitud presentada a los cuarenta y cinco días de haberse conocido el hecho, fue considerada extemporánea. Paradójicamente en el caso Asset Recovery Trust S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/11, en el que la recusación fue presentada a los cincuenta y ocho días de

A su vez, un elemento problemático con respecto a la recusación es su decisión, por cuanto de un lado, si la misma solo es formulada contra uno de los árbitros en un tribunal colegiado, la resolución de la recusación estará a cargo de los no recusados, pero si es formulada contra el árbitro único o contra la totalidad de los miembros del tribunal, la decisión quedará a cargo del presidente del Consejo Administrativo, lo que crea dificultades, si se tiene en cuenta la nacionalidad de los intervinientes en el trámite, máxime si se considera que por tradición, el presidente del Consejo es de nacionalidad estadounidense.

Desde que se propone la recusación hasta el momento en que la misma es decidida, el proceso se encuentra suspendido, pudiendo practicarse las pruebas que se considere pertinentes, siendo viable incluso acudir a un tercero para obtener recomendaciones con respecto a la forma como se debe proceder.⁵³⁵

La indeterminación a la que hemos venido haciendo referencia, se evidencia a su vez en lo concerniente a las causales de recusación de los árbitros, las cuales no están señaladas específicamente en el cuerpo normativo y por tanto, han sido desarrolladas de una manera que no es del todo coherente, a partir del contenido del artículo 57 en conexión con el artículo 14 de la Convención del CIADI, el cual señala escuetamente que será procedente la recusación ante la carencia manifiesta de las cualidades exigidas al árbitro

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el artículo 57 indica que la carencia de las cualidades del árbitro deben ser manifiestas y es precisamente en torno a esto en donde los diversos tribunales arbitrales no han sido consistentes en sus

haberse conocido la situación, la misma fue considerada como presentada en tiempo por el tribunal.

⁵³⁵ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, December 21 2011. En este caso, el presidente del Consejo Administrativo del Banco Mundial, en un procedimiento excepcional, acudió al Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje para consultarle acerca de la recusación al presidente del tribunal y a uno de los árbitros y con base en el concepto recibido, desechó los argumentos planteados por Argentina en contra de los dos árbitros recusados.

decisiones. De una parte, en el caso *Amco v.s Indonesia*,⁵³⁶ el tribunal consideró que el término manifiesto puede referirse a una alta probabilidad de ausencia de las cualidades requeridas en el árbitro para desarrollar de forma idónea la gestión encomendada.

Por su parte, en el caso *EDF v.s Argentina*⁵³⁷, se analizó si la pertenencia de un árbitro a una entidad financiera que se encontraba vinculada con uno de los demandantes, era razón suficiente para apartarlo del cargo, sin embargo, se consideró que no se presentaron pruebas que acreditaran la recusación alegada y por tanto, los miembros restantes del tribunal consideraron que el término manifiesto, hacía referencia a aquellas situaciones en las que puede arribarse a una conclusión con poco esfuerzo y sin un análisis profundo.

Como se aprecia, los pronunciamientos que han sido proferidos en la materia a lo largo del funcionamiento del CIADI no se han caracterizado por su consistencia, teniendo en cuenta que se han valorado de forma disimil las causales. Desde el primer caso planteado, *Amco v.s Indonesia*, uno de los árbitros fue recusado por cuanto había sido asesor tributario del principal accionista de la parte demandante y por haber recibido pagos junto con los abogados de esta parte, los que en todo caso cesaron su rol antes de iniciar el tribunal. En este caso, como se indicó, el tribunal terminó negando la recusación, argumentando que no había dependencia económica del árbitro y la parte.

En el caso *Suez vs Argentina*⁵³⁸ se analizó la existencia de un conflicto entre las obligaciones de un árbitro, quien tenía un cargo no ejecutivo en una multinacional de servicios corporativos financieros, que era propietaria del 3% de las sociedades reclamantes. Dicho tribunal consideró que debía analizarse la recusación,

⁵³⁶ *Amco v.s Indonesia* Caso CIADI No ARB/81/1, Decision on Proposal to disqualify and arbitrator June 24 1982.

⁵³⁷ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23. Challenge decision regarding Professor Gabrielle Kaufmann Kohler. June 25 2008, paras 65 - 68

⁵³⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Decisions on the proposals for the disqualification of a member, October 22 2007 and May 12 2008.

centrándose en: - La cercanía del árbitro con los demandantes. – La intensidad y frecuencia de la cercanía. – La duración de la dependencia del árbitro con respecto a la parte. – La duración de los beneficios obtenidos por el árbitro derivados de esa conexión. En esta decisión se dejó planteado el estándar de la duda razonable. A partir de ello y con base en los tópicos recién señalados, el tribunal concluyó que por tratarse de un cargo no ejecutivo el desempeñado por el árbitro, no se afectaba su independencia ni imparcialidad, por cuanto no tenía relación directa con el demandante, ni derivaba beneficios de este, y su remuneración no dependía de la participación accionaria que tenía la multinacional en la demandante.

En el caso *OPIC Karimum Corp v.s Venezuela*⁵³⁹, se consideró que los ejemplos contenidos en las reglas IBA, referentes a múltiples designaciones hechas a un árbitro en el mismo periodo de tiempo, no resultaban obligatorias para el tribunal y por tanto, no eran decisivas para la determinación de la imparcialidad o independencia, centrándose en la alta carga probatoria que implica la prosperidad de una recusación, precisando que la simple relación de los árbitros, con alguna firma de abogados que se ve inmersa en el caso, no es razón suficiente para excluirlo del trámite. A la par que no resultó procedente alegar dependencia económica del árbitro, al haberse acreditado la multiplicidad de fuentes de ingreso, no derivadas de las designaciones como árbitro de inversiones.

En el caso *Universal Compression Int'l Hld., S.L.U v.s Venezuela*⁵⁴⁰, el tribunal analizó si el que los árbitros se encontraran vinculados con múltiples procesos con respecto al mismo demandado o con la intervención de las firmas o una relación profesional previa con algún miembro del tribunal arbitral se erigían como hechos fundados a la luz de los artículos 14 (1) y 57 de la Convención, que dan lugar a la remoción del árbitro. En este caso la recusación fue denegada, por cuanto al tenor de lo dispuesto en el artículo 57, no se probó la ausencia manifiesta de cualidades

⁵³⁹ *OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14. Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator may 5 2011.

⁵⁴⁰ *Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. Arb/10/9. Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, May 20 2011.

requeridas para el árbitro. En esta decisión, el término manifiesto fue tomado por el tribunal como sinónimo de obvio o evidente, por lo que la carga de la prueba es alta, debiendo ser acreditada a través de evidencia objetiva. A su vez, el tribunal señaló que la designación de un árbitro en múltiples casos, no corresponde, per se, a una ausencia de independencia e imparcialidad, por cuanto, además de las múltiples designaciones, éstas deben coincidir con otros hechos objetivos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención. A su turno, el tribunal remarcó la inviabilidad que afectaría al arbitraje de inversión si se llegara a considerar como impedimento para los árbitros el que, de forma previa, alguno de éstos haya intervenido en casos con aspectos fácticos o jurídicos similares a los que están por resolverse. En este caso se consideró que lo referente a la intervención previa en casos ante el CIADI corresponde a información pública, por lo que la omisión de su revelación, no debe ser tomada como ausencia de independencia e imparcialidad.

Por el contrario, en el caso *Nations Energy Corporation v.s Panamá*,⁵⁴¹ se analizó la recusación de un árbitro que no divulgó su vinculación profesional con una firma a la que pertenecía uno de los abogados del reclamante. En este caso se rechazó el razonamiento utilizado al resolver la recusación del caso *Suez*, y se optó por el criterio de alta probabilidad, lo que condujo a desechar la recusación planteada al no cumplir con los parámetros fijados en el artículo 57 de la Convención, debido a la ausencia de prueba de la relación profesional del árbitro con el abogado de la parte, lo que impedía materializar una falta de independencia manifiesta, al hacerse desaparecer la probabilidad de la misma y por tanto la viabilidad de la recusación.

En el caso *Blue Bank v.s Venezuela*⁵⁴² el árbitro recusado se encontraba vinculado como abogado en la oficina de Madrid a una firma multinacional, además de ser

⁵⁴¹ *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/06/19, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, September 07 2011.

⁵⁴² *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB 12/20. Decision on the parties' proposal to disqualify a majority of the Tribunal. November 12 2013.

miembro del comité internacional de esta firma, a la vez que las oficinas de Caracas y Nueva York estaban a cargo de casos en contra de Venezuela. El árbitro fue removido, teniendo en cuenta que el caso se estaba tramitando de forma simultánea y vinculaba conceptos similares en las dos disputas, la conexión existente entre las dependencias de las secciones de la firma de abogados y la remuneración derivada del ejercicio profesional, impedían el desarrollo de la función de árbitro de forma independiente e imparcial. En una nueva recusación planteada en el caso *Blue Bank v.s Venezuela*,⁵⁴³ se estableció que solo se requería que la situación tenga apariencia clara y por tanto el estándar aplicable se relaja frente a los planteamientos desarrollados en los casos anteriormente citados.

A su turno, en el caso *Vivendi v.s Argentina*, uno de los árbitros fue recusado, por cuanto éste había revelado que uno de los miembros de la firma de abogados, había prestado consejo legal a la sociedad demandante en un caso diferente. La recusación fue desechada, por cuanto consideró el tribunal que la relación había sido completamente revelada por el árbitro en el momento procesal oportuno, además de tratarse de una asesoría específica para un asunto ya concluido con respecto a la litis.⁵⁴⁴

Algunas recusaciones han sido fundamentadas en las posturas legales mostradas por los árbitros al resolver casos en el pasado, toda vez que se aduce el riesgo que las preconcepciones producen en el nuevo caso y la dificultad para el árbitro de aceptar o crear nuevos argumentos, con respecto a situaciones similares sometidas a su conocimiento, tal como se planteó en el caso *Repsol v.s*

⁵⁴³ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20. Decision on the Proposal to Disqualify Álvaro Castellanos Howell. March 02 2018.

⁵⁴⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*) Decision on the Challenge to the President of the Committee. October 03 2001; *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/1. Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, February 27 2013.

Argentina⁵⁴⁵, en el que, luego de analizar la petición, fue negada la recusación, al no reunirse los presupuestos mínimos de la misma. ⁵⁴⁶ A un razonamiento similar se llegó en el caso *Ickale v.s Turkmenistan*⁵⁴⁷ en el que un árbitro fue recusado por la interpretación que había hecho a favor del Estado en un caso anterior, no obstante, se descartó la recusación, por cuanto la misma no tenía una relación directa con el caso.

En determinados casos se ha recusado a los árbitros con fundamento en las opiniones académicas emitidas por éstos, tal como sucedió en el caso *Urbaser v.s Argentina*⁵⁴⁸, en el que se recusó a uno de los árbitros por las aseveraciones con respecto al principio de Nación Más Favorecida, que había hecho en un libro, sin embargo el tribunal estimó que las opiniones académicas sobre las cuestiones relacionadas con el litigio, no impedían que el árbitro pueda escuchar y considerar la posición de las partes de forma imparcial e independiente.

De forma recurrente se ha establecido que, per se, no constituye una causal de recusación válida, el haber participado como árbitro en la resolución de un caso anterior, por cuanto lo trascendente es la sustancia, mas no el número de tribunales en que se haya intervenido⁵⁴⁹, de hecho, se consideró que la ausencia de revelación por parte del árbitro, únicamente se considerará como una causal viable de recusación, si de los hechos se deduce que la misma afectaría gravemente la independencia e imparcialidad del árbitro. En este caso, se consideró que eventualmente podría abrirse paso una recusación frente a un

⁵⁴⁵ *Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/12/38. Decision on the Proposal for Disqualification of two arbitrators. December 13 2003.

⁵⁴⁶ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator February 04 2014.

⁵⁴⁷ *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24 Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, July 11 2014.

⁵⁴⁸ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26. Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator. August 12 2010.

⁵⁴⁹ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, December 23 2010; *OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14 Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator May 5 2011.

árbitro que ha sido designado de forma recurrente por la misma parte, siempre que la frecuencia de las designaciones se deba a la obtención de beneficios financieros, pueda crear una relación de dependencia o pueda ser influenciado por factores externos vinculados con el conocimiento que tenga de otros casos.

A su turno, se han formulado recusaciones fundadas en las declaraciones dadas por los árbitros a algún medio de comunicación, tal como sucedió en el caso *Perenco vs Ecuador*⁵⁵⁰ en el que se aceptó la recusación hecha a un árbitro por múltiples comentarios que hizo en una entrevista a un medio de comunicación, en la que manifestó que el Estado demandado tenía una posición renuente a cumplir con las órdenes que venían siendo dadas por el tribunal. Ante esta situación se consideró que desde el punto de vista de un tercero imparcial, estos comentarios creaban dudas razonables con respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro.

Amplios cuestionamientos se han generado alrededor de quienes actúan de forma frecuente en condición de abogados y de árbitros, llegando muchas veces a hacerlo incluso como expertos o como testigos en determinados casos, lo que ha sido puesto en tela de juicio por una parte de la doctrina, que ha considerado inaceptable ese juego de roles, al que han llamado “doble sombrero”, en tanto que otros han considerado improcedente hacer tachas ab initio, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un área en la que actúa un círculo reducido de personas que suelen coincidir en diversos escenarios.⁵⁵¹

Como se aprecia, hay una indefinición en lo referente a los criterios, con base en los cuales se adoptan las decisiones de recusación de los árbitros, si se tiene en cuenta que los mismos han discurrido entre la duda razonable y las ciertas o probables dudas con respecto a la independencia de los árbitros, no obstante, en cada caso se abordan las particularidades y se toma una decisión que, como se

⁵⁵⁰ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6. Decision on challenge to Arbitrator, December 08 2009.

⁵⁵¹ HWANG, Michael and Lim, Kevin. Issue conflict in ICSID arbitrations, 8 *Transn'l Dispute Mgmt.* December 2011.

refirió en este apartado, no es consistente y puede afectar severamente el funcionamiento del tribunal al estar vinculado con la independencia e imparcialidad de los árbitros. En lo que si se han mostrado coincidentes todos los tribunales ha sido en afirmar que el estandar aplica en las mismas condiciones para los árbitros seleccionados por las partes o por el presidente u otra autoridad.

4.3.4.2 RECUSACIONES CONTRA ABOGADOS Y EXPERTOS

Al interior de la Convención del CIADI no existe una regulación en concreto, con respecto a la recusación de los abogados y de los expertos que son llamados en condición de testigos, sin embargo solicitudes de este estilo han sido presentadas en diversos tribunales, en una proporción muy menor comparada con las recusaciones presentadas con respecto a los árbitros, los que han sido evacuados con base en los poderes que les han sido conferidos para resolver cualquier situación procesal que les sea planteada. Estas recusaciones son decididas de conformidad con lo preceptuado en las reglas de arbitraje, particularmente en lo señalado en la 19 y 34 (1) de la versión 2006, que son sustancialmente iguales a lo dispuesto en la versión 2022, en vigor desde julio 01 de 2022, en las reglas 27 (1) y 36 (1).

En el caso *Hrvatska v.s Eslovenia*⁵⁵² el tribunal analizó los cuestionamientos que hizo la parte demandada, con respecto a la eventual vinculación al equipo legal de la contraparte, en una etapa avanzada del proceso, de un abogado que formaba parte de la misma barra del presidente del tribunal arbitral. El tribunal analizó la situación y consideró que resultaba inapropiada la vinculación de este apoderado a dicho caso y por tanto no la admitió.

En el caso *Fraport*⁵⁵³ en el que el comité estudió la anulación del laudo ya proferido dentro de la causa, la parte demandada le pidió al tribunal, no aceptar la

⁵⁵² *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24. Order Concerning the Participation of Counsel, May 6 2008.

⁵⁵³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25 Decision on Application for Disqualification of Counsel, September 18 de 2008: "The Committee considers that it has the power and duty to conduct the process before it in such a

intervención de un apoderado de la parte demandante, teniendo en consideración la relación preexistente entre el abogado y la parte. El comité al analizar el asunto, puso de presente la ausencia, dentro del marco CIADI, de una norma que regule la cuestión en particular, no obstante, consideró que el artículo 44 de la Convención lo reviste de las facultades necesarias para resolver las cuestiones procesales que no se encuentran regladas dentro del cuerpo normativo, pese a ello, el comité consideró que estos poderes solo deben ser usados en casos muy especiales y siempre respetando las garantías procesales de las partes.

Ahora bien, en el caso *Romp petrol v.s Romania*⁵⁵⁴ el demandado le solicitó al tribunal que ordenara la remoción de un abogado de la contraparte, por cuanto este había trabajado en una oficina de abogados de la que formaba parte uno de los árbitros del litigio. En este caso el tribunal consideró que no resultaba procedente interferir en la elección de los abogados, por cuanto es una facultad reservada a la parte.

Por su parte, en lo que respecta a la descalificación de los expertos, en el caso *Flughafen v.s Venezuela*, la parte demandante pidió al tribunal inhabilitar a uno de los expertos atendiendo al conocimiento previo que este tuvo de información relacionada con el caso en particular, debido a la solicitud de una propuesta de

way that the parties are treated fairly and with equality and that at any stage of the proceedings each party is given the opportunity to present its case. This power and duty necessarily includes the power and obligation to make sure that generally recognized principles relating to conflict of interest and the protection of the confidentiality of information imparted by clients to their lawyers are complied with. Indeed, such principles are of fundamental importance to the fairness of the Committee's procedures, such that the Committee has the power and duty to ensure that there is no serious departure from them.

The Committee also observes that, where the issue involves legal representation, the rights of both parties are potentially affected, since a decision to disqualify counsel from acting for a party in proceedings before the Committee affects that party's freedom to rely upon advice and representation of counsel of its own free choosing."

⁵⁵⁴ *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel, January 14 2010: "What is however plain beyond a shadow of doubt is that the Hrvatska Tribunal was influenced to a material degree by the late announcement of the new appointment as counsel, coupled with the light that had been cast on the surrounding circumstances by the adamant refusal of the appointing Party's representatives to make any disclosure until the very last minute – which they themselves acknowledged before the Tribunal had been an error of judgement. Viewed from this perspective, the Hrvatska Decision might better be seen as an ad hoc sanction for the failure to make proper disclosure in good time than as a holding of more general scope."

servicios que le fue remitida y que contenía información relevante del caso, sin embargo, el tribunal concluyó que no había mérito para la exclusión, por cuanto no se probó que el experto hubiese tenido acceso a la información que le fue enviada previamente al inicio de la controversia, la cual, en todo caso no tenía naturaleza confidencial o privilegiada⁵⁵⁵.

4.3.5 LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Dentro del derecho de defensa que ostenta el demandado, ha sido reconocido, tanto en los niveles nacionales, así como internacionales, la posibilidad de presentar una demanda de reconvencción en contra del demandante inicial, no obstante, en el arbitraje de inversión el aspecto no es tan claro, pese a la estrecha vinculación que tal situación tiene con las garantías fundamentales. Es pertinente enfatizar aquí, que la demanda de reconvencción constituye en si misma una demanda autónoma, que persigue por tanto la obtención de una condena y no una simple denegación de pretensiones de la demanda inicial.

El derecho a presentar una demanda de reconvencción, como expresión de las garantías procesales con que cuenta el demandado, ha sido reconocida en el marco del derecho internacional por diversos tribunales, incluso en los casos en los que la misma no se encontraba específicamente regulada, por cuanto se constituye en una garantía de la equidad de las partes de perseguir la obtención de un derecho, con base en la economía procesal, buscando una respuesta consistente a una disputa en particular, lo que contribuye en la materialización de los postulados de justicia que son perseguidos por cualquier sistema de resolución de disputas sin que se excedan los límites jurisdiccionales que han sido reconocidos por las partes, lo que constituiría una transgresión de los derechos de la contraparte, así como de la propia administración de justicia,⁵⁵⁶ en el mismo

⁵⁵⁵ Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19, Decision on proposal for disqualification of expert witness and exclusion of evidence. Agosto 29 de 2012.

⁵⁵⁶ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Counter - Claims, Order of 17 December 1997, I.C.J. Reports 1997, P 18, para 30

sentido que ha sido reconocida como una expresión de la garantía fundamental de ser oído.⁵⁵⁷

En el caso *Hamester*⁵⁵⁸ el Estado demandado presentó una demanda de reconvencción en la que pedía al tribunal ordenar al inversor el pago de los daños morales o de otra naturaleza por las pérdidas sufridas a causa del inversor, sin embargo, no especificó el fundamento para la jurisdicción del tribunal sobre el asunto y los argumentos que soportaban las pretensiones planteadas. El tribunal del caso analizó el artículo 46 de la convención y determinó que cualquier demanda de reconvencción vinculada directamente con el objeto de la disputa se encuentra dentro del consentimiento de las partes y por tanto está bajo la jurisdicción del centro, por lo que el Estado ostenta un derecho de acción para presentar demandas de reconvencción, dentro del espectro del tratado bilateral, toda vez que sin las consideraciones propias del tratado, no resultaría posible, al exceder el espectro del consentimiento. A su vez, el tratado de inversión objeto del litigio no consideraba tal eventualidad dentro de las provisiones y por tanto, el tribunal decidió denegar la demanda de reconvencción y estableció:

“However, in the absence of any submissions on the nature of the Respondent’s counterclaim under the BIT, the Tribunal is unable to analyse whether it is capable, in accordance with Article 46 of the Convention, of falling within the parties’ scope of consent.”

Por su parte en el caso *Inmaris*⁵⁵⁹ el Estado demandado presentó demanda de reconvencción en la que pedía al inversionista el pago de una indemnización. El tribunal consideró que ostentaba jurisdicción sobre la demanda de reconvencción, a la luz de lo establecido en el tratado bilateral, no obstante denegó las pretensiones

⁵⁵⁷ The ‘Erica Lexie’ incident (Italy v. India), PCA Case No. 2015-28, Award, May 21 2002, paras 254-255.

⁵⁵⁸ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24. Award. June 18 2010, para 355.

⁵⁵⁹ *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8. Award, March 1 2012.

de la demanda del Estado al no encontrar procedente los argumentos y pruebas aducidas.

En el caso Gavazzi⁵⁶⁰ el Estado demandado, presentó una demanda de reconvencción en contra del inversionista, debido a los incumplimientos en los términos de la inversión acordada así como la mala gestión ejecutada en cuanto a la inversión realizada. El Estado arguyó que la posibilidad de interponer una demanda de reconvencción, es un derecho que es dable presumir, en tanto no se encuentre expresamente excluido por el tratado bilateral. El tribunal en su análisis consideró que al hacer la interpretación del tratado, no resultaba admisible la presentación de una demanda de reconvencción, por cuanto el tratado bilateral solo daba al inversionista la posibilidad de presentar reclamaciones frente al Estado, más no daba la posibilidad, ni mucho menos el derecho al Estado de proceder contra el inversionista, toda vez que es de la esencia del derecho de inversiones la protección a los inversionistas y no a los Estados.

Ahora bien, en el caso Rusoro⁵⁶¹ la demanda de reconvencción de Venezuela se encaminó a hacer responsable al inversionista por las malas prácticas que

⁵⁶⁰ Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25. Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, April 21 2015. Paras 153, 159: "The Tribunal has considered whether the omission of any express mention of the Host State's right to file a counterclaim is due to the fact that the drafters of the BIT focused on the protection of the investor. It has also considered whether this omission actually excludes any counterclaim by the Host State against the investor before the arbitration forum provided for by the BIT. It has been considered whether the Respondent's counterclaim is for damages caused by the investor, which, in the Respondent's contention, arise from the investment - or more precisely the failure of investments -and thus allegedly from the same subject matter as the Parties' dispute. Since the counterclaim is allegedly an extension of the Respondent's defence against the claim, so the Respondent submitted, the Tribunal was invited to consider that such counterclaim is included within the consent of the Parties to arbitrate before the Tribunal their dispute arising from the investment. It further has been raised within the Tribunal whether the BIT's Contracting Parties intended to avoid parallel proceedings and conflicting decisions before different courts and tribunals by preventing the Host State from asserting its rights against the investor in a counterclaim; and whether such exclusion would not be a breach of natural justice.

The Majority therefore concludes that the BIT does not entitle the Respondent to advance in the present proceedings a free-standing counterclaim. "

⁵⁶¹ Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5. Award. August 22 2016., para 627: "The literal wording of Art. XII does not leave room for doubt: the Treaty affords investors, and only investors, standing to file arbitrations against host States; and the purpose of the arbitrations is for arbitrators to adjudicate disputes relating "to a claim by the investor that a measure taken or not taken by [the host State] is in breach of this Agreement", by applying the Treaty and applicable rules of international law."

afectaron gravemente la viabilidad de una mina de oro. El tribunal analizó la demanda de reconvención a partir del contenido del artículo 47 del mecanismo complementario de las reglas de arbitraje, que le permite a las partes la presentación de demandas de reconvención, siempre y cuando quepan dentro del contenido del tratado bilateral. El tribunal, luego de hacer una interpretación de las disposiciones del tratado concluyó que únicamente el inversor contaba con la posibilidad de presentar reclamaciones en contra del Estado.

En el caso Urbaser⁵⁶², el Estado presentó una demanda de reconvención argumentando el incumplimiento por parte del inversionista, al no haber efectuado estas las inversiones correspondientes, argumento que no fue aceptado por el tribunal, por cuanto consideró que no era posible dar trámite a la demanda de reconvención, al no encontrarse contenida en el tratado bilateral y luego de hacer un recuento de algunos casos en los que se ha discutido la viabilidad de la presentación de la demanda de reconvención, concluyó la improcedencia de la misma. Este pronunciamiento es paradigmático, por cuanto en el se considera que el inversionista no contrajo ninguna clase de obligación con respecto al Estado, en el sentido de realizar inversiones en particular. En el mismo sentido se afirmó que el Estado no contaba con la posibilidad de cuestionar al inversionista y por tanto estableció:

“El principal objetivo de dichos tratados es, de hecho, la protección de los derechos de los inversores. Los TBI no establecen procedimientos para la presentación de demandas reconvencionales por parte de los Estados ni mencionan siquiera el derecho de un inversor a presentar tales demandas. Esto significa que los tratados de inversiones no imponen obligación alguna a los inversores, por lo que los Estados receptores no pueden basarse en la violación de las disposiciones de dichos tratados para iniciar acciones contra un inversor. El derecho de demanda sería contrario al objeto y propósito del arbitraje de controversias resultantes de tratados, que es otorgar a los

⁵⁶² Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina (ICSID Case No. ARB/07/26), Award, December 8 2016.

inversores un derecho unilateral al control cuasi-judicial de las acciones regulatorias de las naciones.

Asimismo, en el caso en cuestión, la República Argentina no goza del derecho de presentar una reclamación en virtud del TBI, porque las Demandantes no consintieron tal extensión del proceso arbitral. Los TBI contienen una oferta de arbitraje realizada por los Estados firmantes, y éste es también el caso con el TBI España-Argentina. Dicha oferta debe ser aceptada por el inversor para que se entienda prestado el consentimiento al citado arbitraje. En consecuencia, el alcance del expresado consentimiento prestado por el inversor se convierte en elemento esencial, pues determina si la demanda reconvenicional se encuentra dentro de la competencia del Tribunal. Ni la solicitud de arbitraje ni su presentación al CIADI constituyen pruebas suficientes de que las Demandantes hayan consentido la presentación de una demanda reconvenicional. Tal como se estableció en el caso *Roussalis*, la existencia de consentimiento entre las partes debe ser determinada en base a instrumentos ajenos al propio Convenio, sin que sea suficiente la referencia a la reconvenición incluida en su Artículo 46”

En el caso *Burlington*⁵⁶³ el Estado demandó en reconvenición al inversionista con base en la responsabilidad por los daños ambientales (debido a la contaminación) causados en unas zonas en las que se explotaba petróleo, además de haber incumplido con la reversión, en buenas condiciones, de la infraestructura usada por el inversionista. El tribunal al momento de abordar el estudio de la demanda de reconvenición, consideró que la jurisdicción sobre la misma se derivaba del acuerdo al que llegaron las partes, de forma posterior al inicio del litigio que data de 2008, el que incluía que el inversionista no presentaría excepciones jurisdiccionales y que las decisiones adoptadas por el tribunal serían definitivas, sin posibilidad de iniciar ningún trámite adicional. El tribunal en un principio analizó la relación que existe entre el presente caso y el caso *Perenco*, al que nos

⁵⁶³ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*). Decision on Ecuador's Counterclaims, February 7 2017.

referiremos más adelante, por cuanto se relacionan con los mismos presuntos daños, por lo que se encontraba ante arbitrajes paralelos, no obstante, el tribunal luego de hacer un análisis de los argumentos del Estado demandante terminó concendiéndole una parte de las pretensiones impetradas en la reconvencción.

En el caso *Teinver*⁵⁶⁴ el Estado presentó una demanda de reconvencción en contra del inversionista para que se declarara a este responsable por todos los daños y perjuicios causados al Estado por la mala gestión de la inversión. El tribunal consideró que podría entrar a conocer de una demanda de reconvencción, en el caso en que la misma se hubiese referido a la existencia o alcance de un derecho o de una obligación legal, siempre que se trate de una diferencia de naturaleza jurídica surgida directamente de la inversión, por tanto, al no haberse identificado en el escrito de demanda de reconvencción, ningún derecho u obligación aplicable de orden legal, siguiendo el razonamiento esbozado en el caso *Hamester*, el tribunal indicó :

“En ausencia de argumentos referidos a la naturaleza de la Demanda Reconvenccional de la Demanda en virtud del TBI, el tribunal no puede analizar si dicha reconvencción es suceptible, de conformidad con el Artículo 46 del Convenio, de quedar comprendida dentro del consentimiento de las partes”

En el caso *Tethyan*⁵⁶⁵, el Estado demandó en reconvencción al inversionista por cuanto no había efectuado una inversión en los términos de las políticas contenidas en el tratado bilateral, así como algunas disposiciones emanadas de autoridades no nacionales del Estado, frente a lo cual el tribunal consideró ostentar jurisdicción únicamente frente a las reclamaciones fundadas en los precisos términos del tratado bilateral de inversión.

⁵⁶⁴ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, July 21 2017, para 1066

⁵⁶⁵ *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Award, July 12 2019.

En el caso Perenco⁵⁶⁶ el Estado presentó una demanda de reconvención en contra del inversionista por los daños ambientales causados en el desarrollo de la inversión, así como el incumplimiento en la reversión de la infraestructura, por hechos y con fundamentos similares a los del caso Burlington con quien el inversor del presente caso tenía conformado un consorcio. El tribunal, luego de hacer un análisis en el que consideró que no era un comportamiento abusivo la presentación de procesos paralelos, en virtud de tratados de inversión, incluso existiendo un elemento que procura la obtención de una doble oportunidad para el demandante, señaló:

“ El Tribunal ha sostenido previamente, y por mayoría, que - conforme a la ley ecuatoriana y el derecho internacional - Ecuador tenía derecho de presentar reconvenciones en contra de ambos miembros del Consorcio y, según su opinión, el ejercicio de dicho derecho por parte de Ecuador no tuvo carácter abusivo. Esta opinión fue compartida, evidentemente, por el tribunal en Burlington, porque no tuvo la intención de resolver que su laudo sobre daños en favor de Ecuador puso fin, en consecuencia, a las reconvenciones existentes. Por el contrario, tal como se analizara previamente, dicho tribunal dejó para este Tribunal, en calidad de tribunal ulterior en el tiempo la resolución de la cuestión de la doble recuperación. “

El tribunal concedió parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención y ordenó tener en cuenta los valores reconocidos a favor del Estado en el caso Burlington a fin de no materializar una doble indemnización por el mismo hecho dañoso.

4.3.6 ACUMULACIÓN DE DEMANDAS

El tribunal observó que los Estados partes del TLCAN tienen derecho, como soberanos, a establecer ciertas condiciones al arbitraje, lo que puede incluir la

⁵⁶⁶ Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Award, September 27 2019, para 1004.

consolidación, en busca de la economía procesal, cuando varias reclamaciones tienen similitud en cuestiones de hecho y de derecho.

En el arbitraje de inversión se ha discutido la posibilidad de solicitar la acumulación de demandas, realizada por algún sujeto en particular o decretada por el tribunal, en los casos en los que intervienen las mismas partes y se interrelacionan al estar fundadas en una misma fuente de derechos, esto es contractual o por medio del instrumento correspondiente.⁵⁶⁷ Es un tema controversial y de la mayor relevancia en el arbitraje de inversión si se tiene en cuenta que el arbitraje está basado en el consentimiento de las partes, aparejado a lo cual debe ser tenido en cuenta los hechos que fundamentan la disputa, así como los conceptos jurídicos relacionados.

Tenemos entonces que la acumulación de demandas es posible en diversos casos. Es así como, las partes pueden voluntariamente y de consuno solicitárselo al tribunal. A su vez, la institución arbitral puede ordenar la acumulación de los procedimientos, en los casos en los que en el acuerdo arbitral se de la posibilidad. En el mismo sentido, el tribunal tiene competencia para acumular los diversos procesos de los que viene conociendo, cuando así lo estime pertinente, siempre que no existan restricciones con respecto a las disposiciones aplicables a las disputas relacionadas y buscando evitar las ineficiencias, el incremento de los costos y las posibles decisiones contradictorias que se pueden producir al persistir en adelantar los procesos por separado. Aún cuando el caso más sencillo de consolidación se da frente a demandas que involucran a las mismas partes, con base en los mismos hechos, bajo el mismo acuerdo, o contrato, el espectro de posibilidades es mucho más amplio y consiguientemente las aristas procesales que de ellas se derivan, sobre la pertinencia de la consolidación de los procedimientos, tal como sucede en el caso en que una parte ha formulado una demanda en contra de una tercera parte por unos hechos similares, así como los casos en los que la identidad de las partes involucradas en diversas disputas no es el común

⁵⁶⁷ VLAVIANOS, George and PAPPAS, Vasilis. 2019. 'Consolidation of International Commercial Proceedings in the Energy Sector', in Rowley, William, Bishop Doak and Kaiser, Gordon. (eds) The Guide to Energy Arbitrations, Global Arbitration Review, London: David Samuels.

denominador del proceso, aún cuando los hechos y las cuestiones de derecho si están estrechamente relacionadas.

Pese a que la acumulación de demandas es menos frecuente en el arbitraje de inversión que en el arbitraje comercial, no hay una reglamentación específica sobre la materia en las reglas CNUDMI, en la Convención del CIADI, las reglas de arbitraje o en el mecanismo complementario de este último sistema, en tanto que en el sistema de la ICC, se encuentra reglado lo correspondiente a la acumulación de demandas, toda vez que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 6 (4) y 10 de las reglas de arbitraje⁵⁶⁸, se especifican los requisitos que deben reunirse para que la mismas sea procedente y por tanto debe concurrir:⁵⁶⁹

- Ser solicitado por una de las partes.
- Identidad de partes
- Los asuntos legales a resolver en los casos deben estar relacionados entre sí.

⁵⁶⁸ International Chamber of Commerce, Arbitration Rules (Paris: 2021), online: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>

⁵⁶⁹ La Corte de la Cámara de Comercio de Paris, se ha pronunciado y ha denegado la acumulación de demandas, pese a la solicitud de las partes, por cuanto en algunos casos ha considerado que no se daban las condiciones para autorizarla, toda vez que se había pactado que los tribunales funcionarían en lugares diferentes, no en el mismo Estado, por lo cual no se daban los presupuestos del artículo 4 (6) de las reglas de arbitraje.

En el caso ICC No 8432 se permitió la acumulación de las demandas, relacionadas con dos subcontratistas, lo que evidenciaba la existencia de sujetos idénticos con cláusulas arbitrales idénticas. Las demandas fueron presentadas a la Cámara de Comercio con un día de diferencia y tenían como fundamento dos contratos celebrados en los que se había pactado arbitraje. La Corte decidió acumular los dos procesos y señaló que la última demanda formulada podría convertirse en una demanda de reconvención en el primer proceso iniciado.

A su turno, la Corte de la Cámara de Paris denegó la acumulación, ante una solicitud presentada por la parte demandante en dos trámites adelantados en contra del mismo demandado, con base en los mismos contratos, solicitud a la que se opuso el demandado, por considerar que las disputas no tenían el mismo objeto, por cuanto un litigio versaba sobre la pérdida de utilidades, en tanto que el otro se relacionada con el reembolso de sumas adeudadas, por lo que cuestionó la noción de relación legal en los casos, y por tanto se concluyó que no se daban los presupuestos contemplados en las reglas de arbitraje.

Una parte de la doctrina considera que la Corte, además de los requisitos señalados en el artículo 6, tiene en consideración los efectos financieros que puede producir la conducción por separado de los arbitrajes o de forma acumulada.

WHITESELL Anne-Marie and SILVA-ROMERO, Eduardo. 2003. 'Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience', in Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications, Special Supplement, ICC Ct. Bull. 2003

FRY, Jason, GREENBERG, Simon and MAZZA, Francesca. 2012. The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, Paris: ICC Publications. 3-293, 3-294.

- En los casos en los que la demanda ha sido presentada bajo más de un acuerdo:
 - La disputa debe reunir a las dos partes.
 - Los árbitros deben compartir la decisión

Pese a que en el sistema CIADI, no hay provisiones en particular que establezcan la posibilidad de acumular las demandas presentadas, la secretaría, en su condición de órgano administrativo, ha debido enfrentarse a solicitudes

presentadas por las partes⁵⁷⁰ que incluso tienen un régimen especial dentro del TLCAN⁵⁷¹ lo que ha dado paso a la aplicación práctica de la figura mencionada.⁵⁷²

⁵⁷⁰ En diversos casos ventilados ante el CIADI, referentes a contratos de concesión de agua, los casos, que venían siendo tramitados por separado, eran conocidos por el mismo tribunal. Las demandas habían sido presentadas por los inversores, con base en el acuerdo de inversión celebrado entre Argentina, así como Francia, España y el Reino Unido. A su turno, el tribunal conocía de un procedimiento iniciado por Anglian Water Group con las reglas CNUDMI. Aguas Provinciales de Santa Fe, SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Interagua Servicios Integrales de Agua, SA v. Argentina ICSID case no. ARB/03/17; Aguas Cordobesas, SA, Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA v. Argentina ICSID case no. ARB/03/18 and Aguas Argentinas, SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v. Argentina case no. ARB/03/19.

El primer grupo de casos sobre la materia, conocidos por el CIADI, se relacionó con los planteados por Alcoa Minerals of Jamaica, Inc., Kaiser Bauxite Company and Reynolds Jamaica Mines Ltd en contra del Estado de Jamaica. El Estado se resistía a designar al árbitro correspondiente, razón por la cual, el Consejo Administrativo del CIADI debió proceder a hacer la designación. Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica (ARB/74/2), Decision on Jurisdiction and Competence (6 Jul. 1975), YB Comm. Arb. (1979) 206; Kaiser Bauxite v. Jamaica (ARB/03/22), Award (6 Jul. 1975), 1 ICSID Rep. 296 (1993), and Reynolds Jamaica Mines Ltd and Reynolds Metals co v. Jamaica (ARB/74/4), Order taking note of the discontinuance of the proceedings (12 Oct. 1977);

Desde entonces, al interior del CIADI se han tramitado de esta forma, entre otros, los siguientes casos por efecto de eficiencia y costos: Salini Costruttori and Italstrade v. Morocco (ARB/00/4), Decision on Jurisdiction (23 Jul. 2001), 42 ILM 609 (2003) and Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco (ARB/00/6), Award (22 Dec. 2003); Camuzzi International v. Argentina (ARB/03/7), Decision of the Arbitral Tribunal on Objections to Jurisdiction, June 2005; Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentina (ARB/03/13) Decision on Preliminary Objections (27 Jul. 2006) Sempra Energy International v. Argentina (ARB/02/16), Award (28 Sep. 2007); Kardassopoulos v. Georgia (ARB/05/18) and Fuchs v. Georgia (ARB/07/15), Award (3 Mar. 2010) Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. v. Mexico (ARB(AF)/04/3) and Talsud, S.A. v. Mexico (ARB(AF)/04/4), Award (16 Jun. 2010); León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina (ARB/03/23), Award (11 Jun. 2012); von Pezold and others v. Zimbabwe (ARB/10/15) Award (28 Jul. 2015) and Border Timbers Limited v. Republic of Zimbabwe (ARB/10/25); Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentina (ARB/03/22) and EDF International S.A., SAUR International S.A. and FN 1; Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia (ARB/12/14 and 12/40), Award (6 Dec. 2016); Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (ADHOC/17/1) and Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic (ARB(AF)/16/2), Procedural Order No. 1 (16 May 2017).

⁵⁷¹ En el artículo 1126 del TLCAN, se permite la acumulación de demandas sin que medie el consenso entre las partes, lo que podría considerarse como una búsqueda de la economía procesal, que a la vez pretende evitar la presencia de pronunciamientos contradictorios en las decisiones proferidas por diversos tribunales. En general, el TLCAN contiene un bloque de provisiones que facilitan la acumulación de los procedimientos, siendo necesario únicamente la identidad de cuestiones legales o de hecho, por tanto resulta suficiente acudir a la Secretaría General del CIADI para pedir la acumulación de los procedimientos.

⁵⁷²La acumulación de demandas propugnada por el artículo 1126 del TLCAN se ha presentado en varias oportunidades. El primero se dio por solicitud de México en septiembre 08 de 2004, relacionadas con dos litigios tramitados en contra de México por las sociedades extranjeras Corn Products International, Inc. y de otra parte, Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc, los que alegaban la violación de diversas provisiones tributarias por parte del Estado. Las partes con base en el acuerdo hicieron la solicitud de acuerdo al artículo 1126. Las partes plantearon los argumentos orales y escritos al tribunal, quien rechazó la solicitud. Si bien, el tribunal consideró que había elementos, tanto de hecho como de derecho, compartidos

Al interior del CIADI, se han adelantado diversos trámites en los que se ha abordado la acumulación de demandas, en aras de economizar tiempo, evitar la duplicidad del trámite probatorio, así como reducir los costos económicos del trámite. El primer caso fue el Salini⁵⁷³ en el que la Secretaría notó que se tramitaba en paralelo el caso Consortium RFCC⁵⁷⁴ Iniciado por otro inversionista italiano, con base en el mismo tratado de inversión y con hechos similares, trámites en los que los árbitros eran los mismos. En el mismo sentido, algunos casos iniciados contra Argentina, en particular Sempra⁵⁷⁵, así como el caso Camuzzi⁵⁷⁶, las partes accedieron a que los casos fueran conocidos por un único tribunal, aún cuando las demandas habían sido presentadas con 3 meses de diferencia y que se encontraban basadas en dos tratados de inversión diferentes.

por los casos, determinó que no era procedente la acumulación, por cuanto las partes en contienda eran competidores directos y por tanto, no resultaba procedente que en el trámite se conociera entre ellos, las inversiones, estrategias de negocio, costos de los productos, planes, etc, situación que hacía complejo adelantar el procedimiento, por tratarse de información totalmente confidencial. En este caso, tres de los cuatro demandantes se opusieron a la acumulación de las demandas interpuestas.

En la misma época fue presentada una solicitud de acumulación de demandas, impetrada por Estados Unidos, con base en las provisiones ya mencionadas, a fin de acumular tres procesos en los que era demandado. Los arbitrajes habían sido iniciados por tres compañías canadienses: Canfor Corporation, Tembec Inc y Terminal Forest Products Ltd. Las demandas se fundaban en el capítulo 11 del TLCAN y perseguían los daños causados a estas compañías. La acumulación fue ordenada por el tribunal después de realizar un detallado estudio del artículo 1126 (2).

A su turno, con base en las disposiciones del TLCAN, se ventiló el caso Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America (UNCITRAL, Award on Jurisdiction) (28 January 2008). En este caso, se presentaron por parte de inversionistas canadienses, más de 100 solicitudes de arbitraje entre marzo y junio de 2005, por múltiples disposiciones tomadas por Estados Unidos, con referencia al comercio de ganado, los demandantes consideraban que tal proceder violaba el capítulo 11 del TLCAN. El grupo de inversionistas demandantes se agrupó bajo el nombre 'Canadian Cattlemen for Fair Trade'. El caso fue acumulado por medio de la orden procesal No 1, no obstante, posteriormente se declaró la falta de jurisdicción del tribunal consolidado.

⁵⁷³ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4.

⁵⁷⁴ Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6

⁵⁷⁵ Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16. Award sept 28 2007. Caso iniciado con base en el tratado de inversión entre Los Estados Unidos de América y Argentina de noviembre 14 de 1991.

⁵⁷⁶ Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/2. D Decision on objections to Jurisdiction May 11 2005. Caso iniciado con base en el Convenio entre Argentina y la Unión Económica Belgo. – Luxemburguesa para la promoción y protección recíproca de inversiones de junio 28 de 1990.

En tres casos particulares relacionados con las concesiones de los servicios de agua y el Estado Argentino⁵⁷⁷, a fin de buscar la coherencia en los pronunciamientos y evitar posibles inconsistencias en la resolución de los casos que se encontraban relacionados, las partes decidieron constituir los tribunales con la misma integración en cuanto a los árbitros Jeswald Salacuse (Presidente), Gabrielle Kaufmann – Kohler y Pedro Nikken.

En el marco del TLCAN, el caso *Corn products v.s México*⁵⁷⁸ tramitado bajo las disposiciones del mecanismo complementario de arbitraje analizó que la acumulación correspondía a una cuestión de hecho y de derecho y que no contribuía a materializar un procedimiento justo y eficiente para la resolución del caso, además de afectar la confidencialidad por cuanto quienes fungían como partes, se hallaban enfrentados directamente, además de ubicarse los procedimientos en etapas diferentes, por lo que el tribunal decidió denegar la acumulación solicitada por el demandado.⁵⁷⁹

A su turno, en diversos casos se ha considerado viable la acumulación de tribunales al interior del CIADI, es así como en el caso *BSG v.s Guinea*⁵⁸⁰ las partes decidieron de forma voluntaria la acumulación de los casos en curso, así como ocurrió en los casos iniciados contra la Argentina relacionados con las

⁵⁷⁷ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (formerly Aguas Provinciales de Santa Fe S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.; Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/18; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine.

⁵⁷⁸ Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1.

⁵⁷⁹ Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1. Order of the Consolidation Tribunal, May 20 2005.

⁵⁸⁰ BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22 y BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/15/46.

concesiones eléctricas⁵⁸¹ en los que un mismo tribunal se encargó de resolver el litigio.

Se ha establecido al interior de la práctica arbitral, que de no existir disposiciones aplicables, para que la acumulación sea procedente, debe existir conexidad entre los trámites, la decisión debe estar cimentada en el interés de las partes de resolver de forma justa y eficiente la controversia y las partes deben consentir en la consolidación del procedimiento, por tanto, de estar reunidos los requisitos, el tribunal podrá decretar la acumulación.

En términos procesales la acumulación de demandas implica un desafío a las garantías procesales de las partes, de un lado, por cuanto, al ser el arbitraje el mecanismo de resolución de controversias típico en el que prevalece la autonomía de las partes, permitirle al tribunal la acumulación per se, implica un desconocimiento directo a la forma como las partes decidieron resolver su conflicto.⁵⁸²

La acumulación de demandas puede afectar directamente el debido proceso, en la medida en que la diferencia sea conocido por un tribunal que fue constituido sin la intervención directa de las partes en disputa, lo que se alejaría de una de las garantías centrales del arbitraje, con el correspondiente efecto adverso sobre la garantía de imparcialidad y trato igualitario para las partes en conflicto. A su turno, puede afectarse la confidencialidad del trámite, en la medida en que se le permita a las partes el acceso a información privilegiada, tales como secretos comerciales,

⁵⁸¹ EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23 y Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/22

⁵⁸² Tal como lo resaltó el tribunal de *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1 al rechazar la solicitud de acumulación, parágrafo 12: Pareciera derivarse de lo anterior que, dado que la autonomía de las partes, a lo menos para ciertos limitados propósitos, ha sido entendida como subsumida en el Artículo 1126, lo que ha sido aceptado por los tres Estados partes del TLCAN y por las partes privadas en este procedimiento de acumulación, la autonomía de las partes debe ser una consideración relevante a ser tenida en cuenta en la interpretación y aplicación del Artículo 1126 en este caso. El Tribunal nota que tres de las cuatro partes contendientes no desea que las reclamaciones sean acumuladas, ni en todo ni en parte, en gran medida, debido al problema de la competencia directa. El Tribunal percibe esos deseos como un elemento relevante al evaluar la justicia de la acumulación propuesta. Decisión de mayo 20 de 2005 sobre la solicitud de acumulación de demandas.

estrategias de negocio, en la medida en que las partes vinculadas con la demanda acumulada se encuentren dentro del mismo rango de negocio⁵⁸³. Dados estos riesgos con respecto al manejo de la información y buscando preservar los beneficios de la acumulación de demandas, al interior de algunos tribunales⁵⁸⁴ se ha impuesto a las partes la obligación especial de confidencialidad con respecto a la información a la que tengan acceso a lo largo de todas las etapas del trámite arbitral.

A su turno, la figura de la acumulación de demandas puede representar un riesgo cierto para la ejecución de la decisión, por cuanto a la luz del artículo V de la Convención de Nueva York, la ausencia de consentimiento por escrito de las partes, así como la indebida constitución del tribunal, pueden ser utilizadas para oponerse a la ejecución de la decisión, a la vez que puede ser causal de anulación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52 de la Convención del CIADI.

4.3.7 DEMANDAS COLECTIVAS

La doctrina no tiene una posición unánime con respecto a las demandas colectivas, por cuanto, de una parte las considera como aquellas en las que el grupo de demandantes tiene un representante y por tanto se interpone una sola demanda para todo el grupo de inversionistas, en tanto que de otra, considera a éstas, como aquellas que son conocidas por un mismo tribunal y que se consolidan como tal en la fase preliminar, siempre y cuando haya identidad en las cuestiones fácticas y legales del trámite.

⁵⁸³ Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1 y Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5 En este caso el tribunal denegó la acumulación de las demandas, por cuanto al interior del trámite se revelarían las estrategias de negocio, así como la naturaleza de las inversiones, así como la estructura de negocio. Pronunciamiento sobre una solicitud de acumulación de mayo 20 de 2005.

⁵⁸⁴ Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America, UNCITRAL (formerly Canfor Corporation v. United States of America; Tembec et al. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. Order of the consolidation Tribunal Sept 7 2005, para 143

En la práctica del CIADI se han ventilado disputas que reúnen elementos de las dos categorías doctrinales descritas. A su vez, debido a lo restringido de los casos, la doctrina ha mostrado su prevención con respecto al conocimiento de las demandas colectivas, el que inicia incluso con la caracterización de la misma, para poder identificar, en que momento se encuentra un tribunal frente a una demanda de esta clase. De hecho, al interior del mismo CIADI se ha generado resistencia a la procedencia práctica de las demandas colectivas, toda vez que, se ha considerado que esa denominación no corresponde a la técnica⁵⁸⁵ y ha expresado incluso su incompatibilidad con respecto al sistema CIADI, entre otras, por ser casos ajenos a la estructura procesal del centro, máxime si se tiene en consideración que las demandas colectivas son incompatibles con el sistema, por cuanto el riesgo de exposición del laudo a una anulación es mayor, de conformidad con lo señalado en el artículo 52 (1) (d) de la Convención, a la vez que puede generar unos costos considerables para las partes intervinientes, debido a las particularidades del proceso, e incluso, puede llegar a considerarse que son violatorias de las cargas procesales del Estado en relación con la evidencia y el manejo del caso, rompiéndose de esta forma el equilibrio entre las partes inmersas en el litigio.

La situación descrita evidencia diversas dificultades, entre otras, el consentimiento en cuanto a la jurisdicción y la interpretación del tratado, por cuanto, ab initio debe establecerse si el consentimiento dado cobija las demandas presentadas por grupos de inversionistas en un único procedimiento.⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly Giordano Alpi and others v. Argentine Republic). Decision on Jurisdiction and Admissibility February 8 2013, para 119. En esta decisión se analizó el caso de 137 demandantes.

⁵⁸⁶ En la práctica, los tribunales arbitrales del CIADI no han considerado las demandas colectivas como un problema de jurisdicción, entre otros Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Egypt (ICSID Case No. ARB/02/9), Decision on Jurisdiction of 1 October 2003; Bayview Irrigation District et al. v. Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/05/1), Award June 19 2007; Oko Pankki Oyj, V TBBank (Deutschland) Agand Sampo Bank Plc v. Estonia, CSID Case No. ARB/04/6, Award, November 19 2007; Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/05/6), Award April 22 2009; Alasdair Ross Anderson et al v Costa Rica (ICSID Case No. ARB (AF)/07/3) Award, May 19 2010; Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina (ICSID Case No. ARB/07/26), Award December 8 2016.

Nótese como en el tribunal de *Noble Energy v.s Ecuador*⁵⁸⁷, la demandada propuso objeciones, arguyendo insuficiencia del consentimiento exteriorizado, para que en un solo tribunal se dirimieran litigios planteados por distintos demandantes, con fundamento en una multiplicidad de fuentes, a saber, un tratado bilateral de inversión, un contrato de concesión y un acuerdo de inversión. El tribunal denegó las objeciones, por cuanto, luego de establecer que de conformidad con las condiciones para tener competencia conforme el artículo 25 del CIADI, (i) la diferencia debe plantearse entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, (ii) las partes deben haber expresado por escrito su consentimiento al arbitraje del CIADI, (iii) la diferencia debe ser de naturaleza jurídica, y (iv) debe surgir directamente de una inversión, por tanto consideró que estaban cumplidos los requisitos para asumir el conocimiento de la disputa al existir un consentimiento implícito relacionado para que las diferencias emanadas de la misma transacción económica se resolvieran por el mismo arbitraje y por tanto determinó:

“Un requisito primordial para la consolidación es la conectividad o existencia de una conexión entre los casos que hayan de tramitarse conjuntamente. En el presente caso existe una interdependencia obvia entre las diferencias puestas a consideración de este Tribunal, las cuales emanan de los mismos hechos, la misma transacción económica global y las mismas medidas. Además, las medidas que dan lugar a la reclamación y la reparación que se pretende en el marco de los diferentes instrumentos presentan similitudes significativas.

Otro importante factor a considerar para la consolidación de procedimientos independientes es la conveniencia de promover un mecanismo justo y eficiente de solución de diferencias. Esta misma consideración en algunos casos se expresa en términos de interés de la justicia o economía procesal o arbitral. En el presente caso no cabe duda de que es más eficiente

⁵⁸⁷ *Noble Energy, Inc. and Machalapower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12. Decision on Jurisdiction March 5 2008, paras 192 – 193.

manejar todas las reclamaciones en un único procedimiento que resolverlas por separado. También parece justo resolver todas las diferencias en un único arbitraje. Con ello se evitan contradicciones o incoherencias en relación con cuestiones idénticas o conexas y no existe razón para creer que la adopción de un único procedimiento haya de afectar a los derechos procesales de las partes.”

El caso más representativo ventilado a la fecha en el CIADI, iniciado por un grupo de inversionistas, ha sido el *Abaclat y otros v.s Argentina*⁵⁸⁸, litigio en el que inicialmente concurren 180.000 tenedores de bonos de la Argentina, cifra que luego fue reducida a más de 60.000, quienes perseguían el pago de una indemnización por una presunta violación al tratado bilateral de protección a la inversión de 1990 entre Italia y Argentina a raíz de la crisis económica ocurrida en el país receptor de la inversión en 2001⁵⁸⁹.

El caso *Abaclat*, en si mismo, constituyó un gran desafío, no solo para el tribunal, sino para el CIADI como sistema, teniendo en cuenta que el sólo trámite de la radicación en la Secretaría tomó casi seis meses, entre septiembre de 2006 y febrero de 2007. En la esfera procesal se erigió como un gran desafío, por cuanto de forma reiterada se intentó remover a los miembros del tribunal a través de recusaciones, a la par que se produjeron múltiples opiniones disidentes, órdenes procesales y se intercambiaron escritos. Incluso, en el laudo consentido, se mencionó que el principio del secreto en la deliberación del tribunal había sido transgredido.

⁵⁸⁸ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Este fue el primer caso de esta naturaleza ventilado en el CIADI, al interior de cuyo tribunal se dio una amplia discusión sobre si se tenía jurisdicción con respecto a un caso así. Pese a lo controversial del caso en sus inicios y a los desafíos que el mismo implicaba, la disputa concluyó con un acuerdo entre las partes, reflejado en un laudo consentido.

⁵⁸⁹ En este caso el tribunal interpretó el silencio de la convención del CIADI, como un silencio calificado y concluyó que se trata de un asunto jurisdiccional, por cuanto la ausencia de una provisión relacionada con las demandas colectivas, admisible de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Convención. El tribunal concluye que las demandas colectivas son admisibles, en la medida en que el litigio esté relacionado con la inversión, los que están protegidos por el tratado bilateral de inversión.

Lo hasta aquí descrito impactó la totalidad del procedimiento, en lo concerniente a las audiencias, así como a la representación de los demandantes, entre otras⁵⁹⁰, lo que implicó que se designara un perito para hacer la verificación de la base de datos de los demandantes⁵⁹¹. y que el tribunal consideró, debía resolver apoyándose en el artículo 44 de la Convención del CIADI, así como en la regla 19 de arbitraje y señaló:

“Por esas mismas razones, y por las razones que se exponen a continuación, el Tribunal considera que sería contrario al objeto del TBI y al espíritu del CIADI interpretar ese silencio como un —silencio calificado que prohíbe categóricamente el procedimiento colectivo por el simple motivo de que no se mencionó en el Convenio del CIADI:

- En primer lugar, cuando se celebró el Convenio del CIADI, los procedimientos colectivos eran casi inexistentes y, aunque al parecer hubo algunas deliberaciones respecto de los arbitrajes de múltiples partes, no fueron concluyentes en cuanto a la intención de aceptar o rechazar ese tipo de arbitraje, y menos aún en lo referente a la admisibilidad de los procedimientos colectivos.

- El CIADI establece un mecanismo de arbitraje estándar. En la medida en que existen inversiones de diversa naturaleza y alcance, también es posible que el actual procedimiento del CIADI no se pueda adaptar plenamente para resolver una diferencia relacionada con cualquier clase de inversión. Ciertamente, cuando una inversión realizada al amparo de un TBI en cuyo marco se dispone el arbitraje del CIADI posee ciertas características particulares, estas características pueden incidir en la manera de tramitar el arbitraje y propiciar que el Tribunal adapte algunos aspectos del

⁵⁹⁰ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Procedural Order No 12, July 7 2012.

⁵⁹¹ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Procedural Order No 15, November 21 2012.

procedimiento estándar para dar efecto a la elección del arbitraje del CIADI. La necesidad de adaptar algunos aspectos del procedimiento de arbitraje estándar del CIADI es una mera consecuencia de la imposibilidad de prever todos los tipos posibles de inversiones y diferencias y, por cierto, no es motivo suficiente para cerrar la puerta del CIADI a los inversores que no son —inversores estándar que han realizado una —inversión estándar. No obstante, se entiende que, al realizar tal adaptación del procedimiento estándar, se debe tener en cuenta el principio general del debido proceso y lograr un equilibrio entre los derechos procesales y los intereses de cada parte.”

Un pronunciamiento importante se produjo más adelante en el caso *Ambiente Ufficio v. Argentina*⁵⁹² en el que se accedió a resolver una demanda presentada por un grupo de inversionistas, sin que se considerara que con la resolución del caso, se materializaba una violación al debido proceso. El tribunal en este caso consideró que el silencio de la Convención no excluía la posibilidad de presentar demandas colectivas.⁵⁹³

El caso más reciente de demandas colectivas es el *Alemanni and others v. Argentina*,⁵⁹⁴ en el que el tribunal decidió de forma unánime el aspecto jurisdiccional de la demanda colectiva presentada por 74 reclamantes, por cuanto consideró que el artículo 25 de la Convención del CIADI no señala ninguna limitante procesal relacionada con el consentimiento, distinto de los requisitos generales y en consecuencia, el silencio de la convención frente a las demandas colectivas es irrelevante, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y por tanto debe ser considerado como una

⁵⁹² *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic*)

⁵⁹³ *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic*). Dissenting Opinion of Santiago Torres Bernárdez, May 2 2013, en la que indicó que el Estado no había hecho una manifestación general de consentimiento para intervenir en esta clase de trámites

⁵⁹⁴ *Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/8. Decision on jurisdiction and admissibility November 17 2014.

laguna, para la cual tiene facultades el tribunal, de conformidad con lo establecido por el artículo 44 de la Convención.

En la práctica del CIADI, más de un tercio de las demandas que han sido planteadas en el sistema, lo han sido por más de un inversionista, en tanto que en sólo dos casos⁵⁹⁵ se ha planteado una demanda en contra de más de un demandado. Así mismo, se han resuelto casos planteados por inversionistas de diversas nacionalidades y frente a los cuales el Estado ha intentado objetar la jurisdicción, aduciendo que tal situación escapaba al consentimiento dado por el Estado⁵⁹⁶

En la doctrina, así como en las decisiones de diversos tribunales, se han señalado múltiples reparos a la admisibilidad de la interposición de demandas colectivas, con argumentos en muchas oportunidades, similares a los que corresponden a la acumulación de demandas, sin embargo, en lo que corresponde al arbitraje de inversión no es frecuente que se haga referencia en los tratados bilaterales o en los contratos de inversión a demandas presentadas de forma colectiva por los inversionistas, por tanto, debe tenerse presente que el consentimiento expresado por el Estado, dependiendo del mecanismo que haya escogido para ello, ha sido visto como una oferta general de arbitraje, con respecto a las disputas que puedan estar originadas en ellas, por ello va dirigida a una multiplicidad de potenciales inversionistas calificados, por lo que un segundo consentimiento con respecto a la situación en concreto, debe ser considerado como innecesario.

En el mismo sentido, la ausencia de una referencia expresa a las demandas colectivas dentro de los instrumentos ya referidos, puede ser sorteada a partir de considerar la redacción de aquellos, por cuanto, el uso de expresiones como “ en conexión con” o “ disputas relacionadas con la inversión” ha sido considerado por

⁵⁹⁵ Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and others (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2) y Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others, ICSID Case No. ARB/07/3

⁵⁹⁶ Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19. Award, November 18 2014.

la doctrina⁵⁹⁷ como suficiente para que el tribunal pueda conocer de demandas colectivas, en tanto que en los casos *Abaclat y Ambiente Ufficio*, los tribunales consideraron que resultaba inadmisibles que un tribunal perdiera la jurisdicción con respecto a un litigio, en los casos en los que se incrementaba el número de demandantes, si resultaba admisible conocer la demanda de cada uno de éstos por separado.⁵⁹⁸

Desde el punto de vista normativo, la Convención del CIADI en su artículo 25 establece las cuestiones relacionadas con el consentimiento, en tanto que en el artículo 44 determina lo correspondiente a las normas procesales. En esta perspectiva, es claro que el consentimiento para el arbitraje es dado en una única ocasión, usualmente bajo la forma de una oferta unilateral contenida en el acuerdo de inversión, aún cuando las partes pueden limitar el alcance de esta oferta, entre otras, acordando determinadas normas de procedimiento, por tanto, la posibilidad de adelantar trámites con respecto a demandas colectivas es un asunto de admisibilidad, antes que una cuestión de jurisdicción, tal como ha sido sorteado por los tribunales que han aceptado las demandas colectivas y que han llevado dichos trámites hasta adoptar una decisión definitiva.

4.4 LA FASE PROBATORIA

En la práctica del derecho internacional, en materia probatoria, desde el aspecto general, se encuentran claramente delimitadas dos reglas, que a su vez, son aplicadas por los tribunales CIADI⁵⁹⁹: i) la parte debe probar los supuestos de hecho de las normas de las que pide su aplicación. ii) La carga de la prueba puede desplazarse, dependiendo de la parte que esté en mejores condiciones de

⁵⁹⁷ LAMM, Carolyn, PHAN, Hansel and MEISE Bay Alexandra. (2009) Consent and Due process of multiparty Investor State Arbitrations". In Binder, Christina, Kriebaum, Ursula, Reinisch, August and Wittich, Stephan. "International Investments Law for the 21st Century; Essays in Honour of Christoph Schreuer. Oxford: Oxford University Press.

⁵⁹⁸ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Decision on jurisdiction August 4 2011 para 490; *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic*). Decision on jurisdiction February 8 2013 para 150.

⁵⁹⁹ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14. Award, June 22 2010.

acceder a los medios de prueba correspondientes. No obstante la claridad de los parámetros enunciados, en el ámbito internacional, a diferencia de lo que ocurre en los ámbitos nacionales, las reglas que rigen la materia en el aspecto probatorio son superficiales, lo que genera amplios debates entre las partes, por lo que el criterio del tribunal es determinante en la delimitación del aspecto probatorio. Debido a esta falta de precisión de las disposiciones normativas, ha sido en la jurisprudencia internacional en donde se han desarrollado los principios que rigen, esta actividad, la que se encuentra estrechamente ligada con las garantías fundamentales y concretamente con el debido proceso, tal como se estableció por el comité ad hoc del caso Fraport.⁶⁰⁰

La regla *onus probandi actori incumbit* como regla que se vincula a la flexibilidad procesal, se proyecta a: (i) cada parte debe aducir sus hechos soportados en la evidencia. (ii) La ausencia de diligencia de la parte en la actividad probatoria, pondrá en riesgo la prosperidad de las pretensiones. (iii) El tribunal no está obligado a advertir a las partes sobre las etapas del proceso o los riesgos que implica el que no aporten los medios de prueba en los que se fundan sus pretensiones.

En concreto, en el caso Metal Tech⁶⁰¹ el tribunal, con respecto a la regla a la que venimos refiriéndonos estableció:

“As a general matter, since the claims brought in this arbitration seek to establish the responsibility of a State for breach of the latter's international obligations, it is appropriate to apply international law to the burden of proof. The principle that each party has the burden of proving the facts on which it relies is widely recognized and applied by international courts and tribunals. The International Court of Justice as well as arbitral tribunals constituted

⁶⁰⁰ Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25. Decision on annulment, December 23 2010.

⁶⁰¹ Metal-Tech Ltd.v.Uzbekistan (ICSID CaseNo. ARB/10/3), Award, October 4 2013, para 273; Salini Costruttori S.p.A. and Itals trade S.p.A. v. Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Award January 31 2006, para 70

under the ICSID Convention and under the NAFTA have characterized this rule as a general principle of law. Consequently, as reflected in the maxim *actori incumbat probatio*, each party has the burden of proving the facts on which it relies.”

Al interior del sistema CIADI, se ha enfatizado sobre la trascendencia de la carga de la prueba y se ha hecho la distinción entre los hechos que son alegados por las partes y los hechos que deben ser probados a nivel jurisdiccional. En este sentido, el tribunal del caso *Phoenix v.s República Checa*⁶⁰² señaló:

“If the alleged facts are facts that, if proven, would constitute a violation of the relevant BIT, they have indeed to be accepted as such at the jurisdictional stage, until their existence is ascertained or not at the merits level. On the contrary, if jurisdiction rests on the existence of certain facts, they have to be proven at the jurisdictional stage.”

El tribunal puede considerar la inversión de la carga de la prueba, en los casos en los que se presentan determinadas circunstancias especiales o razones suficientes para tal proceder, como sucede cuando el Estado no prueba la existencia de supuestos delitos económicos en sus propios tribunales.⁶⁰³ A su vez, en los casos en los que la parte acredita *prima facie* los hechos alegados, la carga de la prueba puede ser invertida, en aras de dar espacio para que la contraparte refute las pruebas.⁶⁰⁴

En el marco de la actividad probatoria, las partes tienen una serie de derechos, que permiten cumplir con la obligación a la que se acaba de hacer referencia, entre estas se encuentra la facultad de pedirle al tribunal el decreto y recolección

⁶⁰² *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5. Award, April 15 de 2009, para 61.

⁶⁰³ *Getma International and others v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/11/29), Award, August 16 2016, para 163.

⁶⁰⁴ *Marvin Roy Feldman Karpa v. Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/1), Award, December 16 2002, paras 176–177.

de determinados medios de prueba, facultad que en todo caso debe ser ejercida por la parte, teniendo en consideración la existencia del medio de prueba, así como su relevancia y pertinencia dentro del caso, máxime si se tiene en cuenta la clase de información que se relaciona con los casos de arbitraje internacional de inversiones.

Teniendo en cuenta que las reglas que rigen la actividad probatoria corresponden a reglas de procedimiento, es pertinente enfatizar que éstas, en tratándose de arbitraje internacional de inversión, corresponderán a las reglas acordadas por las partes para adelantar el trámite arbitral, así como las normas propias del lugar donde está asentado el tribunal (*lex arbitri*). En el caso del CIADI, el derecho aplicable en la sede del tribunal o el derecho internacional, serán fuentes en las que el tribunal pueda apoyarse para desarrollar su actividad.

Puntualmente en lo que tiene que ver con la *lex arbitri* y el derecho internacional en lo referente al procedimiento arbitral CIADI, pueden derivarse de estas, algunas normas de carácter obligatorio, aplicables a los procedimientos sobre todo en el aspecto probatorio, por su íntima relación con las garantías fundamentales de las partes, por tanto, ante las transgresiones de ésta clase de disposiciones, se abre paso eventualmente, la anulación del laudo, de acuerdo al artículo 52 (1) (d) de la Convención. En este sentido, el razonamiento del comité de anulación del caso Wena Hotels es importante, toda vez que, sin precisarlo, reconoce la existencia de un conjunto mínimo de garantías procesales que deben ser respetadas como parte del derecho internacional.⁶⁰⁵

Dentro del aspecto procesal relacionado con la evidencia y en estrecha vinculación con las garantías fundamentales, tenemos de un lado lo relacionado con la programación de las audiencias, la posibilidad de presentar medios de prueba al tribunal, entre ellos los expertos, así como los parámetros que

⁶⁰⁵ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decisión del comité de anulación, febrero 5 de 2002.

determinan la admisibilidad de la evidencia, y la prudente distancia que debe mantenerse con respecto a las disposiciones propias de los sistemas legales nacionales.

Teniendo en consideración la disparidad de criterios que hay sobre la materia, en el ámbito internacional a partir de 1983, se trató de fijar unos criterios claros, por medio de las reglas IBA sobre obtención de pruebas en el arbitraje internacional, las que fueron actualizadas en 2020, normas que se han convertido en una importante herramienta para los tribunales de arbitraje, en medio de la flexibilidad que los caracteriza, en tanto que pueden ser aplicadas dependiendo de las particularidades del caso, particularidades las que han sido puestas de presente dentro del sistema CIADI:

“The IBA Rules are used widely by international arbitral tribunals as a guide even when not binding upon them. Precedents and informal documents, such as the IBA Rules, reflect the experience of recognized professionals in the field and draw their strength from their intrinsic merit and persuasive value rather than from their binding character.”⁶⁰⁶

Las reglas IBA sobre la obtención de pruebas en el arbitraje internacional son parte del derecho blando y por tanto no son de obligatorio cumplimiento, lo que hace inviable aducir supuestas violaciones al debido proceso en los casos en los que las mismas no son aplicadas a un caso en particular, pese a que en ellas se reflejan el debido proceso, así como la igualdad de trato, no obstante, constituyen un instrumento que facilita la aplicación de los procedimientos de buena fe, que demanda, entre otras, la efectiva colaboración entre las partes, y que permite llenar los vacíos dejados por las pocas disposiciones que en materia probatoria han sido establecidas para los casos de arbitraje de inversión. En la práctica del

⁶⁰⁶ Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23. Decision on Provisional Measures, October 15 2008.

arbitraje de inversión, en múltiples casos las partes pactan la aplicación directa de las mismas o el uso de éstas como una guía⁶⁰⁷ del procedimiento.

En el marco del arbitraje internacional ha sido reconocida la amplia facultad con la que cuentan los tribunales arbitrales en lo que a medios de prueba corresponde, y la posibilidad que tienen de admitir y atribuirle un peso en particular a cada medio, atendiendo a las especificidades del caso, por tanto, el tribunal en los términos planteados por el comité ad hoc del caso Duke Energy⁶⁰⁸ ostenta la facultad de admitir cualquier clase de evidencia y asignarle un peso específico a la misma.

Las reglas del CIADI no contienen provisiones con referencia a la citación de los testigos y expertos, por cuanto la misma se hace, de conformidad con lo pedido por las partes, no obstante, el tribunal ostenta el derecho de citar, no de obligar, a expertos independientes, para que expresen su opinión, ante este, sobre el asunto objeto de litigio⁶⁰⁹

El tribunal, mediante una orden procesal delimita el objeto de la declaración, el tiempo límite para rendirla, el procedimiento que debe ser seguido y las particularidades del caso en general. Las partes tienen el derecho de participar de la diligencia, incluso si la orden procesal limita sus derechos a objetar, hacer comentarios o a examinar a los declarantes.⁶¹⁰

Aún cuando las declaraciones de los testigos y de los expertos pueden ser presentadas por escrito, en la práctica, por la intermediación probatoria propia del

⁶⁰⁷ Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Procedural Order No 5, March 19 2013, paras 4 - 7.

⁶⁰⁸ Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28. Decision on Annulment march 1 2011. En esta decision se desarrolla el principio de la admisibilidad probatoria.

⁶⁰⁹ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/8), Award of 12 May 2005, para. 51; Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Peru (ICSID Case No. ARB/03/28), Decision on Jurisdiction of 1 February 2006, para 20.

⁶¹⁰ Adel A Hamadi A ITamimi v. Oman (ICSID Case No. ARB/11/33), Procedural Order No.2 Concerning the Claimant's Application for Access to Conduct a Site Inspection, September 28 2012; Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Costa Rica (ICSID Case No. ARB/08/1 and ICSID Case No. ARB/09/20), Procedural Order No. 2, December 14 2010.

arbitraje, los tribunales abordan con prevención, las declaraciones que no son rendidas personalmente ante el tribunal, debido a la ausencia del cross examination, lo que pone en tela de juicio la fiabilidad y credibilidad de los dichos obrantes en el escrito.⁶¹¹

En la práctica internacional se han desarrollado determinadas reglas en lo que corresponde a la asignación del peso a los medios de prueba en particular, las que son una guía para el tribunal, sin llegar a darle un alcance restrictivo a las mismas, por cuanto el tribunal:

- Deberá considerar y explicar de forma argumentada las razones por las cuales acepta o rechaza un medio de prueba en particular.⁶¹²
- Dentro del margen de discreción podrá considerar la evidencia circunstancial.⁶¹³
- Podrá asignarle valor al comportamiento de la parte que evidencie maniobras en el aspecto probatorio.
- Debe usar los medios de prueba de forma conjunta y no apoyarse únicamente en testimonio, máxime si hay contradicción entre éstos.
- La exageración o atenuación de un hecho por la parte o por un testimonio de la parte, no excluye per se el hecho⁶¹⁴.
- Valorará de manera distinta al testigo presencial de hechos que al testigo de oídas.

⁶¹¹ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina (ICSID Case No .ARB/01/3), Award of 22 May 2007, para 142; Tradex Hellas S.A. v. Albania (ICSID Case No. ARB/94/2), Award, April 29 1999, paras 184–185; Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates (ICSID Case No. ARB/02/7), Award, July 7 2004, paras 80–81. Noble Ventures, Inc. v. Romania (ICSID Case No. ARB/01/11), Award of 12 October 2005, para. 98; - ADC Affiliate Ltd v Republic of Hungary, ICSID Case No ARB/03/16, Award, October 2 2006., paras 250–257; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentina (ICSID Case No. ARB/97/3), Award of 20 August 2007, paras 2.7.6–2.7.16.

⁶¹² Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2. Award, April 29 1999, para 83.

⁶¹³ Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16. Award, July 29 2008, para 444.

⁶¹⁴ Francisco Mallen (United Mexican States) v United States of America, april 27 1927.

- No debe descartar ab initio a los testigos que puedan estar ligados de alguna forma con la parte por algún tipo de vínculo, sin embargo los valorará con detenimiento.
- Valorará las pruebas dependiendo de las posibilidades que tengan las partes para tener acceso a las mismas.⁶¹⁵

En la práctica de los tribunales, se ha considerado de mayor relevancia las pruebas directas, a las que son puramente indirectas, de tal forma que el análisis del tribunal debe estar fundado en los hechos y la inferencia lógica que permite arribar a conclusiones.⁶¹⁶ En el análisis de las pruebas, los tribunales CIADI se basan en el centro del litigio, la necesidad de la prueba frente a los hechos, la facilidad para acceder a las pruebas de la parte, la confidencialidad de los medios y la carga de la prueba frente a la parte.⁶¹⁷

El estandar de prueba en el arbitraje internacional ha sido visto para determinar si los medios de prueba aportados por una de las partes son suficientes para establecer los hechos del caso. En el sistema CIADI, el estandar predominante ha sido el balance de probabilidades, el que ha sido mencionado por múltiples tribunales⁶¹⁸ por lo que, las pruebas son analizadas desde una visión probabilística, teniendo en cuenta el esquema general de la prueba, sin embargo, en determinados casos, la prueba de la responsabilidad del Estado requiere sobrepasar las inferencias circunstanciales y las puras probabilidades⁶¹⁹

⁶¹⁵ Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3. Award, June 27 1990.

⁶¹⁶ WIEBECKE, Martin 'Evidence and Proof'. 2018 in The Investment Treaty Arbitration Review, London. Law Business Research.

⁶¹⁷ Impregilo v. Argentina ICSID Case No. ARB/07/17, Decision on Annulment of January 24 2014, para. 176.

⁶¹⁸ Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18; Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/07/15 Award march 3 2010. para 229; Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15 Award July 28 2015, para 177.

⁶¹⁹ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Award, January 31 2006, paras 70–75; Palma Consortium Limited v. Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Award of 27 August 2008, para 249.

En términos generales, las disposiciones del sistema CIADI no hacen referencia directa al estándar probatorio, por tanto, los tribunales han abordado la cuestión desde distintas aproximaciones, atendiendo a las particularidades de cada litigio a resolver, elevando el estándar en algunos casos determinados, tales como la ilegalidad en las inversiones⁶²⁰ o el quebrantamiento de la buena fe⁶²¹, sin que haya sido considerado conveniente tener como estándar para estas situaciones el que opera en el derecho penal (Más allá de la duda razonable).

Al interior del CIADI, los temas de fraude, soborno, corrupción, requieren un alto estándar probatorio (con evidencia transparente y consistente), por ello, en determinados casos se ha requerido de las partes la presentación de material probatorio que acredite con certeza razonable las alegaciones, de tal forma que el tribunal carezca de cualquier clase de duda (*preuve irrefutable*)⁶²² Por ello, en muchos casos los tribunales se han abstenido de resolver las disputas con base en presunciones y ha debido profundizarse a fin de adoptar la decisión, de conformidad con los medios de prueba y la inferencia lógica.⁶²³

Algunos tribunales han considerado que los estándares probatorios se elevan en los casos en los que la Convención del CIADI usa el término “manifiesto”, como ocurre, entre otros, en el caso del artículo 57 de la Convención, en la que se prevee la recusación del árbitro por la carencia manifiesta de las calidades exigidas en el artículo 14 de dicho instrumento.⁶²⁴

⁶²⁰ Energoalians TOB v. Republic of Moldova, UNCITRAL. Award October 23 2013, para 261.

⁶²¹ ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30. Decision on jurisdiction and the merits, September 3 2013, para 275.

⁶²² African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. La République démocratique du Congo (ICSID Case No. ARB/05/21), Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité of 29 July 2008, para 52; EDF V. Romania tribunal noted: “There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption. The evidence before the Tribunal in the instant case concerning the alleged solicitation of a bribe is far from being clear and convincing.” EDF (Services) Limited v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/13), Award, October 8 2009, para. 221.

⁶²³ Metal Tech Ltd. v. Uzbekistan (ICSID Case No. ARB/10/3), Award of 4 October 2013, para 239, the first tribunal that rejected an investment claim on grounds of corruption;

⁶²⁴ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General

En el mismo sentido recién enunciado, diversos tribunales han incrementado el estandar probatorio en lo concerniente a la resolución de excepciones preliminares, con respecto a las reclamaciones que se presentan con una evidente ausencia de mérito legal⁶²⁵. A su vez, algunos comités ad hoc han elevado el estandar con respecto a la prueba que se exige para acreditar el manifiesto exceso de los poderes del tribunal, así como el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento⁶²⁶.

Una parte de la doctrina considera que el estandar probatorio debe conectarse con el principio de la convicción interna y la libre apreciación probatoria por parte del tribunal, por lo que estos se inclinan de forma mayoritaria por considerar el balance de las probabilidades admisibles, y en consecuencia, cada parte debe persuadir al tribunal para lograr imponerse a la contraparte, con base en la preponderancia de la evidencia.⁶²⁷ Ahora bien, en la fase jurisdiccional, los tribunales tienden a aplicar el análisis de la evidencia prima facie para determinar

de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal May 12 2008, para 29

EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23. Challenge decision regarding Gannette Kaufmann-Kohler June 25 2008. Para 68

Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic). Recommendation on Proposal for Disqualification of Prof Pierre Tercier and Prof Albert Van den Berg, PCA Case No IR 2011/1, december 19 2011. Para 50
ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30. Decision on proposal to disqualify L. Yves Fortier, February 27 2012. Para 56

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20. Decision on the parties proposal to disqualify a majority of the Tribunal. November 12 2013. Para 61

⁶²⁵ Trans-Global Petroleum, Inc. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/07/25 Decision on the Respondent's objection under rule 41 (5) of the ICSID arbitration rules may 12 2008. para 86

PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on the Respondent's objection under rule 41 (5) of the ICSID arbitration rules, October 28 2014. Paras 88, 91

⁶²⁶ Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01. Decision on annulment February 1 2016. para 159

TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23. Decision on annulment April 5 2016. Decision on annulment April 5 2016.

⁶²⁷ Tokios Tokelés v. Ukraine, para 124; Inceysa, para 118.

si el caso puede ser puesto bajo jurisdicción del tribunal, etapa inicial en la que las decisiones se adoptarán con base en las pruebas aportadas por el solicitante.

4.4.1 LAS PARTES Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Particularmente en el caso *Fraport*⁶²⁸, el comité de anulación analizó si al inversor demandante se le había dado una adecuada oportunidad para controvertir una serie de medios de prueba que habían sido introducidos al procedimiento una vez se había cerrado la etapa correspondiente. Luego de hacer un análisis de la evolución del desarrollo de las etapas procesales, el comité concluyó que el tribunal del caso había violado las garantías procesales del demandante, al no permitirle pronunciarse sobre las pruebas introducidas por la contraparte y por tanto procedió a anular la decisión.

El tribunal está llamado entonces a mantener un balanceado equilibrio a lo largo del procedimiento arbitral, por cuanto, aún cuando goza de unas amplias facultades que le permiten la conducción del procedimiento, debe proceder siempre con respeto a las garantías procesales de las partes, por tanto, el tribunal deberá proceder de forma equilibrada en los casos en los que debe decretar pruebas de oficio (*sua sponte*) o a partir de la solicitud efectuada por las partes, por lo que debe valorar la oportunidad, la importancia de los medios de prueba frente a los hechos en concreto, la relevancia del medio de prueba, la razonabilidad y alcance de la solicitud y en los casos en los que hay oposición de la contraparte, la valoración de los argumentos, tal como lo recordó el comité de anulación del caso *Azurix*.⁶²⁹

⁶²⁸ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25. Annulment decision on December 23 2010.

⁶²⁹ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12. Decision on Annulment, September 1 2009, paras 208 - 209.

4.4.2 EL ESTADO Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Dentro del arbitraje de inversión y en referencia a la actividad probatoria, un aspecto trascendental es el relacionado con el Estado y lo que puede derivarse de esta situación, toda vez que de forma directa o indirecta puede incidir en la obtención y posible aportación de los medios de pruebas al tribunal. En el sistema de arbitraje del CIADI, la arquitectura procesal busca brindar una igualdad de armas a las partes contendientes, teniendo en cuenta que, el Estado, por sus prerrogativas (poder de policía, de regulación, investigación y ejecución de sus decisiones) rebasa cualquier tipo de posibilidad con respecto a la situación del inversor, y teniendo en cuenta que en muchos casos, los Estados pueden llegar a incidir en el proceso, por medio de presiones a los testigos o expertos, buscando direccionar la declaración que van a efectuar.⁶³⁰

Podemos mencionar aquí a los medios de prueba que contienen información que es políticamente sensible, como primer aspecto que puede incidir en cuanto al acceso a los medios de prueba y la posibilidad de aportarlos al proceso. La determinación de esta sensibilidad debe hacerse con referencia a los principios legales internacionales, por cuanto no debe aplicarse los criterios establecidos en la legislación nacional sobre tal aspecto. Es así como, en el caso *Bewater Gauff v.s Tanzania*⁶³¹ el Estado demandado adujo la imposibilidad de introducir unos documentos teniendo en cuenta la inmunidad brindada por el interés público que se encontraba relacionado con los mismos, al contener información políticamente sensible, tal como secretos del Estado, de conformidad con las reglas IBA. El tribunal indicó que en estos casos, el Estado debe especificar las razones por las cuales se afecta el interés público con la aportación de dichos medios de prueba y por tanto, deben ser mantenidos en la confidencialidad, sin que sea dado alegar la

⁶³⁰ Se han ventilado casos en los que la situación descrita ha sido analizada. *Riahi v.Iran*, 37 Iran USCTR, Concurring and Dissenting Opinion of Judge Brower, paras 158, 195–99 (2003); *Cherifat v. Iran*, 28 Iran-USCTR, para 216 (1992), caso en el que se discute la intimidación a los testigos, manipulación, así como otras formas de abuso dentro del proceso

⁶³¹ *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. Procedural Order No 2 May 24 2006.

sensibilidad política de la información, con respecto a documentos que pueden resultar adversos para el Estado dentro del proceso.

Aunque el derecho nacional no es relevante para establecer si un medio de prueba contiene información sensible, el tribunal podrá tenerlo en consideración, de una parte, verificando la coincidencia de los criterios contenidos en la legislación, con la práctica internacional como un todo, para establecer la validez de la oposición a entregar la información, en tanto que el tribunal podrá tener en consideración lo acordado por las partes con respecto a las reglas procesales y el aspecto probatorio..

De igual forma, el Estado puede hacer uso de sus prerrogativas para obtener información de la contraparte, a través de los servicios de inteligencia. Esta situación fue analizada en el caso *Libananco v.s Turquía*⁶³² en el que el inversor demandante alegó ante el tribunal arbitral que el Estado demandado, a través de órdenes proferidas por cortes de dicho Estado, había interceptado aproximadamente 2.000 correos electrónicos privilegiados o confidenciales, incluyendo algunos que habían sido intercambiados con el abogado. El inversor demandante le expresó al tribunal arbitral que, dada la obligación que tenía de asegurar que el procedimiento se adelantara de la forma correspondiente y pese a que ninguna medida era suficiente para revertir lo hecho por el Estado demandado, debían tomarse las medidas pertinentes a fin de reestablecer el debido proceso al interior del trámite. Frente a éstas aseveraciones, el Estado arguyó que las interceptaciones correspondían a una investigación autónoma relacionada con lavado de dinero y que nada tenía que ver en referencia al trámite arbitral y a la cual no había accedido el representante del Estado a cargo del arbitraje. El tribunal consideró que no había pruebas que acreditaran las interceptaciones denunciadas y aún cuando le reconoció al Estado la prerrogativa

⁶³² *Libananco Holdings Co. Limited v. Turkey* (ICSID Case No. ARB/06/8), Decision on Preliminary Issues of 23 June 2008. paras 43 - 4

de adelantar investigaciones penales en su territorio, le ordenó cesar las interceptaciones en contra del inversor y de su abogado.⁶³³

La intimidación de testigos es otra de las prácticas en las que puede incurrir un Estado, lo que fue analizado en el caso *City v.s Ecuador*⁶³⁴ teniendo en cuenta que fue iniciado un proceso penal y administrativo en contra del inversor demandante, por el no pago de unos impuestos que el inversor estaba controvirtiendo. El tribunal estableció que aun cuando el Estado ostenta la potestad de perseguir y castigar a los criminales, este poder no debe ser utilizado para beneficio propio, máxime si está vinculado con el objeto del procedimiento arbitral, debiendo entonces hacer prevalecer el principio que ninguna parte debe agravar ni extender el pleito ni tomarse la justicia por cuenta propia.

Aunque pareciera que el Estado es el que puede ejercer presión para intimidar a los testigos, en la práctica también se ha dado esta clase de comportamientos por parte de los inversionistas, es así como en el caso *EDF vs Rumania*⁶³⁵, se ventiló la situación en la que los testigos del Estado trataron de ser presionados con algunas informaciones que los vinculaban con hechos de corrupción y lo que ello podía provocar en sus carreras políticas. Aún cuando no fue posible probar las presiones al interior del proceso, el tribunal ordenó a las partes, mantener la integridad del procedimiento y dar los debates en público, absteniéndose de confrontar directamente, sin que ello pueda ser considerado como una restricción a la libertad de expresión de las partes.

⁶³³ Hechos similares se presentaron en los casos *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2. Award, August 13 de 2009, paras 21, 35. *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2. Award , September 17 2009, para 44.

⁶³⁴ *City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) [I]*, ICSID Case No. ARB/06/21. , Decision on Provisional Measures, November 19 2007.

⁶³⁵ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13. Procedural order No 2. May 30 2008. para 48.

4.4.3 LA EXCLUSIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

Tal como ya se mencionó, en el sistema CIADI, la *lex arbitri* no es trascendental, toda vez que las cuestiones procesales son resueltas con base en el derecho internacional⁶³⁶, no obstante, en el sistema de reglas de CNUDMI, así como en el mecanismo complementario del CIADI, la *lex arbitri* si tiene incidencia.

En el sistema CIADI operan reglas de exclusión de los medios de prueba que han sido obtenidos de forma ilícita por las partes, situación que deberá ser analizada en cada caso en concreto.⁶³⁷ No obstante, en el sistema se han ventilado casos en los que determinados medios de prueba han sido obtenidos por medio de fuentes abiertas como Wikileaks, lo que ha provocado la división de los tribunales que han abordado el asunto, toda vez que, mayoritariamente se ha considerado que dichos medios de prueba son inadmisibles, en tanto que, los disidentes, han estimado que tales documentos son públicos y por tanto, no gozan de ningún tipo de protección legal⁶³⁸.

Las reglas de exclusión probatoria en los sistemas jurídicos nacionales señalan la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos de forma ilícita, no obstante, en el arbitraje de inversión, la respuesta no tiene la misma claridad, por cuanto el tribunal, como se ha señalado en precedencia, no se rige por las disposiciones del derecho nacional y por tanto, tiene una mayor autonomía con respecto a la admisibilidad de éstos.⁶³⁹

⁶³⁶ En el marco de los trámites arbitrales bajo las reglas de CNUDMI así como el mecanismo complementario del CIADI, la *lex arbitri* ocupa un lugar destacado, por tener estrecha relación con las cuestiones procesales

⁶³⁷ En el caso Libananco v. Turquía, el tribunal decidió excluir algunos documentos que habían sido obtenidos de forma cuestionable por la parte, por cuanto consideró que tal proceder contrariaba la obligación de buena fe que debe imperar en el sistema. Libananco Holdings Co. Limited v. Turkey ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues of 23 June 2008, para 80.

⁶³⁸ Conoco Phillips Petrozuata B. V., Conoco Phillips Hamaca B.V. and Conoco Phillips Gulf of Paria B.V. v. Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/30), Decision on Respondent Request for Reconsideration of 10 March 2014, para 24. Dissenting Opinion of Georges Abi-Saab of 10 March 2014, paras 64–67.

⁶³⁹ IRETON, Jessica. 2015. The Admissibility of evidence in ICSID Arbitration: considering the validity of WikiLeaks Cables as Evidence, 30 ICSID Rev. 1.

En el caso *Methanex v. México*⁶⁴⁰ el tribunal excluyó las pruebas obtenidas por la parte demandante de forma ilegal a través de un investigador privado y señaló sobre el tema en particular:

“Once the [State] demonstrated prima facie that the evidence which Methanex was proffering had been secured unlawfully, if not criminally, the burden of proof with respect to its admissibility shifted to [the investor].... On the materials before the Tribunal, the evidence shows beyond any reasonable doubt that [investor] unlawfully committed multiple acts of trespass over many months in surreptitiously procuring the [documents].”

En el sistema de arbitraje de inversión, resultan especialmente relevantes en el aspecto probatorio lo referente a la eventual contención de los poderes del Estado que en algunos casos busca bloquear el acceso a determinados documentos o testimonios, así como a información políticamente sensible, en tanto que puede intentar deslegitimar los medios de prueba con los que cuenta la contraparte, por lo que la labor del tribunal debe enfocarse en mantener las garantías procesales de las partes, impidiendo que sean introducidos y usados en la disputa, medios de prueba obtenidos de forma ilícita.

4.5 MEDIDAS PROVISIONALES

La Convención del CIADI, así como las reglas de arbitraje establecen la posibilidad de solicitar medidas provisionales a lo largo del procedimiento, en aras de preservar la materia objeto del litigio⁶⁴¹ a solicitud de la parte que así lo considere, deberá contener una descripción de los derechos que se pretende

⁶⁴⁰ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, final award august 3 2005 para 55.

⁶⁴¹ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No. 2, October 28 1999, ICSID Review–FILJ 16 (2001): 212; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on Provisional Measures (25 September 2001); *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures August 17 2007.

preservar, así como las medidas que se solicitan y las circunstancias pertinentes al caso. Incluso el tribunal puede recomendar la adopción de medidas provisionales de oficio.

El escrito de solicitud de medidas puede ser presentado en cualquier etapa del procedimiento, incluso, antes de que se haya efectuado la constitución del tribunal, caso en el que el trámite será administrado por la Secretaría General, de manera paralela a que se resuelve la constitución del tribunal, no obstante, en los casos en los que concurren los presupuestos necesarios, el tribunal puede establecer prima facie su jurisdicción con base en una solicitud de medidas provisionales, incluso en los casos en los que la contraparte se oponga a la jurisdicción del tribunal⁶⁴²

La regla de arbitraje 39 señala que la medida provisional debe especificar el derecho que se quiere preservar, la medida que debería ser decretada y las circunstancias que justifican el decreto de la medida solicitada, lo que no impide que el tribunal tome medidas de forma oficiosa, medidas que en todo caso no son ejecutables al interior del sistema, sin embargo, el tribunal podrá tener en cuenta en el laudo, la forma como hayan procedido las partes y derivar efectos jurídicos de tal comportamiento.

Al interior del sistema CIADI, las medidas provisionales que son concedidas con mayor frecuencia están relacionadas con:

- Preservar o producir documentos⁶⁴³
- Hacer cesar procesos adelantados en tribunales locales⁶⁴⁴

⁶⁴² Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures, August 17 2007., para 55; Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Chile (ICSID Case No. ARB/98/2), Decision on Provisional Measures of 25 September 2001.

⁶⁴³ Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 1, March 31 2006.

⁶⁴⁴ Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Award, January 6 1988; Ceskoslovenská Obchodní Banka, A.S. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24 1999; Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 1, Claimant's Request for Provisional Measures (1

- Mantener la confidencialidad del procedimiento⁶⁴⁵

Dentro del sistema CIADI, resulta posible que las partes, teniendo en cuenta las particularidades del sistema jurídico del Estado, acuerden en el tratado multilateral, en el bilateral o en el contrato de inversión, que ante la eventualidad de una disputa, resultará admisible la solicitud de medidas cautelares a determinada autoridad nacional competente de acuerdo al diseño legal del ordenamiento interno del Estado en particular. A su turno, las partes dentro del sistema arbitral del CIADI pueden pedir el aseguramiento de los costos del tribunal, a través de una medida provisional a la contraparte, en la que se tendrá en cuenta los costos legales del arbitraje, tales como honorarios de abogados, tasas del tribunal y los costos administrativos en los que se pueda incurrir en el procedimiento⁶⁴⁶

La figura de la *cautio judicatum solvi* (*security for costs*) permite preveer estos efectos adversos al demandado y en consecuencia, al ser una medida provisional, permite preservar los activos para el cumplimiento de un laudo posterior, por cuanto al ser una medida cautelar, le permite a la parte demandada solicitarle al tribunal arbitral que ordene el demandante constituir una caución que garantice que el demandado recupere el valor gastado en el proceso, ante la eventual condena en costas al demandante, por efecto de la denegación de las pretensiones.

July 2003); Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Provisional Measures, May 8 2009; Burlington Resources, Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 on Burlington Oriente's Request for Provisional Measures, June 29 2009.

⁶⁴⁵ World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006); Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, September 29 2006.

⁶⁴⁶ GOLDBERG, David, KRYVOI, Yarik and PHILIPPOV. Ivan 2019. Provisional Measures in Investor-State Arbitration, BIICL/White & Case, London. Según esta obra, solo en el 12.5% de los casos alguna de las partes ha solicitado la medida provisional para asegurar los costos del trámite.

La doctrina se ha dividido en torno a la posibilidad recién mencionada. De una parte,⁶⁴⁷ consideran que es una facultad incuestionable del tribunal en lo concerniente al decreto de medidas cautelares, con apoyo en algunas reglas arbitrales y tratados de inversión⁶⁴⁸ entre otras, el reglamento de arbitraje CNUDMI⁶⁴⁹ así como el del CIADI⁶⁵⁰ establecen la posibilidad de adoptar cualquier medida que busque preservar los bienes, en tanto que de otra parte, se ha considerado que los tribunales carecen de facultades para poder obligar al demandante a constituir una caución, al considerar que en los casos en que concurren terceros financiadores, al ser éstos quienes eventualmente ostentarían la condición de obligados reales, no obstante, al no ser parte del procedimiento, por no haber participado con la concreción de la fuente de las obligaciones originales, no podrá ser afectado por las medidas cautelares.⁶⁵¹

4.5.1 FINANCIAMIENTO DE ARBITRAJE POR TERCEROS

El financiamiento de los casos, por cuenta de terceros, es un fenómeno relativamente nuevo. El financiador en la práctica, es a su vez un inversionista que persigue una ganancia y por tanto, pacta recibir una proporción de las pretensiones concedidas en el proceso, lo que genera una multiplicidad de cuestionamientos alrededor de diversos temas, entre otros, posible conflicto de intereses, requerimientos de la contraparte para que se aseguren las costas de forma anticipada, y las diversas vicisitudes que la intromisión de un ajeno al trámite arbitral puede causar la intromisión de un ajeno al trámite arbitral, lo que

⁶⁴⁷ Impregilo v. Argentina ICSID Case No. ARB/07/1), Decision on Annulment of January 24 2014, para. 176.

⁶⁴⁸ Arbitration rules of the Singapore international arbitration centre, article 24 (K), 2013; Arbitration rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration, Art 33.2 2016; EU – Vietnam free trade agreement, Chapter 8: Trade in services, investment and E- Commerce.

⁶⁴⁹ Arte 26.2.c reglamento CNUDMI

⁶⁵⁰ Regla 39.1 del reglamento CIADI, 2006, artículo 47 del Convenio.

⁶⁵¹ GALAGAN, Dmytro. ZIVKOVIC, Patricia, SCHERER, Maxi. "Third – party funding in arbitration: Out in the open? Commercial Dispute Resolution, 2012, P. 57. WAINCYMER, Jeffery. 2012. Procedure and evidence in international arbitration. The Netherlands. Kluwer law international. P. 644; SANDROCK, Otto: "The Cautio Judicatum Solvi in arbitration Proceedings or the duty of an alien claimant to provide security for the cost of the defendant" Journal of International Arbitration, Vol. 14, No 2, 1997, P 34

no ha tenido un desenvolvimiento uniforme, en el marco de los pronunciamientos al interior del CIADI.

Es así como en el caso *Teinver v. Argentina*⁶⁵² el arbitraje se inició con base en el tratado bilateral entre España y Argentina, bajo las reglas CIADI. La sociedad *Burford capital* actuó como tercero financiador del trámite. El Estado demandado se opuso a tal financiamiento y adujo: (i) *Burford* era realmente la parte interesada en el arbitraje y que por tanto el interés de este no era meramente circunstancial. (ii) Incumplimiento de los requerimientos jurisdiccionales bajo la Convención del CIADI, por cuanto no era una sociedad española cubierta por el tratado bilateral de inversión. En este caso el tribunal consideró que el acuerdo de financiamiento había sido celebrado con posterioridad al inicio del arbitraje y por tanto decidió rechazar la excepción propuesta por el Estado demandado, adicionalmente a ello, concedió las pretensiones de la demanda del inversionista, al considerar que el Estado argentino había violado los derechos del inversionista al no darle un trato justo y equitativo, al haber intervenido con los derechos de éste.

Por su parte, en el caso *American Silver Limited v.s Bolivia*⁶⁵³ la disputa se inició debido a la revocación de las concesiones mineras otorgadas por el Estado al inversionista para realizar actividades en el alto Potosí. Las actividades se desarrollaban a través de la empresa minera *Compañía Minera Malku Khota (CMMK)*, constituida en Bolivia y de propiedad del inversionista. Los derechos del inversionista se vinculaban con los títulos mineros, así como derechos relacionados con servidumbres sobre el suelo, el subsuelo, recursos hídricos y otros necesarios para la operación, lo que afectaba a los indígenas, grupo poblacional que adelantó múltiples vías de hecho para oponerse a la concesión, lo que provocó la intervención del Estado, decretando la reversión del dominio en 2012, aduciendo utilidad pública y beneficio social.

⁶⁵² *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, July 21 2017.para 259.

⁶⁵³ *South American Silver limited v.s Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No 2013 – 15

En este caso el demandante adujo la violación del derecho internacional y del tratado entre Reino Unido e Irlanda del Norte y Bolivia de febrero 16 de 1990 y el artículo 3 del reglamento de arbitraje CNUDMI, al nacionalizar sin compensación el proyecto minero que desarrollaba el inversionista, lo que desde esta perspectiva, constituye una violación del TBI. Por su parte, el demandado adujo que el demandante violó los derechos humanos, los derechos sociales y colectivos de los indígenas, por cuanto no respetó sus creencias ancestrales y generó un riesgo inminente al medio ambiente, lo que afectaba la supervivencia de los indígenas.

Con este escenario de fondo, Bolivia presentó una solicitud *cautio judicatum solvi* contra el demandante, buscando que se aseguraran los costos del tribunal y con la intención adicional de obligar al demandante a revelar la información sobre quien estaba financiando el procedimiento, solicitudes que se fundaron en la precaria situación económica del inversionista demandante. En este escenario, el Estado adujo: (i) La existencia de un alto riesgo de imposibilidad de reembolsar al Estado los gastos y costos para la defensa del arbitraje. (ii) La injusticia en la exigencia a la demandada de asumir la defensa, a sabiendas de la ausencia de recursos de la demandante para solventar los gastos y costos en que se deba incurrir. (iii) La existencia de dudas con respecto a la situación financiera del demandante. (iv) La necesidad de destinar el dinero del demandado a otras actividades de interés general, debiendo hacerlo a la defensa, aunado al riesgo de no pago por la precaria condición del demandante. (v) La consideración de la demandante como una compañía fantasma (*Shell company*), de Bermudas, que solo se constituyó para ser vehículo de la inversión, del verdadero dueño, que es South American Silver Corporation (SAASC), quien había expresado que se quedaría sin fondos a finales del año de la presentación de la demanda.

El tribunal rechazó en parte la solicitud⁶⁵⁴, aún cuando admitió que el demandante debía revelar el nombre y los datos del tercero financiador, no así de los términos del acuerdo y por tanto denegó decretar la caución solicitada por la demandada, por cuanto consideró: (i) La presencia de un tercero financiador no es, per se, una causal excepcional que justifique otorgar una caución como lo solicitaba la demandada, en la misma línea del caso Eurogas v.s Eslovaquia. (ii) La ausencia de activos, así como la imposibilidad de mostrar recursos económicos con que cuenta, así como el riesgo que enfrentan los recursos financieros de una empresa no justifican la caución, debiendo probarse la mala fe del demandante o la existencia de un daño económico real. (iii) La presencia de un tercero financiador no justifica, per se, la necesidad de una caución. (iv) Resulta imposible inferir que la presencia de un tercero financiador automáticamente permite la caución, por cuanto constituiría un beneficio no razonable en favor del demandado. El tribunal consideró entonces que se justificaba el decreto de las medidas, por cuanto se había probado la existencia de circunstancias extremas y excepcionales, así como la presencia de evidencia de abuso o incumplimiento constante por parte del demandante, a su turno que se había acreditado la amenaza de un daño irreparable si no se concedía la medida.

⁶⁵⁴ Idem. Procedural order No 10, January 11 2016, paras 46, 83: “ The doubts expressed by tribunals as regards security for costs concern: (1) the power of an arbitral tribunal to issue measures that are not expressly contemplated in the corresponding rules (as neither the UNCITRAL Rules nor the ICSID Rules expressly contemplate security for costs); (2) the fact that interim measures are issued to protect rights that are in danger, and (a) it could be arguable whether to obtain reimbursement of costs by the prevailing party in an arbitration is a right or a mere eventuality, given the uncertainty of the result and the discretion of tribunals to adjudicate costs, and (b) if it is a right, it is not clear whether it is a substantive one or a procedural one; (3) whether security for costs really fulfills the requirements of necessity and urgency of the measure which are proper of an interim measure; and (4) the difficulty in ordering a guarantee of payment of costs when there is no certainty on the results of the arbitration and, consequently; there could be pre-judgment. [...] The Tribunal cannot, in this stage of the proceeding, decide on Bolivia’s jurisdictional objection. Bolivia’s mere analysis of SAS’ or SASC’s balances and other related accounting documents, or the mere existence of a third-party funder do not meet the high threshold set forth by investment tribunals as they do not prove that SAS is in a situation where it does not want to pay, or that it has breached its obligations, or that it has carried out acts from which the Tribunal may clearly and sufficiently conclude that SAS does not have the means to comply with an eventual award on costs. In the Tribunal’s opinion, there is basis to order the disclosure of the name of the third-party funder, but not to order the disclosure of the agreement entered into with the third-party funder.”

4.5.2 ASEGURAMIENTO DE LOS COSTOS DEL PROCESO

Los Estados demandados optan en diversas oportunidades por solicitar únicamente el aseguramiento de los costos del trámite y no enfocarse en acceder a la información con respecto al tercero financiador. Es así, como en el caso *Alasdair Ross Anderson et al v.s Republic of Costa Rica*⁶⁵⁵ el trámite se inició por

⁶⁵⁵ *Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Decision on Provisional Measures November 5 2008, paras 23 – 29: “After careful analysis of the facts of the present case, the Tribunal considers that no circumstances exist to justify a decision to order the provisional measures requested by the Respondent. In essence, the Tribunal does not find that the facts presented by the Respondent constitute an urgent situation that risks irreparable harm to the Respondent’s rights. Indeed, at this point in the proceeding, the Respondent has not proven the existence of any rights whose preservation requires the requested provisional measures. As of today, the Respondent has only a mere expectation, not a right with respect to an eventual award of costs.

In the present case, the fact that the Claimants consist of a number of persons; the fact that there is no information about them, except for the essential data they provided to register their case at ICSID; the fact that they are individual Canadian nationals living in different parts of a federation and therefore may be subject to different judicial systems; the fact that some of the Claimants are heirs or beneficiaries of those who originally engaged in certain financial operations in Costa Rica (their status as “investors” under the BIT has yet to be determined); the fact that the Claimants took up a collection to pay the administrative expenses of their case; and the fact that the fees of their legal counsel were agreed on a contingency basis, may indeed be considered unusual when compared to many, if not most ICSID cases, as the Respondent, argued. However, the alleged unusual nature of these facts does not per se create a risk situation that would make it imperative to order provisional measures to protect the Respondent’s rights. Not only does the Respondent fail to identify an imminent risk that would justify the exceptional measures requested, but it has also failed to demonstrate the existence of any of its rights that are in jeopardy of irreparable harm.

In effect, for the Tribunal to accept the existence of the hypothetical case of non-payment by the Claimants of the costs that might be awarded to the Respondent in this ICSID proceeding and thus to order the requested provisional measures would constitute a prejudgment by the Tribunal of underlying rights and obligations in a case which it has not yet heard. Proceeding in such manner would constitute a denial of justice to the Claimants. Moreover, even if the Tribunal were ultimately to decide this case in favor of the Respondent, such a decision would by no means necessarily result in an award to the Respondent of any ICSID costs.

At this point in the proceeding, the Respondent cannot be considered to be the holder of a legal right, but only the bearer of a mere expectation, which could hardly be the object of a guarantee or of protection by means of provisional measures. In short, the Tribunal has no basis for presuming future willful non-payment by the Claimants or for assuming their eventual economic incapacity.

As indicated above, the jurisprudence on this question invites tribunals to exercise extreme caution when deciding on whether or not to order provisional measures, and to strike an appropriate balance between the imperatives of preserving the rights of the parties that could be at risk and the risk of ordering preventive measures without adequate justification, that might nullify or restrict a party’s right of access to justice. In this case, the Tribunal finds that Respondent’s rights are not at risk and that the imposition of the proposed provisional measures could become an unjustifiable obstacle to the right of the parties to have access to justice.

Taking into consideration the foregoing, the Tribunal hereby rejects the Respondent’s Request for the Provisional Measures of a bank guarantee or escrow account to secure the payment of costs that this Tribunal might award to the Respondent at the conclusion of this case.

la demanda formulada por 137 canadienses en contra de Costa Rica, por el incumplimiento de varias leyes nacionales e internacionales, concretamente el tratado bilateral de inversión celebrado entre Costa Rica y Canada de marzo 18 de 1998. El Estado demandado presentó una solicitud de medidas provisionales debido a lo que denominó circunstancias inusuales, a saber: (i) Naturaleza inusual de los demandantes. (ii) Dificultad para ejecutar una eventual condena en costas por la naturaleza de los demandados.

El tribunal señaló que deben existir dos factores fundamentales para poder decretar la medida cautelar, a saber: (i) Las medidas deben ser necesarias para preservar los derechos de una de las partes. (ii) La necesidad de dichas medidas deben ser urgentes para evitar un daño irreparable y concluyó que no resultaba admisible el decreto de medidas provisionales ante las meras expectativas aducidas, por cuanto proceder de esa forma, sin haber escuchado los argumentos sustanciales relacionados con el caso, podría erigirse como un claro prejuzgamiento de parte del tribunal y como una clara violación de las garantías fundamentales de la parte al restringírsele el acceso a la justicia.

En el caso *Guaracachi América Inc. and Rurelec PLC v.s Bolivia*⁶⁵⁶, que se adelantó ante la Corte Permanente de Arbitraje bajo las reglas CNUDMI, se

Furthermore, the Tribunal also denies the Respondent's request that the Tribunal order the Claimants to agree to be held joint and severally liable for the payment of any costs awarded to the Respondent in the present case. In this case, such request is not in the nature of a provisional measure to preserve existing rights. Rather, any decision of the Tribunal in this respect might constitute a prejudgement on the responsibility of the individual parties, especially taking into consideration that the Tribunal has not even heard substantive arguments on this vital question. At this early stage of the present case, it is impossible for this or any other Tribunal to determine if any or all of the parties are subject to specific legal obligations and, if such obligations do exist, how they each are to share responsibility. Moreover, at this stage the Tribunal can say nothing at all about the relationship among the 135 different persons who chose to present a single ICSID request. The Tribunal does not know for example, if it is dealing with an active, mandatory or optional *litis consortium*; if the 135 Claimants have some contractual relationship among them; or if they assumed some reciprocal commitments with respect to this proceeding."

⁶⁵⁶ *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17. Procedural Order No 14, March 11 2013, para 7 - 10: "The Respondent has not, however, been able to supply evidence to justify the extraordinary measure that it requests. As a factual matter, the Respondent has not shown a sufficient causal link such that the Tribunal can infer from the mere existence of third-party funding that the Claimants will not be able to pay an eventual award of costs rendered against them, regardless of whether the funder is liable for costs

discutía la violación de los tratados entre el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica y Bolivia, así como el convenio entre Reino Unido y Bolivia por cuanto adujo el inversionista - demandante que el Estado-demandado modificó normas tributarias o regulatorias y por tanto afectó las inversiones de los demandantes en el Estado anfitrión, provocando la expropiación de las mismas, sin que se hubiese dado un acuerdo sobre el valor de la indemnización correspondiente.

Bolivia presentó una solicitud *cautio judicatum solvi*, para que aseguraran los costos del tribunal, al considerar que: (i) Las finanzas de una de las demandantes (Rurelesc PLC) permitían afirmar que no habría forma de hacer frente a un laudo adverso a las pretensiones de la demandante, a la vez que (ii) el inversionista Guacarachi America es realmente la sociedad Shell Company del Estado de Delaware, sin actividad económica, ni ingreso y que fue constituida con el único fin de adquirir y ser la tenedora las acciones de EGSA, (iii) El trámite arbitral es financiado por un tercero, sin que haya garantía que este se hará cargo de las eventuales costas que surjan en el trámite.

or not. The Respondent's analysis of Rurelec's balance sheet and other related financial documents also does not sufficiently demonstrate that Rurelec will lack the means to pay a costs award or to obtain (additional) funding for that purpose. To the contrary, Rurelec appears to be an ongoing concern with assets beyond those involved in this arbitration and the Claimants have promptly paid all the requested deposits of costs with no suggestion that they have had trouble finding the necessary funds to do so.

Given the above, it is unnecessary to look at the issue of the Respondent's good faith – as measured by its payment of its share of the deposits of costs – as a pre-condition for the right to request security for costs (as suggested by one of the Respondent's authorities).³ Nor is it necessary for the Tribunal to analyze – in accordance with Article 26(3)(b) of the UNCITRAL Rules – whether there is a “reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim.” This can be a difficult hypothetical exercise, even with the benefit of the Parties' full written submissions. It is also unwise to risk even the most minor prejudgment of the case so close to the date of the final hearings. Such determinations are therefore best avoided unless absolutely necessary to come to a decision on the request for interim measures, which is not the case here.

The same goes for the analysis required by Article 26(3)(a) of the UNCITRAL Rules of the balance of inconvenience, to find whether the harm, if the measure is not granted, “substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted.” The issue – analyzed by scholars and some tribunals – of the appropriate balance between the right of access to justice of entities that have been allegedly expropriated and the protection of States against alleged frivolous claims by parties who may not have sufficient assets to guarantee the payment of an adverse costs award is a serious issue. A decision on this issue is not, however, required on the facts of this case.

In accordance with the above conclusions, the Arbitral Tribunal decides to dismiss Respondent's request for security for costs.”

En este caso el tribunal consideró que no se había acreditado la evidencia necesaria para justificar la medida solicitada, ni se había logrado probar una relación de causalidad para inferir que la presencia de un tercero financiador implicara que el demandante carecía de la capacidad de pago con respecto a un eventual laudo desfavorable.

En el caso *Commerce Group Corp & San Sebastian Gold Mines, Inc v.s El Salvador*⁶⁵⁷ los inversionistas demandantes tenían como actividad principal la producción de minerales preciosos, actividad que se adelantaba con base en una licencia de exploración y apoyado en los permisos ambientales concedidos por el demandado. En 2006, el Estado revocó los permisos ambientales y no renovó las licencias de exploración, motivo por el que los demandantes iniciaron el procedimiento al considerar que las medidas violaban el CAFTA – RD. En este caso, el tribunal emitió una decisión en la que admitió carecer de jurisdicción y competencia para conocer de la disputa, por lo que los demandantes presentaron una solicitud de anulación aduciendo que se había materializado (i) Exceso de facultades por desestimar las pretensiones. (ii) El laudo no expresa razonablemente las razones en que se basó.

El Estado demandado se oponía a cualquier posibilidad de seguir adelante con el proceso, por cuanto, en su visión, estaba probada la ausencia total de recursos del demandante, al no haber continuado con la explotación de otros títulos no afectados por la reversión y solicitó que la continuidad del procedimiento de anulación se condicionara a la disposición y capacidad económica de los demandantes para proporcionar una caución que le garantizara los gastos en los que ha incurrido. Pese a los argumentos planteados y a la interrupción de pagos de parte del demandante, el tribunal después de dos años de iniciado el procedimiento, decidió interrumpirlo y estableció que cada parte debía cubrir la

⁶⁵⁷ *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17. Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs, August 28 2013.

mitad de los costos de arbitraje y cubrir sus propios honorarios y gastos de representación.

En el caso RSM production corporation v.s Saint Lucia⁶⁵⁸, iniciado por el inversor contra el Estado demandado, se pidió que se garantizaran los costos que se originarían por el trámite arbitral, ante lo cual el demandante informó al tribunal que el acuerdo de financiamiento había concluido y que por tanto no contaba con los recursos suficientes para asegurar los costos del proceso, ante lo cual el tribunal ordenó suspender el mismo durante seis (6) meses, para luego terminar cesando las funciones del tribunal, ante la imposibilidad de asegurar los costos del trámite. El trámite fue reanudado posteriormente, concluyendo con el laudo dictado en julio 15 de 2016, en el que se denegaron las pretensiones de la demanda. Este es el primer caso en el que se concedió una *caution judicatum solvi*, postura que rompió la jurisprudencia del CIADI. Este caso lo plantea el demandante, domiciliado en USA, por la terminación de una licencia de exploración petrolera frente a la costa de Santa Lucia, teniendo en consideración los múltiples conflictos relacionados con los límites.

El Estado demandado ante la precaria situación económica del demandante solicitó una *caution judicatum solvi* mediante una garantía bancaria exigida por el tribunal al demandante a lo que se negó. La medida fue decretada por primera vez dentro del sistema CIADI, por cuanto el tribunal tuvo en cuenta las limitaciones financieras que afectaban al demandante y por tanto, debían preservarse los derechos del demandado. En este marco se conoció de la existencia de un

⁶⁵⁸ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10. Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures, December 12 2013, para 77: "Notwithstanding the omission in Article 47 and Rule 39 of any explicit mention of security for costs, the Tribunal notes that a large number of ICSID tribunals have ruled that a measure requesting the lodging of security for costs does, generally, not fall outside an ICSID tribunal's power provided exceptional circumstances exist. The Tribunal further notes that none of these tribunals has actually found exceptional circumstances which would support an award of security for costs. Against this background, the Tribunal elects to hold over the request for an order requiring Claimant to post security for costs until the end of May 2014 or an earlier point in time with leave to parties to bring on with prior notice" En el marco del trámite de anulación que se adelantó en la presente disputa, el comité consideró que el tribunal había actuado ajustado a derecho en lo concerniente al análisis y decreto de las medidas provisionales decretadas. Decision on Annulment April 29 2019.

acuerdo de financiamiento entre el demandante y un tercero, del que resultaba imposible conocer si asumiría la responsabilidad frente a los costos en los que eventualmente incurriera el demandante. A su vez, el tribunal al momento de decretar la medida tuvo en cuenta el historial de incumplimientos con el que contaba el inversionista demandante en lo concerniente a las costas con respecto a otros procesos.

En el caso *Eskosol S.P.A in liquidazione v.s Italian Republic*⁶⁵⁹ el procedimiento arbitral se originó por decisiones gubernamentales dictadas por el Estado demandado que aparentemente restringían el desarrollo de la construcción de plantas de energía solar fotovoltaica con conexión a la red nacional italiana, adoptadas en marzo y mayo de 2011, lo que hizo inviable el proyecto en el que se había efectuado la inversión y por tanto, esta situación condujo a la quiebra de la sociedad a cargo del proyecto, por lo que el inversionista interpuso la demanda ante el CIADI en 2015, fundándose en una presunta violación de la carta de energía.

Teniendo en cuenta la grave situación económica de la demandante, el Estado demandado solicitó como medida provisional la constitución de una garantía bancaria con el fin de asegurar el pago de los costos eventuales que se generarían en el proceso, por cuanto, la quiebra de Eskosol constituía un riesgo inminente, pese a que existía el financiamiento de un tercero para afrontar el trámite arbitral, no obstante, este tercero, por no ser parte de la disputa, no sería alcanzado por las órdenes del tribunal.

El Estado demandante basó su solicitud en el caso *RSM v.s Santa Lucía*, en el que el tribunal había considerado que la seguridad de los costos debería imponerse automáticamente a un reclamante financiado por un tercero, sin ningún otro distingo. El tribunal consideró que no había una exclusión o limitación sobre

⁶⁵⁹ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50. Procedural Order No 3, Decision on Respondent's Request for Provisional Measures, Jun 12 2017.

los tipos de medidas provisionales que un tribunal puede dictar, de conformidad con lo establecido en el Convenio CIADI o en las reglas de arbitraje, por lo que el tribunal consideró que la medida sólo podía ser decretada si se evidenciaba: (i) La necesidad de preservar los derechos identificados. (ii) Urgencia para un propósito. (iii) Las medidas solicitadas son proporcionales y no imponen tales cargas indebidas a la otra para superar la justificación para otorgarlos.

El tribunal consideró que no había lugar a decretar las medidas, toda vez que se acreditó la existencia de una póliza de 1 millón de euros y no se demostró que la eventual condena pudiese exceder ese valor. Así mismo, se refirió el tribunal a su vez a la existencia de una dicotomía potencial entre la ausencia o no de facultades del tribunal para decretar las medidas, pues aún cuando puede haber preocupación en los demandados sobre los costos del proceso, tal medida no se encuentra prevista explícitamente en el sistema normativo del CIADI, conclusiones a las que llegó luego de evidenciar que no existe una línea jurisprudencial clara con respecto a la materia al interior de los tribunales arbitrales del CIADI⁶⁶⁰.

El caso Armas⁶⁶¹, tramitado en el ámbito de la Corte Permanente de Arbitraje, bajo las reglas CNUDMI, iniciado por medio de la demanda interpuesta por un grupo de inversionistas que desarrollaban sus actividades en diversas áreas del sector alimentario de Venezuela y adujeron haber sido expropiados de sus inversiones, por diversas medidas adoptadas por el Estado. Al interior del trámite, el Estado demandado solicitó se decretara como medida provisional el aseguramiento de los eventuales costos en los que se incurriría por el trámite, teniendo en cuenta el mal estado económico de los demandantes.

⁶⁶⁰ El tribunal resaltó el carácter excepcional que en el sistema CIADI tiene la medida de aseguramiento de los costos, *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on applicant's request for provisional measures, may 7 2012. *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Decision on El Salvador application for Security for Costs September 20 2012.

⁶⁶¹ *Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2016-08. Procedural order No 9 (On security for Costs) june 20 2018 para 261

El tribunal resolvió decretar la medida de aseguramiento de los gastos, y ordenó que los demandantes debían prestar una garantía en favor de la demandada por un monto de USD 1.500.000 por cuanto se acreditó i) El financiamiento del caso por cuenta de un tercero. ii) La ausencia de recursos en cabeza del demandante para asumir el pago de los eventuales costos del proceso. iii) La ausencia de responsabilidad del tercero financiador ante una eventual condena por costas impuesta por el tribunal a los demandantes.

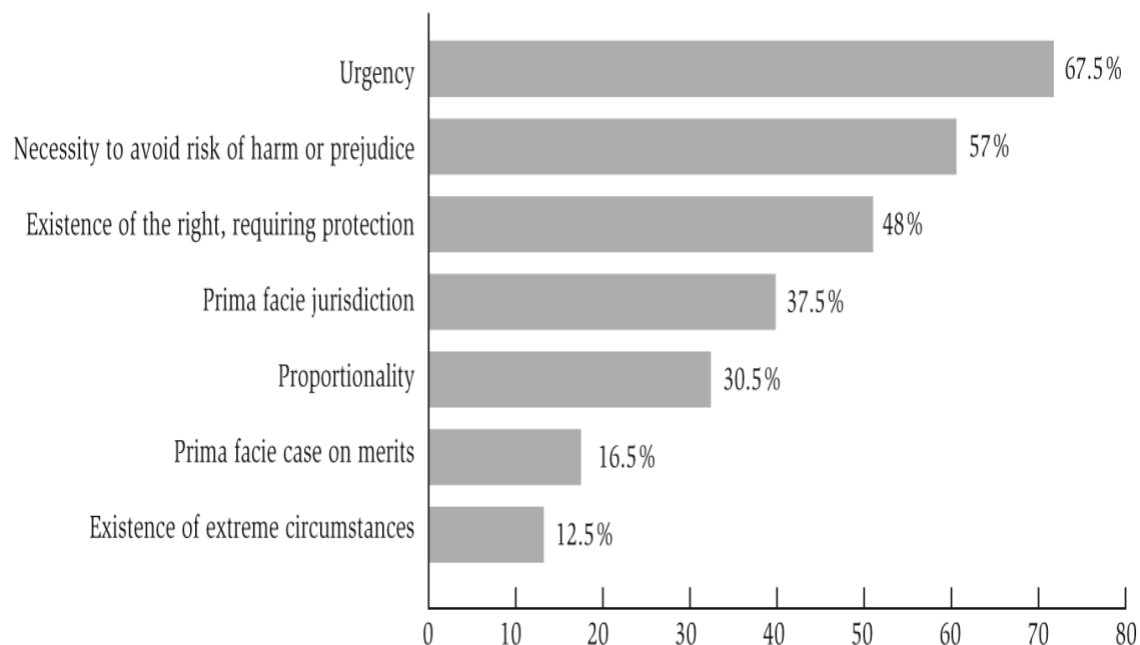
En el caso *Unionmatex*⁶⁶², el inversionista demandó al Estado de Turkmenistan, por cuanto este le impidió desarrollar diversas actividades relacionadas con proyectos constructivos, por lo que el inversionista terminó cayendo en un estado de insolvencia. En este caso, el tribunal accedió al decreto de la medida solicitada y por tanto, dispuso que el demandante debía constituir una garantía a través de un depósito bancario o una garantía bancaria irrevocable que ascendiera a US \$ 3.000.000, dado que se encontraba acreditado: i) El estado de insolvencia del demandante, ii) La existencia de un acuerdo de financiamiento del arbitraje por cuenta de un tercero y iii) Un acuerdo expreso entre el demandante y el tercero financiador que exoneraba a este de cualquier tipo de condena por costas.

Como se evidencia, las medidas provisionales para el aseguramiento de costos son excepcionales y la existencia de un financiamiento por cuenta de un tercero, no debe implicar per se una prueba de insolvencia del demandante, por tanto, la

⁶⁶² Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, Decision on Security for Costs, January 27 2020, para 83: "Contrary to the majority's view, it is to be expected that it will not be easy for Dr Herzig to procure the requested bank guarantee. For this reason, there is a real risk that the Claimant will not be able to pursue his case. By contrast, the Respondent's risk of not recovering its costs if awarded must, in light of German insolvency law as explained above, be evaluated as being lower than assumed by the majority's view. Therefore, it is not warranted to order security for costs in the present case. Furthermore, Dr Herzig claims that Turkmenistan's acts caused the insolvency. Even if this can only be established on the merits, it also speaks against ordering security for costs. In sum, Dr Herzig's unhindered access to an international arbitral tribunal established in accordance with the applicable BIT remains the paramount consideration and must prevail."

mayoría de los tribunales a los que les son solicitadas esta clase de medidas en el ámbito del CIADI optan por denegarlas⁶⁶³.

En el siguiente gráfico se aprecian las razones más usadas en las solicitudes de medidas:



⁶⁶³ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 Decision on Request for Provisional Measures, October 28 1999.

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2. Decision on Provisional Measures September 25 2001.

Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Decision on Provisional Measures November 5 2008.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24. Decision on Provisional Measures June 24 2009.

RSM Production Corporation and others v. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, Tribunal's decision on respondent's Application for Security Costs, October 14 2010.

Burimi SRL and Eagle Games S.H.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18, Procedural Order No 2 on Provisional Measures Concerning Security for Costs, May 3 2012.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8 Decision on Applicant's Request for Provisional Measures may 7 2012.

Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs September 20 2012.

Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, S.A. v. The Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/13/28, Decision on Respondent's Request for shifting the Costs of the Arbitration, March 4 2015.

EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14; Procedural Order No 3 Decision on the Parties Request for Provisional Measures, June 23 2015.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

Fuente: British Institute of International and Comparative Law and White & Case (2019)⁶⁶⁴

4.6 EL RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CIADI:

En la práctica del CIADI, el uso del recurso de anulación se ha incrementado de forma considerable⁶⁶⁵ y con una evolución similar a la de la interposición de las demandas por parte de los inversionistas. En este sentido, han sido anulados totalmente seis laudos, en tanto que lo han sido parcialmente trece.

Este recurso se caracteriza por su especial naturaleza, la parte que lo impetra debe especificar en detalle⁶⁶⁶ la forma como el tribunal incurrió en alguna de las causales de anulación del laudo. A su vez, las partes pueden llegar a introducir algunos medios de prueba⁶⁶⁷ que permitan acreditar lo aducido, lo que marca una sustancial diferencia con todos los demás sistemas de arbitraje de inversión, por cuanto en ellos las partes solo pueden atacar el laudo ante las Cortes de la sede del tribunal o eventualmente en el lugar donde se pretenden hacer efectivas las prestaciones que de él se derivan.

Al revisar los pronunciamientos proferidos por los comités ad hoc, en los cuales se resuelven los recursos de anulación, resulta viable afirmar:

⁶⁶⁴ El estudio empírico al que corresponde la imagen fue adelantado y en el mismo se estableció que las medidas provisionales al interior del sistema CIADI solo se presentan en el 41.5% de los casos, en tanto que en los casos UNCITRAL se da hasta en un 65% de los casos. Así mismo, se estableció que los tribunales arbitrales han desarrollado diversos criterios con respecto al criterio de urgencia, así como a las distintas visiones que existen con respecto a la necesidad, en particular, lo que corresponde a evitar un daño, como justificación de la medida provisional. David Goldberg, Yarik Kryvoi & Ivan Philippo v. Provisional Measures in Investor- State Arbitration, BIICL/White & Case, London, 2019.

⁶⁶⁵ The ICSID Caseload – Statistics <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf> (Accedido en julio 31 de 2022).

⁶⁶⁶ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Annulment may 22 2013, para 52.

⁶⁶⁷ Sociedad Anónima Eduardo Vieira v Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/04/7), Decision on Annulment, December 10 2010. para 237.

1. La anulación es un recurso excepcional y restringido, razón por la cual el comité ad hoc cumple una función completamente limitada.
2. El comité debe usar su discreción para no frustrar el objeto y propósito del recurso, sin afectar la fuerza vinculante y el carácter definitivo del laudo.
3. El artículo 52 debe ser interpretado según su objeto y propósito, sin desbordar sus propios límites, teniendo siempre como guía la Convención de Viena y los trabajos preparatorios del Convenio CIADI.
4. El comité tiene la posibilidad de determinar la extensión de la decisión dentro del trámite de anulación, por cuanto la misma puede afectar parcial o totalmente el laudo proferido.

El recurso de anulación que funciona al interior del CIADI, tiene por objeto garantizar la equidad e integridad al interior de todas las fases del trámite, como elementos fundamentales del procedimiento subyacente. Por ello, la anulación no puede ser vista como una apelación y por tanto, el comité de anulación no se encuentra facultado para analizar la corrección sustancial del laudo, bien en referencia a los hechos o al derecho que fue aplicado dentro del procedimiento, y en consecuencia el recurso se centra en revisar el proceso arbitral en su totalidad, antes que en cuestionar lo acertado de la decisión, de ahí el contenido de las causales enunciadas en el artículo 52 de la Convención. Por tanto, el comité ad hoc, al no ser una corte de apelaciones, desempeña una función limitada no siendo admisible analizar el valor de la evidencia aportada por las partes, ni proceder en contra del laudo, aún teniendo un punto de vista distinto del desarrollado por el tribunal⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01. Decision on Annulment February 1 2016. para 166

El recurso de anulación, al no tener los alcances ni el propósito del recurso de apelación, dista sustancialmente del mismo, por cuanto, en la apelación se puede modificar el laudo objeto del recurso, en tanto que en la anulación solo puede ser invalidado (total o parcialmente) sin poder introducir cambios en su contenido, a la vez que en la anulación no le corresponde al comité ad hoc, pronunciarse sobre la corrección sustantiva del laudo, por cuanto la anulación fue diseñada para regular la integridad y no el resultado de los procedimientos, por tanto, la anulación está relacionada con la legitimidad del proceso y no con su mérito, a la vez que la apelación es un recurso que persigue asegurar la integridad y coherencia de la interpretación y aplicación de las normas, en tanto que el recurso de anulación tiene un alcance limitado a verificar aspectos procesales⁶⁶⁹.

Las causales señaladas en la Convención del CIADI son taxativas y han sido desarrolladas por medio de los pronunciamientos proferidos por los distintos comités de anulación que han operado al interior del sistema, con pronunciamientos que han evidenciado inconsistencias en una multiplicidad de casos a los que nos referiremos en la medida en que vayamos abordando cada una de las causales en particular.

4.6.1 INDEBIDA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

Este concepto se relaciona con la exigencia al tribunal de cumplir con determinadas cualidades requeridas, por tanto, el estándar objetivo aplicable consistirá en determinar si un tercero razonable, con conocimiento de todos los hechos, consideraría que hay razones suficientes para dudar de la integridad de los miembros del tribunal, en este caso se va más allá de lo correspondiente a las reglas de constitución del tribunal, por tanto, se relacionan con cuestiones como la invalidez del acuerdo celebrado entre las partes, así como casos en los que los

⁶⁶⁹ Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7 Decision of the Ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki. June 5 2007.

árbitros no cuentan con las condiciones mínimas exigibles para actuar en esta condición⁶⁷⁰ y la inobservancia del mecanismo de escogencia.

Inicialmente la causal fue analizada por el comité del caso CDC⁶⁷¹, en un recurso de anulación interpuesto por el Estado demandado, que fue fundamentado en el artículo 52 (1) (d) por haberse vulnerado gravemente una norma de procedimiento, debido a la falta de independencia del árbitro. El Comité consideró que la misma debía analizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 52 (1) (a), esto es, por indebida constitución del tribunal. Aunado a ello, estimó que, para poder hacer uso de dicha causal, era necesario haber presentado la recusación en contra del árbitro, de forma previa al proferimiento de la decisión.

Por su parte, el comité del caso Azurix⁶⁷² analizó esta causal desde una perspectiva diversa y apartándose de lo señalado por el comité de anulación del caso CDC, por tanto, consideró que para la prosperidad de la anulación, con base en el artículo 52 (1) (a) no es necesario haber impetrado previamente una recusación en contra del árbitro, por cuanto la anulación no corresponde a una nueva oportunidad para recusar al árbitro, por el contrario, de haberse agotado la recusación con base en la carencia de independencia e imparcialidad del árbitro, esta circunstancia únicamente podrá salir a relucir en fase de anulación, en el marco de la causal a la que nos estamos refiriendo, siempre y cuando se hayan presentado errores en el procedimiento para recusar al árbitro.

En la práctica, la presente causal no es frecuentemente usada para fundar los recursos de anulación, teniendo en cuenta de una parte las interpretaciones que se han creado en torno a ella, así como la relación que tiene con la labor que desarrolla la Secretaría del CIADI, entidad que interviene directamente en la fase de constitución del tribunal y que dado el conocimiento que tiene con respecto al

⁶⁷⁰ ICSID, Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID, Aug 10, 2012.

⁶⁷¹ CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14. Decision on Annulment, June 29 2005. Para 53

⁶⁷² Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12. Decision on Annulment, September 1 2009, paras 279 - 280

funcionamiento del sistema, no suele equivocarse. Las bajas probabilidades de éxito, así como el poco uso de esta causal se encuentra acreditado, por cuanto a la fecha solo ha sido anulada una decisión con base en esta causal.⁶⁷³

4.6.2 EXCESO MANIFIESTO DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL:

La Convención del CIADI, en los artículos 41 a 47 describe los principales poderes que ostenta el tribunal arbitral, y que podrían reducirse a, decidir sobre su propia competencia, resolver la disputa según las normas aplicables, o ex aequo et bono, solicitar pruebas y practicarlas, así como resolver cualquier cuestión procesal correspondiente, entre ellas, incidentes y solicitudes⁶⁷⁴. Estas visiones fueron cuestionadas por el comité del caso Soufraki, en el que la distinción entre lo obvio y lo serio se consideró como un debate innecesario.

El primer criterio que resulta controvertido en cuanto a la presente causal, corresponde a la determinación y alcance del término “manifiesto”, por cuanto, de una parte se ha considerado como aquello que puede ser percibido de forma obvia, evidente, sin necesidad de acudir a elucubraciones u operaciones lógicas para poder establecerlo⁶⁷⁵, en tanto que, de otra parte, se consideró que además de ser manifiesto, el exceso de poder debe ser sustancialmente serio⁶⁷⁶

⁶⁷³ Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/36), Decision on Annulment, June 11 2020.

⁶⁷⁴ El tribunal del caso Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, May 29 2010, para 41 señaló: “The concept of the ‘powers’ of a tribunal goes further than its jurisdiction, and refers to the scope of the task which the parties have charged the tribunal to perform in discharge of its mandate, and the manner in which the parties have agreed that task is to be performed. That is why, for example, a failure to apply the law chosen by the parties (but not a misapplication of it) was accepted by the Contracting States of the ICSID Convention to be an excess of powers, a point also accepted by ad hoc committees. Further, a failure to decide a question entrusted to the tribunal also constitutes an excess of powers, since the tribunal has also in that event failed to fulfil the mandate entrusted to it by virtue of the parties’ agreement.”

⁶⁷⁵ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision annulment Proceeding, February 5 2002.

⁶⁷⁶ Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki. June 5 2007. Para 39.

La extralimitación de funciones surgirá en los casos en los que los árbitros abordan controversias no relacionadas con las facultades conferidas por las partes o toman decisiones sobre cuestiones con respecto a las cuales no les había sido conferido competencia o resuelven asuntos que son considerados no arbitrables⁶⁷⁷.

La extralimitación de facultades ha sido entendida principalmente en las siguientes materias puntuales⁶⁷⁸:

1. En relación a la jurisdicción y competencia del tribunal.
2. En lo referente al derecho aplicable.

4.6.2.1 Extralimitación en relación con la jurisdicción y competencia del tribunal:

En este aspecto puede predicarse la existencia de una extralimitación positiva o negativa, a saber:

- La extralimitación será positiva cuando se asume el conocimiento y resolución del caso con total y absoluta falta de jurisdicción y competencia por parte del tribunal⁶⁷⁹. Frente a esta situación, los tribunales han considerado que solo es procedente la anulación, si es evidente la

⁶⁷⁷ Idem, para 42. El comité de este caso estableció sobre el particular: " There is, in principle an excess of power if a tribunal goes beyond its jurisdiction *ratione personae*, or *ratione materiae* or *ratione voluntatis*. There is an excess of power if the tribunal:

- Asserts its jurisdiction over person or a State in regard to whom it does not have jurisdiction;
- Asserts its jurisdiction over a subject matter which does not fall within the ambit of the jurisdiction of the tribunal.
- Asserts its jurisdiction over an issue that is not encompassed in the consent of the parties.

⁶⁷⁸ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. Decision on annulment march 21 2007; Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16 Decision of the ad hoc Committee March 25 2010, para 96; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic), Decision on the application for annulment of the Argentine Republic july 30 2010.

⁶⁷⁹ Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/09/5.

extralimitación, de tal forma que al presentarse cuestionamientos, falta de certeza o dudas con respecto a ellos, no será procedente la anulación.

- Se considerará que la extralimitación es negativa en los casos en los que no se ejerce la jurisdicción y competencia que había sido conferida por las partes (En estas decisiones se reiteró que la jurisdicción y competencia del tribunal son obligatorias y no facultativas, por tanto, en los términos del artículo 48 (3) del Convenio se establece con claridad la obligación para el tribunal de decidir de forma directa o indirecta en el laudo, todos los reclamos presentados por las partes, por tanto, las decisiones deben ser sometidas al voto de los miembros del tribunal a fin de resolver la totalidad de asuntos puestos a su consideración⁶⁸⁰.

4.6.2.2 Extralimitación en relación con el derecho aplicable:

En el arbitraje internacional, las reglas propias que rigen el procedimiento son parte de las cuestiones centrales que deben ser resueltas por el tribunal, régimen que podría ser diferente al correspondiente a las normas que resuelven el fondo del asunto, el cual es frecuentemente una combinación de diversas disposiciones propias del derecho internacional y del derecho del Estado receptor, en los casos relacionados con el arbitraje de inversión.

⁶⁸⁰ Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A y Vivendi Universal S.A v.s República de Argentina, ARB/03/19; Hussein Nauman Soufraki v.s Emiratos Unidos ARB/02/7; Industria Nacional de Alimentos S.A e Indalsa Perú S.A V.S República del Perú ARB/03/04.

En el Caso Compañía de aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal S.A v República de Argentina ICSID ARB/97/3) el comité anuló parcialmente el laudo proferido por el tribunal arbitral, toda vez que el caso fue ventilado en sede arbitral, pese a que el mismo debía haberse tramitado ante una Corte Nacional del Estado receptor de la inversión, con lo cual se adelantó un caso que no correspondía tramitar ante un tribunal internacional.

En el Caso Helan International Hotels A/S v.s República de Egipto ICSID ARB/05/19) El comité anuló parcialmente el laudo proferido por el tribunal, por cuanto se había procedido dentro del trámite arbitral, omitiendo el cumplimiento previo de algunas decisiones administrativas vinculadas con el Estado receptor de la inversión.

En el caso Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v.s Malaysia (ICSID ARB/05/10) El comité anuló parcialmente el laudo proferido por el tribunal, toda vez que no fue tenido en consideración el tratado que regía la disputa en lo concerniente al concepto de inversión, como un factor que contribuye en el desarrollo económico de un Estado, como factor determinante para determinar la jurisdicción, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 (1) del Convenio CIADI.

Como ya se señaló, el derecho aplicable al procedimiento ha sido identificado con la denominación de *lex arbitri*, que corresponde normalmente al ordenamiento del lugar donde funciona el tribunal. De acuerdo a lo afirmado en precedencia, cabe resaltar que no es el caso que se da en lo que corresponde al CIADI, toda vez que este sistema cuenta con sus propias reglas de procedimiento, que, en todo caso, corresponde a normas que no se adscriben a ningún ordenamiento jurídico en particular, siendo entonces completamente independiente de cualquier sistema legal en específico.

Como ya fue mencionado, a las partes se les permite escoger el derecho procesal aplicable, el cual puede corresponder al derecho de alguna de las partes implicadas, del lugar donde va a funcionar el tribunal o incluso de algún Estado que no esté inmerso dentro del conflicto entre las partes, de conformidad con lo señalado por el artículo V (1) (d) de la Convención de Nueva York, sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En este escenario es mucho más usado que se haga referencia a las reglas procesales establecidas por alguna institución internacional u organismos de arbitraje, como SCC, ICC, los cuales contienen las reglas procesales necesarias para ventilar un asunto en el arbitraje internacional.

Al tenor del artículo 42 del Convenio CIADI, las partes tienen libertad para determinar al derecho aplicable a la disputa, de no existir acuerdo entre las partes, será el derecho del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional correspondiente, privado o público. Diversos Comités de anulación han seguido los lineamientos fijados desde el caso *Amco I* ⁶⁸¹:

“The law applied by the Tribunal will be examined by the ad hoc Committee, not for the purpose of scrutinizing whether the tribunal committed errors in

⁶⁸¹ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1. Ad hoc Committee Decision on the application for annulment. May 16 1986, para 23

the interpretation of the requirements of applicable law or the ascertainment or evaluation of the relevant facts to which such law has been applied. Such scrutiny is properly the task of a court of appeals, which the ad hoc Committee is not ... The ad hoc Committee has approached this task with caution, distinguishing failure to apply the applicable law as a ground for annulment and misinterpretation of the applicable law as a ground for appeal.”⁶⁸²

A partir de estos criterios, se ha considerado que pueden presentarse las siguientes situaciones con respecto a la causal a la que estamos haciendo referencia:

- No aplicación del derecho relevante: Será procedente la anulación del laudo, en los casos en los que se presente este tipo de extralimitación de funciones, como sucede en los casos en los que el tribunal ha reconocido el derecho aplicable a la disputa y no lo hace. De igual forma ocurrirá en los casos en los que el tribunal no considera principios básicos del derecho aplicable o en los casos en los que se aparta de normas fundamentales que regulan la carga de la prueba o las presunciones correspondientes⁶⁸³.
- Aplicación errónea del derecho: Se materializa en los casos en los que es de tal magnitud el error en la aplicación del derecho, que se estructurará la no aplicación del derecho relevante⁶⁸⁴ A la aplicación errónea del derecho es posible llegar en los casos en los que el tribunal yerra en la

⁶⁸² Este mismo criterio fue desarrollado por los comités de los casos *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16;

⁶⁸³ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1. Decision on Annulment. January 7 2015. para 191.

⁶⁸⁴ *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4 (also known as: *Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru*)

interpretación del derecho aplicable o yerra en la forma como aplica el derecho a los hechos del caso

Al interior del CIADI se ha considerado que los errores en la interpretación del derecho aplicable, únicamente podrían ser fundamento de la anulación, en los casos en los cuales la misma provoca la inaplicación del derecho correspondiente, de tal forma que la interpretación efectuada no pudiera ser aceptada por una persona razonable, sin embargo, debe tenerse en cuenta que, de ser posible varias interpretaciones con respecto a una disposición, el que se escoja una de estas, no será causa suficiente para la anulación.⁶⁸⁵ A su vez, la omisión por parte del tribunal arbitral de hacer uso del derecho aplicable, puede erigirse en una extralimitación manifiesta de facultades, sin que sea necesario acudir a mayores elucubraciones.

En lo concerniente a la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 (1) (b), se ha señalado por varios tribunales⁶⁸⁶ que será manifiesto, en los casos en los que es claro o evidente en sí mismo y se incurre en esta causal cuando el tribunal:

- Va más allá del consentimiento de las partes al ejercer competencias que no tiene o al no ejercer la competencia que sí le fue conferida.
- No aplicar la ley acordada por las partes.

El establecimiento del consentimiento requiere de pruebas afirmativas, por tanto, en materia de arbitraje del CIADI, la falta de consentimiento es la regla por defecto, siendo el consentimiento la excepción, tal como sucede en términos

⁶⁸⁵ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6. Decision on annulment october 19 2009, paras 42 – 4, 51.

⁶⁸⁶ Entre otros, CDC v.s Seychelles, ARB/02/14, Tecoco v.s Guatemala, ARB/10/23, Patrick Mitchell v.s República Democrática del Congo ARB/99/7, M.C.I Power Group L.C and New Turbine, Inc. v.s República del Ecuador ARB/03/06, El paso energy International Company v. República de Argentina ARB/03/15

generales en el Derecho Internacional. Esta regla fue convalidada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal de junio 04 de 2008⁶⁸⁷.

A su vez, la extralimitación de funciones será manifiesta si se torna evidente, obvia o clara, por cuanto una extralimitación aparente, que sea susceptible de fundamentación de algún modo en particular, no será considerada como manifiesta y no dará lugar a la anulación⁶⁸⁸.

En este sentido, podría afirmarse que la mayor parte de comités, entre los que sobresalen los que resolvieron los recursos de anulación de los casos *Wena Hotels Limited v. Arabic Republic of Egypt*, *Azurix Corp v.s Argentina*, *M.C.I Power Group, L.C y New Turbine INC v.s República del Ecuador*, consideraron que la extralimitación manifiesta es aquella obvia, clara o evidente por si sola y de gravedad sustancial, resultando perceptible sin necesidad de recurrir a ningún tipo de análisis elaborado. En tanto que, de otra parte, algunas decisiones de anulación, entre los que resaltan *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v.s Filipinas*⁶⁸⁹, *Hussein Nuaman Soufraki v.s Emiratos Arabes Unidos*⁶⁹⁰, han señalado que la extralimitación debe ser demostrable y sustancial y no debe dar espacio a las dudas.

Con base en lo anterior, el comité de anulación, en lo concerniente a la extralimitación de funciones, sólo podrá revisar el laudo en lo referente a la forma como el mismo está justificado legalmente, más no en lo concerniente a analizar la jurisdicción del tribunal o la interpretación o aplicación correcta del derecho, ni los

⁶⁸⁷ Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (*Djibouti v. France*) Judgment I.C.J Reports 2008. Judgment of June 04 2008.

⁶⁸⁸ *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki. June 5 2007. para 39.

⁶⁸⁹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25. Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide. December 23 2010.

⁶⁹⁰ *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki. June 5 2007. para 39.

métodos de interpretación utilizados para tal fin, ni la evaluación de los hechos que hizo el tribunal.

La extralimitación de funciones fue puntualizada por el comité de anulación del caso Adem Dogan v. Turkmenistan ⁶⁹¹, en el que se consideró que se incurre en ella cuando:

- El laudo no identifica la naturaleza y extensión de las alegaciones planteadas por las partes.
- Hay distanciamiento sobre la carga de la prueba que corresponde a las partes.
- Se omite el uso del derecho aplicable.
- Desatiende la evidencia recolectada y en su lugar usa los criterios ex aequo et bono.

En el marco del CIADI, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 (1) del Convenio, se estructura una exigencia para los tribunales a los que corresponde decidir las diferencias según las normas acordadas por las partes. A falta de un acuerdo, el tribunal debe aplicar la legislación del Estado demandado y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables, por tanto, basarse en disposiciones normativas impertinentes para adoptar las decisiones, abre paso a la anulación del laudo⁶⁹² El tribunal tiene la obligación de aplicar las disposiciones que integran la *lex artis*, sin que pueda considerarse que está obligado por lo fijado en esta materia por las partes, en lo que corresponde al método de aplicación específico de las disposiciones.

⁶⁹¹Adem Dogan v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/09/9. Decision on Annulment. January 15 2016.

⁶⁹² Venezuela Holdings, B.V., (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27. Decision on Annulment March 9 2017. para 189

Particularmente, el Comité Ad Hoc del caso CMS v.s Argentina⁶⁹³, estableció que una omisión absoluta en la aplicación del derecho a que está obligado el tribunal conforme al artículo 42 (1) del Convenio del CIADI, puede considerarse una extralimitación manifiesta de facultades, que debe ser obvia, evidente y sustancialmente seria⁶⁹⁴. Por tanto, hay una diferencia entre la falta de aplicación de las disposiciones correspondientes y la aplicación incorrecta de estas. Aquella, constituye una causa de anulación, en tanto que la segunda no lo es,⁶⁹⁵ siempre que el error no termine conduciendo a la inaplicación del derecho relevante. El laudo no puede ser anulado si la postura del tribunal sobre una cuestión de derecho es defendible, pese a que pueda considerarse incorrecta desde el punto de vista legal⁶⁹⁶. A su vez, se ha considerado que un error grave en la aplicación del derecho correspondiente, puede ser una causal de anulación bajo el artículo 52 (1) del Convenio CIADI, por cuanto correspondería a la no aplicación de la misma.

Por su parte, en el caso Continental Casualty Company v.s República Argentina⁶⁹⁷, se indicó que, aún presentándose, no será considerado extralimitación de funciones:

⁶⁹³ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic September 25 2007. para 121.

⁶⁹⁴ Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki. June 5 2007; Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Decision of the ad hoc Committee march 25 2010; Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turke y, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Annulment may 22 2013; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29. Decision on Annulment, May 19 2014.

⁶⁹⁵ Gambrinus, Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/31. Decision on Annulment october 3 2017. para 165.

⁶⁹⁶ Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6 Decision on Annulment february 12 2015, para 190.

⁶⁹⁷ Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9

- Cuando el derecho aplicable es un tratado sobre inversiones y el tribunal aplica solo algunas disposiciones del tratado, dejando por fuera otras pertinentes.
- En los casos en los que el tribunal aplica disposiciones del tratado de inversión pero no hace uso del derecho internacional público (proporcionalidad, duración y racionalidad).
- Si el tribunal en el proceso interpretativo de una disposición del TBI se refiere por analogía a una disposición del GATT no adecuada.
- Aplicar erróneamente principios relativos a la interpretación de los tratados será un error de derecho, pero no extralimitación de facultades, en cuanto recaiga en cuestiones sustanciales y no de competencia.

El comité de anulación del caso Duke señaló que debe hacerse una distinción entre la no aplicación del derecho del litigio y una aplicación errónea de la misma, por cuanto aquel no constituye una causa suficiente para hacer procedente la anulación del laudo, en tanto este si lo hace procedente⁶⁹⁸

La extralimitación de las facultades del tribunal debe ser determinada por el comité ad hoc teniendo en consideración el acuerdo de las partes, como sucede en los casos en los que el acuerdo que permite el arbitraje CIADI está fundado en un tratado bilateral de protección a la inversión, situación que el comité deberá tener en cuenta para determinar el proceder del tribunal basado en el texto del TBI, junto con el convenio arbitral del CIADI⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki. June 5 2007. para 39.

⁶⁹⁹ Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28. Decision on Annulment march 1 2011.

La causal a la que acabamos de referirnos, siendo una de las más usadas, es a la vez una de aquellas con respecto a la que es posible encontrar posiciones contradictorias entre los diversos pronunciamientos de los comités de anulación del CIADI, los que van desde las posturas más conservativas, expuestas en el caso CDC, hasta las posiciones menos rígidas, mostradas en el caso Shum ya comentados.

4.6.3 CORRUPCIÓN EN EL TRIBUNAL⁷⁰⁰

Esta causal, que se encuentra contenida en el artículo 52 (1) (c) no ha sido utilizada a la fecha para presentar solicitudes de anulación de los laudos al interior del CIADI, no obstante, podemos considerar como un parámetro guía, la definición que el propio Banco Mundial hizo sobre el fenómeno de la corrupción al que considera como: “El abuso del oficio público para fines privados “.

Al teorizar sobre esta causal, algunos tribunales⁷⁰¹ han considerado que el laudo debería ser anulado en su totalidad, con base en el principio *fraus omnia corrumpit*⁷⁰², por lo que el proceso en general se vería afectado, al no poder obtenerse beneficios de un acto de esta naturaleza.

En el ámbito internacional, se ha buscado proscribir el fenómeno de la corrupción, con una multiplicidad de instrumentos, entre los que se cuenta la Convención Interamericana contra la corrupción de 1996, así como la Convención de la OCDE para combatir el soborno en las transacciones internacionales, de 1997, la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción de 2003. A

⁷⁰⁰ SCHREUER, Christoph. 2001. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press,

⁷⁰¹ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1. Decision on Jurisdiction May 10 1988 para 26.

⁷⁰² CHENG Bin, 1953. General Principles of law applied by International Courts and Tribunals, London, Stevens.

su vez, en los tratados de inversión normalmente se establecen disposiciones que buscan evitar la presencia de prácticas corruptas⁷⁰³.

A su turno, en el ámbito internacional se ha buscado prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción dentro del arbitraje, por lo que se han desarrollado varias iniciativas, inicialmente desde el arbitraje comercial, que en el mismo sentido han permeado el arbitraje de inversión y que a la vez han pretendido incrementar los niveles de transparencia, como un elemento necesario que contribuye decisivamente a la legitimidad del sistema.

4.6.3.1 La Transparencia en el arbitraje internacional

Como se ha denotado en varias secciones del presente texto, el sistema arbitral internacional se caracteriza por la libertad de la que gozan las partes para adherirse a determinadas reglas de procedimiento, prerrogativa que se encuentra reconocida en múltiples Convenciones, entre otras, la Convención de Nueva York, en su artículo V (1) (d), o en el artículo IV (1) (b) (iii) de la Convención Europea de arbitraje, así como en el artículo 2 y 3 de la Convención Inter – Americana de arbitraje, erigiéndose incluso en una garantía fundamental de las partes en conflicto.

Las normas sobre la transparencia CNUDMI⁷⁰⁴, vigentes desde abril 01 de 2014, se construyeron con base en la idea de la autonomía de las partes en el arbitraje internacional, la que es fundamental desde el momento en que las partes exteriorizan su consentimiento con respecto al arbitraje. Pese a ello, tribunales arbitrales han considerado que la autonomía de las partes no tiene un papel esencial.⁷⁰⁵

⁷⁰³ Canadá – Perú Free Trade Agreement entered into force on 1 August 2009.

⁷⁰⁴ Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado

⁷⁰⁵ *Canfor Corporation v. United States of America*; *Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL (formerly *Canfor Corporation v. United States of America*; *Tembec et al. v. United States of America*; *Terminal Forest Products Ltd.* En este caso, referente a la importación de

Las reglas de transparencia de CNUDMI son aplicadas como parte del conjunto de reglas aplicables en los trámites arbitrales propios entre inversionistas y Estados, no obstante, también es admisible incorporarlas en trámites arbitrales que se adelanten por fuera del sistema CNUDMI o en los que se desarrollen de forma ad hoc.⁷⁰⁶ En la práctica, las reglas de arbitraje sobre transparencia permiten la publicación de la información relacionada con el procedimiento, incluyendo los nombres de las partes, el sector económico relacionado con la disputa, así como el tratado bajo el cual se adelanta el litigio, así como la lista de las decisiones proferidas por el tribunal.

Pese a los avances que sobre la materia se ha dado en el marco de algunos foros de arbitraje, entre estos el CIADI, que es el centro de este trabajo, el ámbito donde se aprecia el mayor desarrollo en la materia es en el arbitraje comercial internacional, concretamente en la Cámara de Comercio Internacional, en la que se han establecido diversas disposiciones que han contribuido decisivamente al desarrollo de la materia.

4.6.3.2 La transparencia y las reglas de arbitraje CCI

Las reglas de arbitraje de la CCI desde 2014, incluidas las modificaciones que están rigiendo desde enero 1 de 2021, le dan a la transparencia un lugar central dentro del sistema arbitral. Se establece que la Corte podrá comunicar los motivos de un número amplio de decisiones importantes, si así lo solicita una de las partes⁷⁰⁷. Esta modificación propició que, con respecto a los arbitrajes iniciados

madera blanda canadiense a los Estados Unidos, se buscó la consolidación del procedimiento, con base en el Art 1126 del TLCAN. Los demandantes se opusieron a la consolidación, entre otras, por ir en contra de la consensualidad del arbitraje o de la autonomía de las partes en casos de que sus demandas fueran juzgadas por un tribunal al que no han dado su consentimiento. Pese a ello, el tribunal, teniendo en consideración que se daban los presupuestos contenidos en el TLCAN para la acumulación de demandas, procedió en tal sentido.)

⁷⁰⁶ BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22 Procedural Order No 8 March 23 2017.

⁷⁰⁷ Artículo 5 Apéndice II – Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje

con posterioridad a la entrada en vigencia de esta disposición, se publiquen en el sitio web de la CCI:

1. Los nombres y nacionalidad de los árbitros.
2. Su posición dentro del tribunal
3. La manera como fueron designados
4. El estado del trámite

Pese a lo anterior, en la actualidad no es posible conocer la causa petendi, la cuantía de las pretensiones, ni la información relacionada con el conflicto en sí mismo, al igual que no resulta posible acceder a las decisiones proferidas por el tribunal. A su vez, el acceso a las audiencias para sujetos diferentes a las partes, se encuentra restringida, por cuanto solo resulta posible si así lo autoriza el tribunal o las partes⁷⁰⁸

A pesar de los avances logrados en este foro, las disposiciones aún son insuficientes en lo que a transparencia se refiere. A la par, desde escenarios externos a los sistemas de resolución de disputas a través del arbitraje, se han hecho esfuerzos tendientes a desarrollar el tema, en concreto, en el ámbito de las Naciones Unidas.

4.6.3.3 La Convención de Mauricio

De forma adicional a las reglas sobre transparencia de CNUDMI, la Convención de las Naciones Unidas en Transparencia, adoptó la Convención de Mauricio, en diciembre 10 de 2014, la que entró en vigencia en octubre 18 de 2017 y que tiene como una de sus finalidades principales promover la transparencia en los arbitrajes de inversiones y facilitar el proceso de participación de los Estados en la aplicación de las reglas contenidas en el reglamento sobre la transparencia a los tratados existentes.

⁷⁰⁸ Artículo 26.3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Los objetivos perseguidos por la Convención podrían describirse de la siguiente forma:

- Contar con un instrumento práctico y eficiente que permita la aplicación a los tratados bilaterales ya celebrados, con independencia de la fecha del tratado subyacente a la disputa y las reglas aplicables al mismo, para que no sea necesario llevar adelante procesos de renegociación del tratado.
- Las disposiciones son aplicables a los arbitrajes de inversión que sean tramitados bajo las reglas CNUDMI, pero también pueden ser tenidas en consideración en cualquier arbitraje ventilado a la luz de cualquier tratado de inversión.
- Los Estados pueden formular reservas con respecto a a la aceptación del instrumento
- Los Estados pueden indicar frente a que tratados de inversión específicamente no resultará aplicable la Convención.
- El Estado puede declarar que las reglas de transparencia no se aplicarán a arbitrajes conducidos al tenor de reglas diferentes a las CNUDMI, como ocurre cuando la disputa se somete al CIADI.
- El Estado puede declarar que las reglas de transparencia de la CNUDMI no se aplicarán en los casos en los que es demandado

Estos avances en materia de transparencia propungnan por lograr una mejora sustancial dentro del sistema arbitral, que de llegarse a implementar al interior del CIADI, podrían repercutir favorablemente en la legitimidad del sistema, erigiéndose en un claro mensaje de lucha contra la corrupción.

4.6.4 VIOLACIÓN DE UNA NORMA FUNDAMENTAL DE PROCEDIMIENTO.

A partir de lo preceptuado dentro del texto de la Convención, para que resulte procedente la anulación del laudo, con base en la presente causal, debe acreditarse⁷⁰⁹:

- La violación de una norma fundamental de procedimiento.
- Debe ser un quebrantamiento serio de la norma.

Tal como se indicó en precedencia, una de las finalidades del recurso de anulación es asegurar la integridad del proceso, de tal forma que se respeten las disposiciones aplicables a la materia, por tanto, la presente causal tiene una relevancia significativa dentro de la finalidad del mecanismo.

El artículo 52 (1) (d) del Convenio CIADI establece en su versión castellana que será posible pedir la anulación en caso que “hubiese quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”⁷¹⁰, en tanto que la versión inglesa y francesa adiciona que la norma infringida sea fundamental⁷¹¹. Este escenario dificulta la aproximación a esta causal de anulación, por cuanto la mayoría de las reglas de procedimiento del sistema CIADI, que se encuentran básicamente contenidas en las reglas de arbitraje del CIADI, en particular en las reglas 29 a 38, se refieren a

⁷⁰⁹ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision annullment Proceeding, February 5 2002.

⁷¹⁰ Artículo 52 : “(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento;.....” (Versión en castellano)

Article 52: “ (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds::

(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure;” (Versión en inglés)

Article 52 : “ (1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l’annulation de la sentence pour l’un quelconque des motifs suivants :.....

(d) inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure ;....” (Versión en francés)

⁷¹¹ En la decisión proferida por el comité de anulación del caso Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/22, Decision on Annulment, February 2 2018, se remarcó las dificultades idiomáticas que se desprenden del artículo 52, del convenio CIADI, al ser diverso el sentido de los términos en la versión castellana e inglesa.

cuestiones como las fases orales y escritas del proceso, el manejo de la evidencia, así como los principios que guían la materia, el examen de los testigos y expertos, disposiciones que en consecuencia se encuentran relacionadas con el debido proceso, y que por tanto, encuadrarían dentro del concepto de norma fundamental al que acabamos de referirnos. Aún cuando pareciera un asunto sencillo, es aquí donde se presentan los mayores desafíos para los comités de anulación y en donde se puede identificar diversas inconsistencias en la aproximación que se hace en esta determinación, dado que no hay una disposición en el sistema que establezca cuales reglas de procedimiento deben ser consideradas como fundamentales.

En aras de hacer claridad en torno al asunto, resulta pertinente revisar el Proyecto de Reglas del Procedimiento Arbitral, preparado por la Comisión de Derecho Internacional y que fue finalmente aprobado en 1958. En ella se consideró como causal de anulación de la decisión, el quebrantamiento serio de una norma de procedimiento. Tal como se evidencia en los comentarios efectuados al borrador de la Convención⁷¹² se consideró que las causales se relacionaban con errores *in procedendo* y no con errores *in judicando* y por tanto, de conformidad con los criterios expuestos al interior de la Comisión, se diferenció entre la trascendencia de una eventual separación de una regla de procedimiento y el quiebre de una regla fundamental de procedimiento. Por tanto, al interior de la Comisión se consideró que se relacionaba con el derecho a ser oído, incluida la posibilidad de presentar pruebas y de controvertirlas, así como el derecho a un trato equilibrado e imparcial a las partes.⁷¹³

⁷¹² Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure by the International Law Commission at its Fifth Session, Doc A/CN.4/92.105. Disponible en https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_92.pdf

⁷¹³ El comité de anulación del Caso Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v.s Filipinas, ICSID No ARB/03/25 consideró que, aún cuando el convenio CIADI no define lo que debe ser considerada una regla fundamental de procedimiento, es posible basarse las reglas modelo de procedimiento arbitral, preparado por la comisión de derecho internacional, adoptada por la comisión en 1952. Por tanto, no todas las reglas de procedimiento del convenio CIADI son fundamentales y por tanto, debe restringirse al concepto de justicia natural.

Por su parte, en los *travaux préparatoires* de la Convención del CIADI, no se consignó una discusión al detalle sobre la cuestión. Es así como en el borrador de la Convención incluyó una disposición basada en las reglas recién comentadas de la Comisión de Derecho Internacional. En esta instancia, los representantes de Pakistan y China, consideraron conveniente especificar cuales eran las reglas fundamentales de procedimiento a las que se hacía referencia, pese a ello, Aron Broches, artífice de todo el sistema, rechazó la sugerencia y explicó⁷¹⁴ que el término “regla fundamental de procedimiento” no debe ser entendida como referida únicamente a las reglas de arbitraje CIADI, sino a las reglas de procedimiento en general, por tanto, aquí se incluyen los llamados principios de justicia natural, el derecho a ser escuchado y el tener una oportunidad igual para presentar el caso. Con base en estos criterios, uno de los miembros de la Comisión propuso durante el debate incluir el término principio en lugar de regla, para hacer mayor claridad y evitar consideraciones erróneas en torno a que las disposiciones en comento se aplicaban a cualquier clase de regla procesal. Esta propuesta fue rechazada por Broches, quien consideró que, al incluirse el término “fundamental”, automáticamente se hacía una referencia a los principios del proceso, antes que a las simples reglas procesales, adicionalmente a ello, por el hecho de escribirse reglas de procedimiento con caracteres minúsculos, se disipaba cualquier posible confusión⁷¹⁵

De conformidad con lo establecido bajo el artículo 52 (1) (d) deben concurrir tres (3) requisitos para que proceda la anulación del laudo:

- Debe identificarse la regla de procedimiento.

- Denotar la forma en que se dio el apartamiento de la regla fundamental

⁷¹⁴ BROCHES, Aron. 1994. Observation on the Finality of ICSID Awards” In Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and other subjects of Public and Private International Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff,

⁷¹⁵ International Centre for Settlement of Investment Disputes. 1970. History of the ICSID Convention, Vol II. Washington D.C. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf>

- Acreditar que el quebrantamiento es serio.

Al interior del CIADI son múltiples las posiciones en torno a lo que puede considerarse como una seria violación de una norma fundamental del proceso. De una parte, se evidencia la postura adoptada por el comité del caso MINE⁷¹⁶ en la que una parte es privada del beneficio o protección que la disposición buscaba darle:

“ Nor very departure from a rule of procedure justifies annulment; it requires that the departure be a serious one The departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide”

De otra parte, diversos comités, entre los que sobresale el caso Wena⁷¹⁷ han considerado que sólo será serio el quebrantamiento, en la medida en que se materialice un efecto en el resultado del proceso, por tanto señaló:

“In order to be a “serious” departure from a fundamental rule of procedure, the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed”

Por su parte el Comité del caso CDC⁷¹⁸ se apoyó en los razonamientos de los casos recién enunciados y por tanto estableció:

⁷¹⁶ Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4. Decision of the Ad hoc Annulment Committee, December 22 1989, para 5.05.

⁷¹⁷ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision Annulment Proceeding February 5 2002. para 83.

⁷¹⁸ CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14. Decision on Annulment, June 29 2005.

“A departure is serious where it is substantial and is such to deprive the party of the benefit or protection which the rule was intended to provide. In other words, the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had the rule been observed”

Es así como una norma de procedimiento puede ser considerada como fundamental en los casos en los que estas contienen los mínimos estándares que deben ser respetados en el aspecto procesal en perspectiva internacional. El parámetro guía en este aspecto serán los criterios procesales desde una visión internacional y por tanto, el quebrantamiento debe ser grave y este debe ser entendido y de tal magnitud que priva a una parte del beneficio que la norma pretendía concederle.

El quebrantamiento será grave si de haberse procedido de conformidad, el tribunal hubiese arribado a un resultado sustancialmente diferente al que habría alcanzado, de haberse respetado la norma en cuestión. Este criterio se relaciona con un aspecto cualitativo y otro cuantitativo⁷¹⁹, por cuanto el comité deberá considerar que el quebrantamiento debe ser sustancial y debe privar a la parte del beneficio o protección que la norma podía proveerle al afectado, por tanto, quien aduce la causal de anulación, debe demostrar el impacto que el quebrantamiento pudo haber tenido en el laudo⁷²⁰

De las decisiones a las que hemos hecho referencia se puede plantear que una norma será considerada fundamental, en tanto establezca estándares procesales mínimos que deben ser respetados según los criterios señalados en el Derecho Internacional, sin embargo, a la par se hace notorio que al interior del CIADI no

⁷¹⁹ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic) para 71. Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, July 30 2010.

⁷²⁰ Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12. Decision on the Annulment Application of Caratube International Oil Company LLP February 21 2014.

hay unicidad con respecto a identificar cuales son las normas procesales que deberían ser consideradas como fundamentales. Nótese como, los pocos tribunales que han propuesto una enunciación de dichas garantías, no han hecho una identificación uniforme de las mismas, lo que per se, contribuye en la inestabilidad del sistema, dado que, como ya se mencionó, al darse una violación seria a una norma de esta clase, resultará posible solicitar la anulación del laudo en los términos del artículo 52 (1) (d) de la Convención del CIADI u oponerse a la ejecución del laudo o solicitar su anulación del mismo, según lo dispuesto por el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, para aquellos arbitrajes adelantados en el ámbito CIADI a la luz de las reglas del mecanismo complementario.

Ahora bien, como se ha enfatizado, en el sistema CIADI no hay una disposición que enuncie las reglas de procedimiento que deben ser consideradas como fundamentales, no obstante, algunos tribunales han dejado entrever esbozos de sistematización y las han enlistado así:

1. Trato equitativo a las partes⁷²¹
2. Derecho a presentar el caso⁷²²
3. Carácter independiente e imparcial del Tribunal⁷²³
4. Tratamiento de la evidencia y la carga de la prueba⁷²⁴

⁷²¹ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1. Decision on the Applications for Annulment of the 1990 Award the 1990 Supplemental Award

⁷²² Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision (Annulment Proceeding) February 5 2002; Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide. December 23 2010, para 57; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). para 85, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007.

⁷²³ CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14. Decision on Annulment June 29 2005;

Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services v. Republic of Togo, ICSID Case No. ARB/06/7. Decision on Annulment September 6 2011.

⁷²⁴ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision of the Ad Hoc Committee May 3 1985; Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No.

5. Deliberaciones de los miembros del tribunal⁷²⁵

Es pertinente indicar que el Comité de anulación del caso TECO⁷²⁶ indicó que solo pueden ser consideradas como normas procesales fundamentales a aquellas normas de derecho natural que se vinculan estrechamente con la imparcialidad del procedimiento. Por tanto, se estructurará un quiebre a una norma fundamental de procedimiento, en los casos en los que el tribunal introduce conceptos, no ventilados en el asunto y por tanto se le restrinja a las partes la oportunidad de controvertirlos.

4.6.5 OMISIÓN DE LAS RAZONES FUNDAMENTALES DE LA DECISIÓN:

La expresión de motivos tiene como objetivo el asegurar que las partes puedan comprender el razonamiento del tribunal, haciendo perceptibles tanto los hechos, así como el derecho aplicado por el tribunal para llegar a conclusiones, sin que, en principio, les sea permitido a los comités evaluar la exactitud, ni la fuerza persuasiva del razonamiento del laudo, ni preguntarse por la consistencia de dicha motivación, dada la especial configuración del recurso de anulación en el marco del CIADI.

Sin embargo, los primeros comités ad hoc que resolvieron los recursos de anulación planteados, desarrollaron su actividad de una forma muy particular. Es

ARB/98/2. Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile. Para 297 February 28 2011.

⁷²⁵ CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14. Decision on Annulment June 29 2005.

En el caso Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/09/5. Decision on Annulment January 13 2015 para 105: Este Comité entiende que una norma fundamental de procedimiento es aquella que fija un estandar procesal

mínimo que debe ser respetado conforme al derecho internacional, como fue definido en Wena Hotels c Egipto. De una lectura de las decisiones recién mencionadas se puede identificar como violación de normas fundamentales las siguientes hipótesis (i) la falta de imparcialidad y el tratamiento desigual de las partes , (ii) la violación del derecho a ser oído (iii) la ausencia o abuso de deliberación de los árbitros (iv) la vulneración de reglas de la prueba (v) la vulneración de reglas de legitimación.

⁷²⁶ TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23. Decision on Annulment April 5 2016.

así como el comité del caso Klöckner⁷²⁷ cuestionó del tribunal el planteamiento de razones suficientes para adoptar la decisión exigiendo la presencia de una argumentación adecuada, por cuanto la que había sido plasamada la consideró insuficiente.

El comité del caso Amco⁷²⁸ señaló que el razonamiento del laudo debía estar consistentemente soportado, esto es, las bases indicadas por el tribunal y las conclusiones a las que este llega, postura similar a la que fue utilizada por el comité que se encargó de resolver el recurso de anulación del caso MINE⁷²⁹. En estas dos decisiones, los comités ad hoc fueron más allá de los precisos límites fijados por la Convención con respecto al recurso de anulación y fijaron un elevado estandar que a la fecha no ha vuelto a ser utilizado en los trámites de anulación.

Pese a las múltiples críticas de las que puede ser objeto la decisión del comité de anulación del caso MINE, al resolver el recurso, determinó como estandar aplicable con respecto a la razonabilidad de las decisiones, el que cualquier lector desprevenido pueda entender la decisión y la forma como el razonamiento va del punto A al punto B. Es así como dicho comité ⁷³⁰ señaló:

“ The requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Poin A to Point B, and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or law

The adequacy of the reasoning is not an appropriate standard of review under paragraph 1, because it almost inevitably draw an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal’s decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by article 53 of the Convention”

⁷²⁷ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2 Decision of the Ad Hoc Committee. May 3 1985

⁷²⁸ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1. Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment. Para 43 may 16 1986.

⁷²⁹ Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4. Decision of the Ad hoc Annulment Committee. December 22 1989.

⁷³⁰ Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4. Decision of the Ad hoc Annulment Committee para 5.05 December 22 1989.

Por tanto, la expresión de motivos se encontrará satisfecha si el laudo permite seguir la forma en que se va del punto A al B y a la conclusión del mismo, lo que excluye motivos contradictorios o frívolos. En consecuencia, el laudo será anulable en los casos en los que el tribunal no expuso las consideraciones que fundaron una decisión de modo tal que cualquier lector pudiera comprenderlas y ceñirse a ellas, sin embargo, al no ser la suficiencia en el razonamiento, un criterio de revisión en si mismo, el comité no puede señalar si el laudo es correcto o persuasivo, no obstante, de encontrarse razones contradictorias, procederá la anulación⁷³¹

En el caso Vivendi I⁷³² el comité estableció con claridad los criterios que deben ser tenidos en cuenta para considerar la motivación contradictoria:

- Las razones deben cancelarse mutuamente, por lo cual deviene en si mismo contradictorio.
- Deben corresponder a razones centrales que sirven como fundamento de la decisión.

En tanto que en el caso Soufraki⁷³³ el comité estableció que el tribunal no debía ocuparse de cada uno de los argumentos presentados por las partes, a la vez que afirmó la incompetencia del comité para determinar la corrección del laudo. Mientras que el comité del caso Luchetti⁷³⁴, concluyó que su papel se restringía a

⁷³¹ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. Decision on annulment, para 78. March 21 2007.

⁷³² Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). Decision on Annulment, July 3 2002.

⁷³³ Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7 Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki, June 5 2007, paras 128, 131

⁷³⁴ Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4 (also known as: Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru). Decision on Annulment September 5 2007. Para 98

establecer si la decisión contaba con una base legal y fáctica suficiente que soportara la decisión adoptada.

Tanto los tribunales, así como los comités ad hoc están llamados a analizar las pruebas con base en una discrecionalidad razonable y fundada, por tanto, no existe una obligación expresa de plasmar en las decisiones las razones por las cuales unas pruebas prevalecen sobre otras⁷³⁵, tampoco será necesario exigir que el tribunal se haya referido detalladamente a cada uno de los argumentos que son presentados por las partes. No obstante, puede aducirse la alegación de motivos insuficientes o inadecuados, lo que hace más sutil el enfoque, en los casos en los que el tribunal ha brindado algunas explicaciones relativas a su decisión, pero éstas son insuficientes desde el punto de vista lógico para justificar la conclusión del tribunal.

Por lo anterior, frente a los casos en los que el tribunal no explica las razones por las que rechazó determinados argumentos, pruebas o fuentes jurídicas que no eran relevantes o no necesarias para el análisis, no procederá la anulación del laudo. Lo mismo sucede en los casos en los que el tribunal no analizó cada una de los argumentos, pruebas o fuentes jurídicas que obran en el expediente, ya que el tribunal tiene discrecionalidad en saber sobre cuales argumentos presentados por las partes se centra.

Dado que esta causal no apunta exclusivamente al procedimiento,⁷³⁶ al interior del sistema CIADI ha sido utilizada por algunos comités ad hoc⁷³⁷ para interferir en los méritos de la decisión y en consecuencia, han sido múltiples

⁷³⁵ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment. January 24 2014.

⁷³⁶ Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v.s República de Gabón ICSID ARB/04/05. Decision on annulment, may 11 2010; Sociedad Anónima Eduardo Vieira v Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/04/7), Decision on Annulment, December 10 2010.

⁷³⁷ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision Annulment Proceeding February 5 2002

Diversos comités⁷³⁸ han adoptado esta visión, la que se aleja sustancialmente de la anteriormente descrita, que desnaturalizaba al recurso de anulación, dándole la apariencia de una apelación, con las implicaciones que esto genera para el sistema. En este sentido, al Comité le es dado únicamente cuestionar los razonamientos ausentes, incomprensibles, contradictorios y frívolos, por cuanto ir más allá, invadiría la órbita de competencia del Tribunal, desnaturalizando el recurso de anulación, sin embargo, podría darse el caso en el que un tribunal y un comité puedan arribar razonablemente a conclusiones diferentes, incluso opuestas con base en los mismos hechos y pruebas.

En el caso Suez⁷³⁹ el comité consideró que pese a no haberse identificado en el laudo de forma expresa la interpretación que había adoptado, ni los estándares utilizados por el tribunal que resolvió la disputa, esta situación no puede considerarse una omisión de los motivos planteados, por cuanto el Comité debe esforzarse por seguir los motivos del tribunal y poder inferir así de forma razonable la interpretación adoptada.

A su vez, otra parte de los Comités⁷⁴⁰ han hecho su análisis a partir de considerar que los laudos no pueden contener razonamientos que puedan ser categorizados como frívolos, por tanto, es exigible del tribunal que los razonamientos sean coherentes, sin pretender entrometerse en la labor del tribunal, analizando si fue correcto el razonamiento del mismo.

⁷³⁸ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). Decision on Annulment, July 03 2002, para 64; CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8; Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic. September 25 2007, Para 55; Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services v. Republic of Togo, ICSID Case No. ARB/06/7, Decision on annulment September 6 2011, Para 62; Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1. Decision on Annulment, January 7 2015, para 78.

⁷³⁹ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine. Decision on Annulment. May 5 2017, paras 290 – 295.

⁷⁴⁰ CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14. Decision on Annulment, para 70, June 29 2005

Como se señaló, se ha considerado que esta causal de anulación será procedente en la medida en que se presenten razonamientos contradictorios, que se cancelen entre ellos⁷⁴¹, conclusiones compartidas por comités de anulación en diversos casos⁷⁴². Es así como en el caso Mitchell se consideró que la causal de anulación debía ser declarada en la medida en que no se evidencie los argumentos en la decisión o los mismos sean inadecuados, de tal forma que afectan la coherencia de la decisión en si misma.

Con base en la causal analizada, así como las decisiones mencionadas, será procedente la anulación del laudo en los casos en los que se evidencie⁷⁴³:

- Ausencia de razones con respecto a un aspecto en particular de la decisión.
- Las razones expuestas por el tribunal son insuficientes o inadecuadas.
- Los argumentos usados por el tribunal son contradictorios
- El tribunal se abstuvo de resolver las cuestiones centrales planteadas por las partes.

De conformidad con los razonamientos planteados por los diversos comités que han resuelto recursos de anulación con base en la causal en comento, podemos considerar como obligaciones del tribunal con respecto a la motivación de los laudos:

⁷⁴¹ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2 Decision of the Ad Hoc Committee. para 116. May 3 1985; Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16.. Decision of the ad hoc Committee. March 25 2010. para 52

⁷⁴² Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4. Decision of the Ad hoc Annulment Committee para 5.09 December 22 1989; Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile, ICSID Case No. ARB/04/7. Decision of the ad hoc Committee of the Application for Annulment by the Claimant. December 10 2010, para 357; Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16. Notice of Resubmission Proceeding, November 12 2010.

⁷⁴³ El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15. Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 22 2014, para 220; Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27. Decision on Annulment, March 9 2017, para 118.

- Exponer las conclusiones pertinentes frente a las cuestiones de hecho.
- Señalar las conclusiones pertinentes en lo concerniente a los principios jurídicos aplicables.
- Establecer las conclusiones correspondientes en cuanto a la aplicación del derecho a los hechos.
- Expresar las razones de su decisión, lo que no implica las razones en las que se fundó el razonamiento, ya que las mismas pueden estar implícitas en las consideraciones y las conclusiones del laudo.

4.8 CONCLUSIONES PARCIALES

Dadas las particularidades del sistema CIADI que han sido abordadas en el presente capítulo, se denota la preeminencia de la autonomía de la voluntad dentro del arbitraje de inversión, lo que desde luego se proyecta a las normas que resultan aplicables a la disputa, lo que aunado a la deslocalización del sistema, permea el derecho procesal aplicable, sin embargo y pese a la preeminencia evidenciada, son persistentes los sistemas de control que buscan evitar el posibles desbordamientos que puedan materializar abusos.

El sistema procesal del CIADI aborda las fases generales del trámite, sin contar con una reglamentación pormenorizada de cada una de éstas, por tanto, el Tribunal jugará un papel determinante en suplir las *lacunae* que se puedan presentar en la materia, en un escenario sometido a múltiples cambios y siempre buscando preservar las garantías de las partes en disputa. A la par es cuestionable que el estándar y la carga de la prueba no está reglamentado dentro del sistema, con las inconsistencias que esto genera.

Dados los particulares costos y gastos que le son propios al sistema CIADI, el financiamiento de los trámites por parte de terceros es un fenómeno cada vez más frecuente en el panorama, a la par que lo es la solicitud de medidas provisionales, relacionadas con ésta materia, pero también aquellas tendientes a asegurar el

acceso a documentos y los resultados del proceso. A pesar de contarse con dichas herramientas, son excepcionales los casos en los que los tribunales han accedido a su decreto y los criterios no han sido utilizados de forma consistente en los pronunciamientos.

Uno de los mecanismos de control dispuestos por el propio sistema CIADI corresponde al recurso de anulación, el que sigue las líneas generales del arbitraje internacional. Pese a las bondades del mismo, como se evidenció, su mayor debilidad es la indeterminación en cuanto corresponde a las causales, la que se ve acrecentada por la falta de determinación de las garantías fundamentales en sí y en cuanto al contenido de las mismas, asunto que corresponde al centro de este trabajo y cuya propuesta de solución será desarrollado en el siguiente capítulo.

CAPITULO V

GARANTÍAS PROCESALES CIADI:

A partir de la configuración teórica que se ha dado en el derecho internacional, en el que diversos doctrinantes⁷⁴⁴ han reconocido la existencia de garantías procesales, que en todo caso tienen un funcionamiento particular, dependiendo del sistema de resolución de controversias en que han sido desarrolladas, elaboraremos una caracterización de las garantías procesales propias del arbitraje de inversión y posteriormente identificaremos las decisiones al interior del CIADI en las que las mismas han sido proferidas, para concluir señalando las que podrían ser reconocidos como garantías mínimas al interior del sistema, pese a que como se ha indicado en diversas ocasiones, no hay unicidad frente al asunto, así es, como en caso Total⁷⁴⁵ el tribunal determinó:

“Según se establece en el Documento de Antecedentes sobre el Mecanismo de Anulación del CIADI, de la historia de la redacción del Convenio del CIADI se puede concluir que la causal de “quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento” tiene una amplia connotación que incluye los principios de derecho natural, pero que excluye la no aplicación por parte del Tribunal de las normas ordinarias de arbitraje. Los redactores explicaron que la frase “norma fundamental de procedimiento” es una referencia a estos “principios”. “

⁷⁴⁴ CHENG Bin, 1953. *General Principles of law applied by International Courts and Tribunals*, London: Stevens.

KOTUBY, Charles and Sobota Luke. 2017. *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*. Oxford: Oxford University Press.

FAUCHALD, Ole Kristian. 2008. “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis”, *Eur. J. Int’l L.* 19.

⁷⁴⁵ Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01. Decision on Annulment February 1 2016, para 311.

La noción de garantías procesales, hunde sus raíces en el derecho romano, en el que aparecieron en las doce tablas, donde se establecía que la persona que tenía una pretensión, debía plantearla, delante del juez y de la persona contra quien formulaba la reclamación, con la posibilidad de presentar pruebas y testigos, nociones que se desarrollaron de distinta forma a lo largo del imperio romano, hasta que fueron recogidas en el Corpus Iuris Civilis de la época justiniana,

El desarrollo de las garantías procesales se dio al interior del derecho canónico, así como del estudio del derecho romano que floreció en la edad media, tal como se evidencia en el tratado *Speculum Iudiciale*, escrito por William Durant en el siglo XIII, el más antiguo conocido hasta este momento, en el que aparecen garantías que han llegado hasta nuestros días, tal como sucede con el principio *ne ultra petita*. A su vez, los desarrollos alcanzados por la Carta Magna de 1215, en la que se consideraba que el soberano estaba sujeto a la ley y se establecía que ninguna persona libre podía ser detenida o encarcelada o privado de sus derechos, bienes, ni ser excluido de la ley, ni desterrado o privado de su rango, ni usarse la fuerza contra el sujeto, salvo que se procediera con base en una sentencia judicial proferida por el juez natural y con apego a la ley. Pese a la trascendencia histórica de la misma, al texto no se le dio la relevancia adecuada y solo hasta el siglo XVII, sir Edward Coke se basó en ella para hacer oposición al poder del rey Carlos I, para tener posteriormente una destacada influencia en el Bill of Rights de 1689 y en la constitución de los Estados Unidos de 1789

A su vez, en el derecho inglés el parlamento refrendó el 7 de junio de 1628 la *petition of rights*, por medio de la cual se señaló que los derechos de los sujetos debían ser respetados y que nadie podía resultar procesado sin que se cumpliera con la ley.⁷⁴⁶ Se denota que en el common law, el debido proceso se desarrolló como garantía del derecho a la vida, la libertad y la propiedad, los cuales no podían ser afectados sin que mediara un juicio basado en el derecho, con reglas

⁷⁴⁶ BOGDANDY, Armin Von and BAST, Jürgen, 2010, *Principles of European Constitutional Law*. Oxford: Hart.

detalladamente preestablecidas. Esta tradición fue introducida en las Universidades inglesas, de tal forma que influyó en la configuración de las garantías procesales del common law, en las que se incluían, el derecho a ser oído, el derecho de defensa, la adopción de decisiones basadas en pruebas, así como la garantía del juez imparcial, objetivo y no arbitrario.

Por su parte, el civil law recibió una influencia adicional, a partir de los desarrollos mostrados en el siglo XII en el libro de las leyes de Alfonso X, conocido en la actualidad como Las Partidas y que contenía una compilación de normas sustanciales, procesales y de organización, desarrolladas por una importante comisión de juristas. La partida tercera trataba de la posibilidad de apelar las decisiones, así como reglas relacionadas con la evidencia, y de la forma de dar a conocer las decisiones. Desde luego, las partidas influenciaron toda la tradición jurídica de Latinoamérica, a través del derecho colonial, lo que se vio reflejado en el movimiento codificador, desarrollado entre 1822 y 1916.

Siendo precisos, puede indicarse que el debido proceso apareció con mucha mayor claridad en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) la cual se consolidó al incorporarse en la constitución de Francia de septiembre 3 de 1791, así como en los textos legales norteamericanos, a partir de la quinta y sexta enmienda a la constitución americana (1791), que tiene como antecedente la *Bill of Rights* de marzo 4 de 1789⁷⁴⁷.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso Hilton V. Guyot (1895), consideró que la esencia de esta garantía se materializa en poder llevar adelante un procedimiento ante el tribunal competente, siguiendo los procedimientos regulares, mas no algún tipo de procedimiento ad hoc, en el que debe impartirse justicia. Esta misma corte, estableció en la decisión Twining v. New Jersey

⁷⁴⁷ PIPPIN, Robert. 1999, *Modernism as a Philosophical Problem: On the Dissatisfactions of European High Culture*, Oxford: Blackwall Publishers.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

(1908)⁷⁴⁸, que desconocer el debido proceso equivale a ir en contra de los principios inmutables de la justicia natural, por lo cual es una condición fundamental prescrita en todos los sistemas legales que forman parte de los países civilizados.

Posteriormente, el debido proceso apareció en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 10, así como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1950, al igual que en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.⁷⁴⁹

Es pertinente insistir en que el contenido mismo de la noción de debido proceso varía dependiendo de las circunstancias específicas del caso en particular. En el common law se considera que el mismo es un concepto análogo de los principios que integran el *natural justice*, en tanto que en los sistemas romano – germánicos se le considera como parte del derecho de defensa⁷⁵⁰ por lo que la aproximación y contenido difiere entre uno y otro, así como la extensión y aplicación del mismo a los casos en particular.

5.1 NATURAL JUSTICE Y DEBIDO PROCESO:

Como noción jurídica, la justicia natural se desarrolló dentro de la tradición legal del common law, en todo caso, no ha sido pacífico y uniforme el camino para construir el concepto, incluso, en algunos momentos ha sido objeto de críticas por su vaguedad y amplitud⁷⁵¹, así como por la ausencia de determinación en un

⁷⁴⁸ CAHILL – O'CALLAGHAN, Rachel (ed). 2020. Values in the Supreme Court. Decisions, Division and Diversity. Oxford: Hart.

⁷⁴⁹ SANFORD, Kadish. Methodology and Criteria in Due Process Adjudication. A Survey and Criticism. The Yale Law Journal. Vol 66 No 3 (Jan, 1957) P. 319 – 363.

⁷⁵⁰ ABI – SAAB, George. 2010. Treaty interpretation and the Viena convention on the law of treaties: 30 years. London: Queen Mary Studies.

⁷⁵¹ DE SMITH, Woolf and JOWEL, Jeffrey. 1995. Judicial Review of Administrative Action. London: Sweet & Maxwell.

cuerpo normativo en particular⁷⁵² por tanto, la misma se ha desarrollado a través de los pronunciamientos de los tribunales.⁷⁵³ A su vez, una parte de la reacción a la que hacemos referencia se debió a que, contrastado con el civil law, este sistema cuenta con una construcción doctrinal amplia y sólida sobre la materia, en la que se parte de la consideración, con respecto al acceso a la justicia, como un derecho que no se limita únicamente a permitir el acceso de un sujeto a los tribunales, sino por el contrario, se extiende a la posibilidad de tener todas las condiciones necesarias para obtener justicia, sin que la misma se considere limitada a la posibilidad de presentar un caso ante una determinada Corte o la de ejercer el derecho de defensa para oponerse a la contraparte.

El pragmatismo que caracteriza a los sistemas sociales que forman parte de la tradición anglosajona, ha permitido concentrarse en los hechos, así como en el tratamiento de la evidencia, lo que ha resultado mucho más útil en la práctica que los elaborados discursos que sobre el particular se han desarrollado en el derecho continental europeo. El tratamiento disimil en la aproximación de los asuntos ha delimitado los rasgos característicos propios y por ello, en el sistema del civil law, las partes se encuentran parcialmente limitadas para llamar a sus testigos, así como para interrogarlos y contrainterrogarlos, y las sesiones en las que tienen lugar tales diligencias suelen ser cortas, en tanto que en el sistema del common law, es una nota característica esta clase de actuaciones procesales, en las que muchas de las sesiones a las que venimos haciendo referencia se realizan de forma previa a la iniciación del proceso, en tanto que las sesiones que se dan dentro del trámite, suelen ser extensas y por tanto, cualquier transgresión a éstas, constituyen un delicado quiebre de las garantías, que puede invalidar la totalidad del procedimiento, o por lo menos, la parte donde se presentó la restricción.

Así mismo, las diferencias se extienden a otras áreas del procedimiento, lo que define los contornos de la totalidad del mismo. Es así como en la tradición del Civil

⁷⁵² Lloyd v.s Mc Mahon, 1987 AC 625 702.

⁷⁵³ R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Selliah Arulanandam, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 12 June 1996

Law, el papel preponderante con respecto al desarrollo y articulación de la evidencia, está a cargo de quien administra justicia, en tanto que en el common law, es del resorte de los apoderados.

Desde esta perspectiva, en el derecho anglosajón, en múltiples ocasiones se ha utilizado el término natural justice⁷⁵⁴ para hacer referencia a la existencia de principios morales que se erigen como axiomas, con una validez plena que descansa en su propio contenido, que aún cuando en muchas ocasiones se usa de forma indistinta para referirse al derecho natural, de forma mayoritaria ha sido considerado por comprender dos garantías a saber: *audi alteram partem* y *nemo iudex in re sua*, las que, en una visión internacional, han sido descritas como “principios generales del derecho de los pueblos civilizados”⁷⁵⁵

En tanto que, el derecho a ser oído y a contar con un tribunal imparcial ha sido reconocido dentro del sistema del common law de antaño,⁷⁵⁶ incluso algunos tribunales⁷⁵⁷ han llegado a considerar al derecho a ser oído, con una naturaleza especial, a la vez que las cortes y los tribunales, han ido adaptando las garantías a las realidades propias del tiempo. Por su parte, la concepción de justicia natural no es concebida como un estándar que permite poner en tela de juicio el contenido de las reglas sustanciales, por tanto, la justicia natural, referida a la justicia formal, puede ser contrastada con el derecho natural, que se usa de forma mayoritaria para referirse al derecho sustancial, sin que resulte pertinente asimilar la noción formal a procesal, por cuanto este último concepto es usado para describir las reglas que gobiernan la iniciación y prosecución del trámite ante un tribunal, en

⁷⁵⁴ Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* hace una distinción entre la justicia natural y la justicia convencional señalando: “What is just in the city is in part natural and in part conventional or legal. What is naturally just.... does not depend on people deciding this or that; what is conventional is that which is originally indifferent but which, when it is established, is no longer indifferent” ARISTOTLE. 2009. *The Nicomachean Ethics* Oxford: Oxford University Press.

⁷⁵⁵ CHENG Bin, 1953. *General Principles of law applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens.

⁷⁵⁶ MARSHALL, Hedley. 1959 *Natural Justice*. London: Sweet and Maxwell.

⁷⁵⁷ R. v.s Chancellor of the University of Cambridge (1723) Court of Kings Bench. “Even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defense”

tanto que aquella, se refiere a la justicia sustancial, por lo que en esta visión, es una parte del derecho natural que se ocupa de la administración de justicia.

En esta perspectiva, el derecho a ser oído se vincula necesariamente con el tiempo para preparar el caso, siendo obligatorio darle a conocer a la contraparte la información completa y garantizándole las intervenciones, aunque éstas no sean orales, permitiendo por tanto, la posibilidad de defensa, en tanto que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, es una garantía que, en la visión clásica puede verse afectada por dos vías, el interés económico que puede haber con respecto al caso y las relaciones que se den con la parte o los testigos.

La indeterminación y vaguedad conceptual que encierra el propio concepto de justicia natural, fue reconocida por el mismo Aristóteles, quien indicó que esta no puede depender ni estar sometida a la persona que tenga a cargo la toma de la decisión y por tanto, corresponderá escudriñar en las particularidades del caso en concreto, según las circunstancias y la situación práctica⁷⁵⁸ toda vez que, la justicia viene de la naturaleza misma de las cosas y puede ser encontrada con un simple examen de la situación que se está llamado a resolver.⁷⁵⁹ Es así como en la visión aristotélica, la toma de una decisión basada en la evidencia y según las reglas prefijadas, *audi alteram partem* y *nemo iudex in causa sua*, corresponden a las tres reglas de la justicia procesal que son naturales o que están implícitas en la naturaleza de un sistema de adjudicación.

En la visión de Rawls, a cuyo pensamiento nos referimos en el capítulo II de este trabajo, la justicia, entendida como primera virtud de las instituciones sociales, junto a la verdad, como primera virtud de los sistemas de pensamiento, determina la justicia distributiva, por tanto, el punto central de esta visión se enfoca en determinar que tan impersonal debe ser la operatividad de las instituciones,

⁷⁵⁸ ARISTOTLE. 2009. The Nicomachean Ethics Oxford: Oxford University Press. V.7.1134b20 – 1135a10

⁷⁵⁹ AQUINAS Thomas. 2018. Summa Theologic. Claremont: Coyote Canyon Press. II – II, q60, a5.

distribuyendo beneficios y cargas a los miembros de la sociedad, a fin de lograr la materialización del precepto.

La doctrina y la jurisprudencia internacional han girado en torno a los diversos requisitos que deben ser observados por los administradores de justicia, en los distintos escenarios donde se ventilan cuestiones jurídicas, en el marco de la resolución de conflictos. Sobre el particular no existe una visión unívoca en el derecho internacional⁷⁶⁰ y por ello, no hay un listado cerrado de garantías procesales, lo que hace necesario revisar aquellas que tienen una estrecha relación con el arbitraje.

Una parte de la doctrina ha considerado que desde la perspectiva del derecho internacional, los principios, como axiomas que irrigan cualquier sistema normativo, se convierten en universales en la medida en que son aceptados por la mayoría de las civilizaciones, como una proyección que se genera desde los sistemas legales del ámbito nacional, sin que exista un acuerdo pleno en torno a la extensión y contenido de los mismos.⁷⁶¹

Algunos esbozos de sistematización se pueden identificar en algunos pronunciamientos en el ámbito internacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la opinión consultiva OC – 16 de 1999 enfatizó en la forma como el desarrollo histórico ha propiciado la protección del individuo y la realización de la justicia, lo que ha devenido en la incorporación de nuevos derechos procesales.⁷⁶²

Por lo anterior, vemos como, en diversos instrumentos internacionales han aparecido los derechos mínimos con que debe contar cualquier sujeto en el

⁷⁶⁰ WEIGAND, Frank Bernd. 2019. Practitioner`s Handbook on international arbitration. Oxford: Oxford University Press.

⁷⁶¹ PETROCHILOS, Georgios. 2004. Procedural Law in International Arbitration. Oxford: Oxford University Press

⁷⁶² ALFORD, Roger. 2003. The American influence on international arbitration. Notre Dame. Scholarly works, papers 562.

momento de enfrentarse a un tribunal, de conformidad con lo que se analizará más adelante.

De acuerdo con el abordaje que se ha hecho del tema a lo largo de este trabajo, resulta posible plantear que en la actualidad, el arbitraje internacional está cimentado en cuatro grandes proposiciones⁷⁶³:

1. La autonomía de las partes, que faculta a éstas para escoger libremente el lugar donde se ventilará el arbitraje, así como las personas que están a cargo de dirimir la diferencia.
2. La facultad para escoger el derecho aplicable a su controversia.
3. Los tribunales que ejercerán supervisión sobre las decisiones tomadas por el tribunal arbitral.
4. La posibilidad de establecer procedimientos completamente confidenciales.

5.2 LA DOCTRINA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO

En el aspecto doctrinal⁷⁶⁴, se aprecian diversas aproximaciones al tema de los principios que rigen el procedimiento arbitral. De un lado, Dicey⁷⁶⁵ consideró que los principios buscan poner al derecho por encima de la arbitrariedad, propiciando la igualdad entre los sujetos envueltos en el litigio.

Diversos autores se refirieron de forma general al tema, sin hacer planteamientos en concreto con respecto a cuales nociones deberían ser consideradas como

⁷⁶³ CHENG, Chia – Jui. 2022. A new global economic order. Leiden. Boston: Brill Nijhoff.

⁷⁶⁴ TWIGG – FLESNER, Christian (Ed). 2022. Foundations of International Commercial Law. London: Taylor & Francis Group.

⁷⁶⁵ DICEY, Albert Venn. 1932. A Digest of the Law of England with reference to the conflict of laws. London. Stevens & Sons Limited.

tales, sin embargo, una parte de los doctrinantes⁷⁶⁶ consideró que debían ser tenidos como principios procesales del derecho internacional los siguientes:

1. Supremacía de la jurisdicción
2. Principio de competencia
3. *Nemo debet esse iudex in propria sua causa*
4. *Audiatur et altera pars*
5. *Jura novit curia*
6. Necesidad y carga de la prueba
7. *Res Judicata*

Retomando las ideas propuestas a comienzos del siglo XX sobre la materia, una parte de la doctrina⁷⁶⁷ consideró que los principios básicos del procedimiento se desprenden de las nociones de:

1. Audiatur et altera pars.
2. Fundamentación de hecho y de derecho.
3. Doble instancia.

Con el paso del tiempo y del funcionamiento de diversos tribunales internacionales, otra parte de la doctrina⁷⁶⁸, señaló que deben ser considerados como principios generales del derecho procesal internacional:

1. Notificar a los implicados en el litigio
2. Imparcialidad e independencia de los encargados de administrar justicia
3. Derecho a ser oído y la igualdad de las partes
4. Impedir la posibilidad del fraude y la corrupción

⁷⁶⁶ CHENG Bin, 1953. *General Principles of law applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens.

⁷⁶⁷ BERGHOLTZ, Gunnar (Comp) 1998. *Coherence Theory of Law*. Lund. Jurisförlaget.

⁷⁶⁸ KOTUBY, Charles and SOBOTA Luke. 2017. *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*. Oxford: Oxford University Press.

5. Permitir la presentación de evidencia y la necesidad de la carga de la prueba
6. Res judicata

En el aspecto procesal internacional, varios han sido los intentos que se han realizado, con el ánimo de fijar unos parámetros o estándares que armonicen los procedimientos, garantizando el desarrollo de un trámite que brinde las mismas oportunidades a las partes, de los que el más relevante a la fecha ha sido el correspondiente a los principios ALI/UNIDROIT .

5.3 LOS PRINCIPIOS ALI/UNIDROIT

En lo concerniente a las garantías, dentro de lo que ha sido reconocido como derecho blando, en la órbita internacional se encuentran los principios transnacionales de procedimiento civil de ALI/UNIDROIT⁷⁶⁹, desarrollados por American Law Institute (ALI) y UNIDROIT, como parte de un esfuerzo para armonizar las normas de procedimiento aplicable a las disputas internacionales y que corresponde a un conjunto de reglas en el que se pueden resaltar los siguientes elementos basilares a saber:

- Independencia e imparcialidad de los jueces.
- Jurisdicción sobre las partes en conflicto.
- Igualdad procesal entre las partes.
- Representación a través de un abogado.
- Deber de notificar y a ser escuchado.
- Resolución pronta de los litigios.
- Las decisiones solo pueden adoptarse con base en las pruebas.
- Res judicata

⁷⁶⁹ PETERS, Lena (ed). 2021. International Institute for the Unification of Private Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

Así mismo, los principios ALI/UNIDROIT son mucho más específicos y en ellos se encuentra el *auditur et altera pars*, dentro del que se ubica el derecho a presentar argumentos ante un tribunal, acompañado de la correspondiente evidencia que soporta lo aducido, así como la posibilidad de exigir un trato justo y equitativo en aras de poder defender o atacar con base en sus derechos.

Nótese como y a pesar de lo útil que pueden resultar los esbozos que se han emprendido en la materia, en tanto el trabajo desarrollado por ALI/UNIDROIT propugnó por el establecimiento de un Procedimiento Civil Unificado, la adopción del mismo no ha tenido acogida, pese a que, al interior del Instituto de Derecho Europeo, se han utilizado estas disposiciones, para buscar desarrollar unas reglas Europeas de Procedimiento Civil. En tanto que la multiplicidad de visiones doctrinales, pocas luces arrojan sobre el panorama que hemos descrito a lo largo de este trabajo con respecto a las garantías procesales, máxime si se tiene en cuenta, la diversidad de nociones que existe sobre las mismas.

5.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

A lo largo del presente trabajo, se ha evidenciado el grado de indeterminación que existe, al interior del CIADI, con respecto a múltiples aspectos procesales, los que en distintas situaciones se vinculan con las garantías procesales. Las situaciones que hemos descrito se presentan dada la amplitud y vaguedad de la regulación, lo que en muchos casos se potencia con el proceder de los tribunales y comités ad hoc que resuelven los asuntos arbitrales, los que en distintas oportunidades modifican nociones ya planteadas o incluso adicionan nuevos desarrollos que no habían sido considerados. Una propuesta para la resolución de esa indeterminación es a lo que apunta el presente trabajo.

Ab initio, podría considerarse a los principios generales, como una noción que tiende a estabilizar el panorama al que se ha hecho referencia, teniendo en cuenta

que los mismos corresponden a conceptos extraídos desde el devenir empírico en el ámbito internacional⁷⁷⁰. Sin embargo, a partir del análisis de las garantías señaladas en los distintos pronunciamientos del CIADI, la propuesta va mucho más allá, de conformidad con el abordaje que se hace a lo largo de las líneas subsiguientes.

Con base en lo anterior y partiendo de los principios generales del derecho procesal reconocidos en el ámbito del derecho internacional y apoyado en las garantías fundamentales desarrolladas al interior del CIADI, plantearemos al Jus Cogens Procesal, como la noción que permite resolver la inestabilidad y ausencia de concreción a la que hemos hecho referencia en múltiples oportunidades.

Pese a su trascendencia, la noción de principios generales se remonta a la primera mitad del siglo XX, dado que, no fue hasta ese momento cuando se empezaron a abordar con claridad, a partir del trabajo realizado en 1920 por el Comité Asesor de Juristas⁷⁷¹, que prestaba sus servicios a la Liga de las Naciones, en aras de proponer el andamiaje jurídico que diera fundamento a la Corte Permanente de Justicia Internacional. Los miembros de la comisión procedían de distintos países y por tanto, se pretendió que de la confluencia de las diversas tradiciones jurídicas, surgiera un texto verdaderamente internacional, alejado de las corrientes o de las características propias de los derechos nacionales, pretensión que no estuvo libre de las tensiones propias de las diferentes posturas.

Una vez puesta en funcionamiento la comisión, se propuso incluir, como tercera fuente del derecho internacional, después de los tratados y de la costumbre internacional, a las reglas de derecho internacional reconocidas por las naciones civilizadas, lo que de inmediato generó la oposición de una parte de los miembros

⁷⁷⁰ GOULD, Harry. 2011. Categorical Obligation in International Law, 3 INT'L Theory P 254, 257, 266.

⁷⁷¹ De este comité formaron parte Edouard Descamps, quien lo presidió (Bélgica), Minneichiro Adatci (Japón), Rafael Altamira (España), Raoul Fernandes (Brasil), Francis Hagerup (Noruega), Albert de Lapradelle (Francia) Bernard Loder (Holanda), Lord Phillimore (Inglaterra) Arturo Ricci – Busatti (Italia) y Elihu Root (Estados Unidos)

de la comisión, al considerar que se le daban atribuciones legislativas a los jueces de la Corte, lo que conduciría a un abierto desconocimiento de la naturaleza consensual del derecho internacional.

Al interior del comité asesor se presentó un amplio debate con respecto a la definición, así como a la naturaleza jurídica que debían concedérsele a los principios generales del derecho⁷⁷². El delegado de Bélgica, propuso que en el estatuto de la Corte, los principios debían quedar consignados como “las reglas de derecho internacional reconocidas por la conciencia legal de las naciones civilizadas”, en tanto que los delegados de Inglaterra y Estados Unidos, propusieron que la fuente se circunscribiera a “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, mientras que el delegado Noruego consideraba que debía dejarse un texto que resultara menos restrictivo para la actividad que tendría que desempeñar la Corte, en tanto que el delegado de Italia, propuso que la noción de principios generales, debía incluir a los principios de equidad. A su vez, el delegado de Brasil propuso que los principios solo fueran aplicados, atendiendo a la tradición jurídica a la cual estaban adscritos los Estados inmersos en la disputa y siempre que tales principios no fueran rechazados. Es pertinente poner de presente que, para la época en que el Comité adelantaba su actividad, en la práctica arbitral, los principios, tenían un papel puramente interpretativo, como expresión de la equidad o como un simple argumento espontáneo.⁷⁷³

En éstas primeras discusiones, una parte del Comité consideró que las nociones de res judicata, equidad y justicia, *lex specialis derogat legi generali*, buena fe, igualdad, soberanía y justicia en la aplicación del derecho, debían incluirse dentro de los principios que se estaban considerando y por tanto, debían señalarse los mismos, de forma expresa, en tanto que otra parte de la Comisión estimó la

⁷⁷² HUDSON, Manley. 1943. The Permanent Court of International Justice, 1920 – 1942: A Treatise New York: Macmillan Co.

⁷⁷³ RAIMONDO Fabian (2010) General principles of law, judicial creativity and the development of international criminal law. In: Darcy, Shane, Powderly Joseph (eds) Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals. Oxford: University Press.

conveniencia de mantener el concepto abierto, sin hacer ninguna indicación específica sobre la comprensión de los mismos, no obstante, se enfatizaba en la inconveniencia de hacer un simple ejercicio de proyectar los principios de los derechos nacionales hacia la esfera internacional, por la limitación que esto implicaba. En sentido diverso, una parte del Comité consideraba que los principios generales no debían estar incluidos en el estatuto de la Corte, buscaban de esta forma evitar que se desnaturalizaran por la vía de su positivización.

La resistencia que acaba de mencionarse con respecto a incluir a los principios generales como fuente del derecho internacional, se basaba fundamentalmente en los conceptos desarrollados por los tratadistas en los años previos a 1920, por cuanto, en la visión clásica, se consideraba que las únicas fuentes del derecho internacional eran los tratados y la costumbre internacional. Es así como Vattel, en su tratado de 1758 sobre el Derecho de las Naciones, no se refirió a los principios generales del derecho y estimó que en los casos en los que las situaciones no se encontraban reguladas por los tratados, las mismas debían resolverse acudiendo al derecho consuetudinario internacional. Cabe resaltar que las referencias que se hacía en los textos de aquella época al concepto principios, se relacionaba con los que tenían un aspecto moral o político, mas no legal⁷⁷⁴.

Finalmente, al interior del Comité se terminó imponiendo la visión Anglo Americana de la materia y por tanto, fue desplazado el concepto “reglas de derecho internacional reconocida por las naciones civilizadas” por la noción de “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” con lo que se buscó, entre otras, reducir el poder de la Corte para crear normas internacionales. La disposición, fue incluida en la versión final del estatuto de la Corte y posteriormente se convertiría en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, posicionándose esta norma como una lista cerrada que contiene las fuentes del derecho internacional, lo que ha sido puesto en tela de

⁷⁷⁴ LESSAFFER, Randal. 2017 “Sources in the Modern Tradition: The Nature of Europe’s Classical Law of Nations” in Besson and D’Aspremont (Eds) *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

juicio en la actual época con el apareamiento, de las que podrían ser consideradas como nuevas fuentes del derecho, según el análisis hecho en el capítulo II de este trabajo.

La noción de fuente en el derecho internacional según Herczegh⁷⁷⁵, hace referencia a determinados actos legislativos, formas de manifestar las disposiciones legales, así como a métodos o procesos de creación, modificación o supresión del valor de las disposiciones. Por su parte, Lesaffer⁷⁷⁶ considera que las fuentes cumplen básicamente una función informativa, formativa y autoritativa. Partiendo de la base que la función informativa corresponde a aquella que se adscribe a encontrar un lugar en el que se pueda derivar un fundamento para los casos, en tanto que la visión formativa tiene como destinatarios a quienes están llamados a adoptar la decisión. Por último, la función autoritativa es aquella de la que se deriva el carácter obligatorio de las mismas.

El concepto fuente fue utilizado inicialmente por Cicerón, a modo de metáfora (*fons legum et iuris*) en su diálogo *De legibus*, en el que trató el tema del orden legal para una sociedad y por tanto, planteó la necesidad de auscultar en la fuente original del derecho y así poder encontrar los principios en la naturaleza misma⁷⁷⁷. Aunque el concepto fuente no es abordado en los términos modernos, sin duda, busca escudriñar los fundamentos mismos del derecho, así como de la justicia. Las ideas de Cicerón fueron retomadas en el renacimiento por Francois Connan, quien en 1553 publicó sus comentarios al Derecho Civil, en el que postuló a la razón humana como base del derecho, entronizando a Dios como origen último de todas las cosas. En esta obra el autor usa el término fuente, en un sentido que se aproxima al de las *partes iuris*, utilizadas por los romanos. Posteriormente, Hugo

⁷⁷⁵ HERCZEGH, Geza. 1969. *General Principles of Law and the International Legal Order*. Budapest: Akademia Kiadó.

⁷⁷⁶ LESAFFER, Randal 2017. "Sources in the modern tradition: The Nature of Europe's Classical law of Nations" in Besson and D'Aspremont (Eds) *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

⁷⁷⁷ CICERO, Marco Tulio, 2004. *De legibus*, London: Penguin Classics.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

Grocio en su Tratado de la Guerra y de la Paz de 1625, retomó el término fuente, usado por Cicerón, pero se situó en una posición más cercana a la de Connan.

Tal como lo describimos en precedencia con respecto a los principios generales, en lo que tiene que ver con el concepto fuente, el mismo, no fue tenido en consideración en las obras de los autores clásicos de la materia Wolff *Jus Gentium* (1749) o Vattel *Droit des Gens* (1758) y por tanto, la noción solo apareció nuevamente en los autores del siglo XIX⁷⁷⁸ al interior del derecho alemán y anglosajón.

A lo largo del siglo XIX, en las obras de Bergbohmls⁷⁷⁹ y de Jellinek⁷⁸⁰ se abordaron las fuentes del derecho internacional, su relación con los tratados y la manera como se encontraba conformado el derecho internacional contemporáneo. En tanto que a inicios del siglo XX Oppenheim⁷⁸¹ planteó la necesidad de encontrar en las fuentes, las reglas que cimentan a todo el derecho.

Kelsen por su parte, postuló una visión del derecho internacional, en la que se requería la coerción, dado que los Estados conducen sus relaciones internacionales y celebran los correspondientes tratados, atendiendo a sus intereses particulares, por tanto, el sistema internacional y su sistema de fuentes se consolida como el esquema de coerción normativo que se requiere para que el sistema funcione.

En una visión actual sobre el concepto fuente, D'Aspremont ha considerado que estas corresponden a la expresión de las prácticas más relevantes que se da

⁷⁷⁸ HAGGENMACHER, Peter. 2017. "Sources in the Scholastic Legacy: Ius Nature and Ius Gentium Revisited by theologians" in Besson and D'Aspremont (Eds) *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

⁷⁷⁹ BERGBOHM, Carl. 1876 *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts: eine behufs Erlangung des Grades eines Magisters des Staats - und Völkerrechts*. Dorpat C Matiesen.

⁷⁸⁰ JELLINECK George. 1880. *Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*. Wien: Alfred Hölder.

⁷⁸¹ OPPENHEIM, Lassa. 1905. *International law: A treatise*, Vol. I – Peace London: Longmans, Green and Co.

dentro de una amplia comunidad de abogados internacionales⁷⁸², en tanto que Spierman ha señalado que las fuentes son el resultado de la necesidad sentida por los abogados nacionales de complementar y separar los sistemas legales nacionales⁷⁸³. En la visión moderna, posterior a la expedición del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del derecho internacional describen las formas en las que las reglas y principios son expresados y son utilizados por quienes se encuentran inmersos en el ámbito legal internacional.

El abordaje del concepto, así como su extensión, debe ser resuelto a partir de los criterios desarrollados por la Corte Internacional de Justicia con base en el actual artículo 38 (1) de su estatuto, en el que se enlistan las que son consideradas fuentes del derecho internacional, entre estas, las tres tradicionales, a las que nos hemos referido: los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho, sin que resulte relevante el orden en el que se encuentran citadas dentro del estatuto, tal como fue planteado desde los trabajos preparatorios del estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia, dado que no se establece allí una relación de jerarquía⁷⁸⁴

Los principios generales del derecho internacional, han sido considerados por una parte de la doctrina⁷⁸⁵, como la fuente más importante del sistema, por cuanto propenden, entre otras, por asegurar la coherencia, así como llenar de contenido las disposiciones frente a las que se puede predicar la existencia de lagunas. Pese

⁷⁸² D'ASPROMONT, Jean. "The idea of "Rules" in the Sources of International Law", 84 Brit. Y Int'l L I, 103 (2014), P 128.

⁷⁸³ SPIERMANN, Ole. 2017. "The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: A purely Platonic discussion? In "in Besson and D'Aspremont (Eds) The Oxford Handbook of the Sources of International Law Oxford: Oxford University Press.

⁷⁸⁴ Permanent Court of International Justice: Advisory Committee of Jurists Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th–July 24th 1920, with Annexes 333

⁷⁸⁵ KAUFMAN Natalie and MOSCHER, Steven "General Principles of law and the UN Covenant on Civil and Political Rights" 27 Int'l & Comp LQ 3 596 (1978); KLEINLEIN, Thomas. 2017. "Customary International Law and General Principles: Rethinking their Relationship", in Lepard, Brian (Ed) Reexamining Customary Law. Cambridge: Cambridge University Press.

a lo enunciado, otra parte de la doctrina⁷⁸⁶ considera que estos no cumplen con el rol encomendado, debido a las limitaciones que le impone su misma configuración como fuente, llegando incluso algunos a tenerlos como una fuente de menor importancia⁷⁸⁷ o de menor categoría, meramente secundaria⁷⁸⁸ y en consecuencia algunos⁷⁸⁹ han considerado que los principios generales hacen parte del derecho blando, dado su carencia de certeza, así como la falta del consenso, de determinación lógica y de verificación empírica que ostentan los tratados y la costumbre internacional.

Otra parte de la doctrina ha considerado que los principios generales, sin los cuales un sistema legal no puede funcionar como un todo⁷⁹⁰, son a la vez, la base de las reglas de comportamiento, así como las reglas de comportamiento en sí mismas⁷⁹¹, por tanto, gozan en la práctica de la concreción requerida, a la vez que pueden considerarse abstractos⁷⁹². Estos principios se derivan del derecho natural y la justicia⁷⁹³ e incluso del propio derecho internacional y tienen como propósito suplir los vacíos legales dejados por el sistema, en los casos en que ni los tratados, ni la costumbre internacional cuentan con disposiciones aplicables⁷⁹⁴.

En la doctrina internacional se ha considerado a los principios generales fundamentales, como aquellos sin los cuales un sistema no puede funcionar, por

⁷⁸⁶ D'ASPREMONT, Jean. 2018. "What was not meant to be: General Principles of Law as a Source of International Law" in Pisillo Mazzeschi and De Sena (Eds) *Global Justice, Human Rights, and The Modernization of International Law*. Cham: Springer,

⁷⁸⁷ SCHWARZENBERGER, Georg. "The fundamental Principles of International Law" offprint from the *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye en ligne Vol 087* (Leiden: Brill / Nijhoff, 1955)

⁷⁸⁸ RAIMONDO, Fabian. 2008 *General Principles of law in the Decision of the International Criminal Courts and Tribunals*. Leiden: Brill/ Nijhoff.

⁷⁸⁹ ELIAS, Olufemi and LIM, Chin. "General Principles of Law", "Soft" law and the identification of international law" *XXVIII Neth. Y. Int'l L.* 3 (1997)

⁷⁹⁰ THIRLWAY, Hugh. 2014. *The sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

⁷⁹¹ HERCZEGH, Geza. 1969. *General Principles of Law and the International Legal Order*. Budapest: Akademia Kiadó.

⁷⁹² SCHWARZENBERGER, Georg. 1955. "The fundamental Principles of International Law" offprint from the *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye en ligne Vol 087* (Leiden: Brill / Nijhoff).

⁷⁹³ FITZMAURICE, Gerald. "The future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today, First Part of an Abstract of a Special Report Institute of International Law. Rome, 1973.

⁷⁹⁴ HUDSON, Manley. 1943. *The Permanent Court of International of International Justice, 1920 – 1942: A Treatise*. New York: Macmillan Co.

cuanto representan las bases mismas de este, a la vez que ejemplifican la denominación común de las reglas relevantes⁷⁹⁵, siendo un tipo específico de principio general, no obstante, como se aprecia, no es del todo clara la línea divisoria entre los principios generales fundamentales y los principios generales, de hecho, en la práctica, la Corte Internacional de Justicia se ha referido tanto a principios generales fundamentales, así como a principios generales de forma indistinta y sin hacer una precisión al respecto⁷⁹⁶

A su vez, en múltiples ocasiones, tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional, así como la Corte Internacional de Justicia equipararon los principios a las reglas, atendiendo a que, de una parte, éstas categorías aluden a modalidades de normas en relación con sus efectos⁷⁹⁷, o de otra, hacen referencia al concepto derecho, en el sentido de disposiciones aplicables⁷⁹⁸, por lo que la doctrina ha considerado que este tribunal ha aplicado los conceptos de forma intercambiable⁷⁹⁹, teniendo en cuenta que las tres fuentes del derecho internacional, contienen a la vez reglas y principios, incluso, en múltiples oportunidades, la Corte ha omitido asignarle un nombre al principio en alguna decisión particular, lo que no le hace perder la naturaleza propia, tal como sucedió con respecto a la protección diplomática en el caso *Mavrommatis Palestine Concessions*⁸⁰⁰, en el que el principio no fue mencionado de forma expresa, no obstante, en la jurisprudencia posterior a 1945 le fue asignado ese título, siendo entonces relevante el elemento central del principio, mas no la forma como el mismo sea denominado.

⁷⁹⁵ THIRLWAY, Hugh. 2014. *The sources of International Law* Oxford: Oxford University Press.

⁷⁹⁶ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S v Iran. Sentencia de mayo 24 de 1980).*

⁷⁹⁷ *Continental Shelf (Tunis/Libia) Judgment (1982)*

⁷⁹⁸ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahr.) Judgment (2001)*

⁷⁹⁹ MENDELSON, Maurice. 1996. "The International Court of Justice and the sources of international law", in Lowe and Fitzmaurice (eds) *Fifty years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁸⁰⁰ *Mavrommatis Palestine Concessions. Judgment (1924). P.C.I.J.* En este caso la Corte señaló "an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels".

La Corte Internacional de Justicia, dado el rol que le ha sido encomendado, utiliza como fuente central el derecho internacional, por tanto, en esta perspectiva es incorrecto considerar que los principios del derecho nacional forman parte del derecho positivo internacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 (1) (c) del estatuto de la Corte, incluso, desde 1928, en el ámbito de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso *Factory at Chorzow*⁸⁰¹, se señaló que los principios generales son un elemento del derecho internacional positivo. Cabe resaltar que dentro del derecho internacional que aplica la Corte, se encuentran los actos realizados por los Estados⁸⁰², los que son tenidos en cuenta al momento de adoptar las decisiones.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el derecho nacional ha sido tratado por la Corte Internacional como un simple hecho o evidencia⁸⁰³, no obstante, la Corte, en algunos casos, ha tenido en cuenta el derecho nacional para resolver las disputas en concreto, desde la perspectiva del derecho internacional⁸⁰⁴. Es así como, en los casos en los que la Corte ha identificado principios generales en la esfera del derecho nacional, los ha llevado a la esfera internacional, desligándolos de su contexto nacional en lo referente a historia e interpretación, por cuanto, como ha sido reconocido, el derecho nacional no tiene efecto en el derecho internacional, salvo que la Corte así lo decida⁸⁰⁵.

La Corte ha considerado que los principios generales del derecho, como parte del cuerpo del derecho internacional, crean derechos y obligaciones y por tanto se aplican de manera equilibrada y universal entre las partes en conflicto, sin embargo, ha sido una posición rebatida por los doctrinantes, por cuanto se ha

⁸⁰¹ *Factory Chorzow (Merits) Judgment (1928)*

⁸⁰² THIRLWAY, Hugh. 2014. *The sources of International Law* Oxford: Oxford University Press.

⁸⁰³ ZIMMERMAN, Andreas, OELLERS – FRAHM, Karim, TOMUSCHAT, Christian and TAMS, Christian (eds) 2012. *The Statute of the International Court of Justice: A commentary*. Oxford: Oxford University Press.

⁸⁰⁴ *Frontier Dispute (Benin/Niger) Judgment (2005) ICJ*

⁸⁰⁵ Algunos tratadistas han considerado que los aforismos romanos equivalen a principios del derecho, sin embargo, no todas estas expresiones utilizadas por la Corte pueden ser consideradas como tal.

considerado a los mismos como muy generales, de tal forma que no sería posible concretarlos en sentido específico, haciendo inviable su operatividad.⁸⁰⁶

Por su parte, otro sector de la doctrina considera que los Estados se encuentran obligados directamente por los principios.⁸⁰⁷ Así mismo, se reconoce en la doctrina una posición media, que considera que solo aquellos que puedan ser considerados fundamentales serán obligatorios, en tanto que los demás tendrán un mero efecto persuasivo. Esta posición de la doctrina se apoya en lo establecido por la Corte en algunos casos en los que se ha estimado que los Estados deben observar los principios contenidos en instrumentos que incluso, pueden no haber sido ratificados por ciertos Estados, por cuanto constituyen principios de la costumbre internacional⁸⁰⁸, por esta vía se podría llegar a la eventual conclusión que todos los principios generales obligarían indistintamente a los miembros de la comunidad internacional.

En la práctica de la Corte Internacional de Justicia, los principios generales del procedimiento han sido vistos como disposiciones que complementan la reglamentación que se encuentra establecida dentro del estatuto, así como las reglas de procedimiento ante la Corte, teniendo incidencia, tanto en los procedimientos ante la Corte, así como ante los jueces y los Estados. En una visión clásica, éstos tienen un limitado campo de acción, restringido únicamente a este foro internacional, a pesar de la autoridad de la que gozan sus decisiones, sin que sea posible proyectar efectos hacia otros sistemas internacionales, no obstante, es precisamente esta autoridad, la que propicia que se haga referencia a los mismos en diversos sistemas internacionales.

Pese a la indiscutible utilidad y múltiples funciones que dentro de cualquier sistema jurídico cumplen los principios generales del derecho, puede llegar a

⁸⁰⁶ LEPARD, Brian. 2010. Customary International Law: A new theory with practical application Cambridge: Cambridge University Press.

⁸⁰⁷ BASSIOUNI, Mahmoud. "A functional approach to "General Principles of International Law" 11 Mich. J. Int'l L. 768 (1990).

⁸⁰⁸ Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion July 8 (1996)

considerarse que, por su grado de abstracción e indeterminación, antes que contribuir en la resolución de la cuestión que nos hemos propuesto, produzcan un efecto contrario al buscado. Es por esto que acudiremos a la noción de JUS COGENS, a fin de establecer si por esta vía resulta posible acceder a la finalidad propuesta y si es admisible predicar la existencia de un JUS COGENS PROCESAL al interior del CIADI.

5.5 DETERMINACIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA CIADI

Como lo hemos planteado desde el inicio de este trabajo, al interior del CIADI no existe unidad de criterio con respecto a las que deben ser consideradas como garantías procesales fundamentales, por cuanto, en las normas del sistema, no se hace mención de las mismas, salvo en lo que tiene que ver con el artículo 52 (1) (d) de la Convención, sin embargo, ni en esta, ni en las reglas de arbitraje, ni en los pronunciamientos proferidos por los tribunales y los comités ad hoc, hay certeza con respecto a la materia mencionada. Nótese como, este tipo de contingencias es uno de los argumentos más usados en la doctrina que se opone al arbitraje de inversión, por cuanto se considera que los árbitros gozan de una amplia libertad de decisión, tanto en el aspecto sustancial, así como en el procesal, por lo que en muchos casos se caracteriza al sistema como inestable y carente de la consistencia necesaria para dirimir disputas con intereses tan relevantes como los que allí se ventilan.

Como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, en el sistema CIADI cada tribunal y comité de anulación ha abordado el tema de las garantías fundamentales de una forma en particular, incluso en la mayoría de los casos, el tema es tocado de forma tangencial, mas no tratado a profundidad, lo que propicia la indeterminación de las mismas y da pie para que en la práctica se presenten tratamientos disímiles, sin embargo y dado que la transgresión de las normas fundamentales da pie a la anulación de la decisión, según lo dispuesto por el

artículo 52 (1) (d) de la Convención, algunos comités de anulación han intentado precisar el tema, haciendo la identificación de las siguientes garantías:

1. Trato equitativo a las partes⁸⁰⁹
2. Derecho a ser oído⁸¹⁰
3. Carácter independiente e imparcial del Tribunal⁸¹¹
4. Tratamiento de la evidencia y la carga de la prueba⁸¹²
5. Deliberaciones de los miembros del tribunal⁸¹³

Con base en la configuración del sistema CIADI, así como del arbitraje de inversión y teniendo en cuenta las posturas tanto doctrinales, particularmente los desarrollos teóricos de la obra de Cheng y de Kotuby – Sobota, que no son coincidentes, así como las diversas decisiones adoptadas por tribunales relacionados con el sistema CIADI, puede proponerse como garantías fundamentales las que se describen a continuación dado que en ellas se enmarcan los fundamentos mínimos del derecho procesal internacional a los que nos hemos referido.

⁸⁰⁹ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1. Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment. may 16 1986, para 88.

⁸¹⁰ Klöckner I, Decision on Annulment, 3 May 1985, para 89 - 92; Wena Hotels v Egypt, Decision on Annulment, 5 February 2002, parag 57; CDC v Seychelles, Decision on Annulment, 29 June 2005, parag 49; Alimentos v Peru, Decision on Annulment, 5 September 2007, para 71; Fraport I, Decision on Annulment, December 23, 2010, para 197.

⁸¹¹ Klöckner I, Decision on Annulment, 3 May 1985, parag 95; Wena Hotels v Egypt, Decision on Annulment, 5 February 2002, parag 57; CDC v Seychelles, Decision on Annulment, 29 June 2005, para 51 - 55.

⁸¹² Amco I, Decision on Annulment, 16 May 1986, parag 90 - 91; Klöckner I, Decision on Annulment, 3 May 1985, parag 6.80; Wena Hotels v Egypt, Decision on Annulment, 5 February 2002, para 59 - 61

⁸¹³ Klöckner I, Decision on Annulment, 3 May 1985, parag 84; CDC v Seychelles, Decision on Annulment, 29 June 2005, para 58.

5.5.1 DEBIDO PROCESO⁸¹⁴:

El concepto que atañe a esta garantía se relaciona con una multiplicidad de matices, que lo hacen maleable, por cuanto está determinadamente influenciado por los actores a quienes atañe el mismo. Esta garantía, la típica por excelencia⁸¹⁵, corresponde a un conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que deben rodear los litigios, para legitimar la eventual afectación de ciertos derechos de los sujetos que intervienen en cualquier condición al interior del mecanismo de resolución.

El debido proceso ha sido típicamente dividido en dos categorías, atendiendo al ámbito de aplicación: - El debido proceso en lo sustancial y – el debido proceso referente a las etapas del trámite. El aspecto sustancial corresponde a una serie de derechos establecidos en el ordenamiento, en tanto que en el aspecto procesal se tienen en consideración los diversos pasos para poder hacer efectivos los derechos que están señalados en la parte sustancial, es decir, se establecen los límites al ejercicio del poder con base en reglas ciertas. Debe ponerse de presente que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida de lo posible la solución justa de una controversia y se encuentra conformada por una serie de actos, que son los que constituyen la garantía en si misma.

El debido proceso exige que todas las actuaciones se adelanten de forma transparente para cada una de las partes y que estas sean tratadas de forma equitativa, teniendo la oportunidad de ser escuchado y de controvertir las decisiones adversas. Tiene un papel de tal preponderancia que la violación de

⁸¹⁴ Una multiplicidad de tratados y estatutos arbitrales contienen la noción de debido proceso, sin especificarla o etiquetarla, y el término en las diversas lenguas se vuelve elusivo. En francés usualmente se habla del derecho a ser escuchado en un proceso adversarial (*droit d'être entendu en procédure contradictoire*) o el principio de contradicción, (*principe de la contradiction*). Por su parte, los alemanes se refieren al trato justo (*rechtsstaatliche Verfahren*) o a ser oído de acuerdo con el derecho (*Anspruch auf rechtliches Gehör*)

⁸¹⁵ RIVKIN, David (2012). The impact of international arbitration on the rule of law. Clayton Utz: University of Sydney International Arbitration Lecture.

esta garantía puede acarrear la anulación del laudo o el no reconocimiento de la decisión a nivel internacional⁸¹⁶

El debido proceso implica el derecho a un trato equitativo entre las partes a lo largo del proceso, que puede verse desde diversas perspectivas, siendo las más relevantes, la que corresponde a la constitución del tribunal que dirimirá las controversias en el área del arbitraje, en la medida en que cada parte tiene la misma posibilidad de intervenir en el proceso y participar en la constitución⁸¹⁷. A su vez, la intervención y poder de configuración a cargo de las partes de las reglas procesales, solo pueden ser comprendidas en el marco del trato justo entre éstas⁸¹⁸, siendo obligatorio que las partes actúen siempre con lealtad, evitando cualquier clase de comportamiento dilatorio⁸¹⁹, puede considerarse incluso que abarca los marcos de independencia e imparcialidad dentro de los que se debe desempeñar la función del tribunal⁸²⁰.

El derecho de acceder a un tribunal independiente e imparcial es considerado un principio del derecho y un derecho humano en múltiples instrumentos internacionales. Esta garantía tiene una importancia igual en el arbitraje internacional⁸²¹.

Así mismo, en la garantía del debido proceso se condensan la sumatoria de múltiples preceptos que lo integran y que se derivan fundamentalmente del *nemo*

⁸¹⁶ HALLIDAY, Terence and OSINSKY, Pavel. 2006 "Globalization and law" Annual review of sociology. Chicago: American Bar Foundation.

⁸¹⁷ Klöckner I, Decision on Annulment, 3 May 1985; Sociedad Anónima Eduardo Vieira v Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/04/7), Decision on Annulment, December 10 2010 paras 243, 375; SCHERER, Matthais, ICSID Annulment Proceedings Based on Serious Departure from a Fundamental Rule of Procedure, Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, 2007, P. 211-226.

⁸¹⁸ CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14. Decision on Annulment June 29 2005, para 34.

⁸¹⁹ Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1. Decision on Annulment, January 7 2015, para 94

⁸²⁰ Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36. Decision on Annulment June 11 2020, para 226

⁸²¹ Nord Stream 2 AG v The European Union, PCA Case No AA 761, Decision on Challenge to Mr. Peter Rees QC, December 9 2019.

iudex in causa sua y de audi alteram partem, así como la igualdad de las partes en el procedimiento, y el acceso a la justicia, las garantías procesales del tribunal, el secreto de las deliberaciones y el derecho a la decisión motivada.

Distintos tribunales del CIADI se han referido a la garantía del debido proceso, a la que en particular no le han dado un tratamiento unívoco, por su contenido y extensión. Es así como en el caso *Bureau Veritas*⁸²², al hacer el análisis correspondiente el tribunal consideró que al amparo de esta garantía no resulta viable proteger comportamientos que pueden ir en contra de los fines para los que ha sido constituido el tribunal y por tanto señaló:

“El Tribunal explicó que esa decisión se fundaba en la necesidad de equilibrio entre las dificultades de las partes y la obligación de conducir el procedimiento con razonable celeridad y concluirlo dentro de un plazo expedito y eficiente. El Tribunal reiteró que se habían cumplido los requisitos del debido proceso, que ambas partes habían intervenido plenamente en el proceso, incluso en cuanto al establecimiento del cronograma y la agenda para la audiencia sobre jurisdicción. El Tribunal señaló que comprendía los desafíos que enfrentaba el nuevo gobierno, sin perjuicio de lo cual consideraba justificada la continuación de la audiencia, en interés de una adecuada administración de justicia.”

Así mismo, al interior del CIADI se analizó el funcionamiento de la garantía dentro de un trámite al que concurrieron una multiplicidad de demandantes – inversionistas en contra del Estado, por tanto, el tribunal del caso *Abaclat*⁸²³ el que a la fecha ha sido la demanda colectiva con mayor número de inversionistas vinculados, determinó:

⁸²² *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9. Decision on jurisdiction May 29, 2009, para 43

⁸²³ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Decision on jurisdiction, August 4 2011, para 519.

“ El CIADI establece un mecanismo de arbitraje estándar. En la medida en que existen inversiones de diversa naturaleza y alcance, también es posible que el actual procedimiento del CIADI no se pueda adaptar plenamente para resolver una diferencia relacionada con cualquier clase de inversión. Ciertamente, cuando una inversión realizada al amparo de un TBI en cuyo marco se dispone el arbitraje del CIADI posee ciertas características particulares, estas características pueden incidir en la manera de tramitar el arbitraje y propiciar que el Tribunal adapte algunos aspectos del procedimiento estándar para dar efecto a la elección del arbitraje del CIADI. La necesidad de adaptar algunos aspectos del procedimiento de arbitraje estándar del CIADI es una mera consecuencia de la imposibilidad de prever todos los tipos posibles de inversiones y diferencias y, por cierto, no es motivo suficiente para cerrar la puerta del CIADI a los inversores que no son —inversores estándar que han realizado una —inversión estándar. No obstante, se entiende que, al realizar tal adaptación del procedimiento estándar, se debe tener en cuenta el principio general del debido proceso y lograr un equilibrio entre los derechos procesales y los intereses de cada parte.”

La disposición más importante de cualquier tratado bilateral de inversiones se relaciona con la extensión del consentimiento conferido por las partes y la clase de controversias que se ven envueltas en ellas. El alcance de este consentimiento en el aspecto *ratione materiae*, con base en el artículo 25.4 del convenio CIADI, se vincula normalmente con las controversias que tengan una relación directa con la inversión, lo que pone de presente la capacidad de seleccionar el tipo de controversias que se llevarán a arbitraje.

En lo concerniente al aspecto *ratione temporis*, una pregunta que ha suscitado controversia al interior de los tribunales y de los doctrinantes especializados, está relacionada con la facultad para un tribunal de ejercer su jurisdicción con respecto a conflictos preexistentes. De una parte, se ha considerado que el artículo 25 de la

Convención CIADI permite extender la jurisdicción a cualquier disputa legal originada de forma posterior a la entrada en vigencia del acuerdo⁸²⁴, en tanto que de otra parte⁸²⁵, se ha considerado que el requisito *ratione temporis* no está establecido en la Convención y por ello es irrelevante el momento en que se da la disputa.

La tendencia prevalente al interior del CIADI se relaciona con considerar que la jurisdicción del tribunal no se extiende a disputas preexistentes, a menos que el tratado bilateral así lo haya dispuesto. Es así como el tribunal del caso MCI Power Group⁸²⁶, estableció:

“La irretroactividad del TBI excluye su aplicación a las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor. Toda controversia surgida con anterioridad a esa fecha no es susceptible de ser sometida al sistema de solución de controversias establecido en el TBI. El silencio en el texto del TBI respecto a sus alcances en cuanto a las controversias anteriores a su entrada en vigor no altera los efectos del principio de la irretroactividad de los tratados”

En el marco de la garantía analizada, la exigencia del agotamiento del periodo de enfriamiento es uno de los temas álgidos en torno al que los tribunales se han dividido, por cuanto de una parte, múltiples tribunales han considerado que dicho periodo no corresponde a un requisito jurisdiccional, que impida acceder al

⁸²⁴ WAIBEL, Michael. 2015. Investment Arbitration: Jurisdiction and Admisibility. In Bungenberg, Marc, Griebel, Jörgn, Hobe, Stephan and Reinisch, August. (Eds) International Investment Law and Baden – Baden: C.H Beck, Hart, Nomos.

⁸²⁵ SCHEUER, Christopher. 2009. The ICSID Convention. A Commentary. Cambridge, Cambridge University Press.

⁸²⁶ MCI Power Group v. Ecuador (ICSID ARB/03/6) Award July 31 2007, razonamiento que se ha mantenido de forma persistente al interior del CIADI en diversos casos, entre otros, Ping An Life Insurance Company, Limited and Ping An Insurance (Group) Company, Limited v. The Government of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29. Award, April 30 2015, para 231; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, November 30 2018. Para 326; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1.

sistema, en tanto que otros tribunales han considerado como un requisito esencial el agotamiento del periodo de arreglo directo entre las partes, para poder acudir al tribunal arbitral, sin que haya unidad de criterio en torno al mismo y a la fecha aún se siguen dando decisiones encontradas⁸²⁷

Ahora bien, la noción de jurisdicción se relaciona directamente con la garantía a la que estamos haciendo referencia. Es así como de acuerdo con el artículo 25 de la Convención, el aspecto *ratione materiae*, limita la jurisdicción del tribunal a las disputas legales relacionadas directamente con una inversión, en la que intervenga, de un lado un Estado parte del acuerdo, en tanto que de otra debe corresponder a un nacional de otro Estado parte, ante lo cual se consolidarán los requisitos (*ratione personae*), cuyo consentimiento estará basado en los tratados de inversión, sin que en la práctica medie un acuerdo adicional entre las partes.

Por su parte y aún cuando la Convención no usa el término admisibilidad, diversos tribunales han hecho referencia a él para declinar el ejercicio de la jurisdicción y abstenerse de decidir determinados casos que le son sometidos, como ha sucedido en los procesos en los que los tribunales han considerado imposible llevar adelante un caso, teniendo en cuenta que no se han agotado los recursos legales a nivel local o se han omitido los periodos de negociación directa, por lo que los tribunales en desarrollo de la actividad encomendada han usado conceptos no incluidos en los instrumentos del CIADI. En este sentido, los tribunales de los casos Burlington⁸²⁸ y Murphy⁸²⁹ abordaron lo referente a los periodos de espera y establecieron que este no corresponde a un problema de

⁸²⁷ Esta disparidad de criterios se aprecia en el caso Tulip Real Estate and Development Netherland v. Turkey, ICSID ARB/11/28, Decision on bifurcated jurisdiction issues, marzo 5 2013, se consideró esencial el agotamiento del periodo de enfriamiento, en tanto que en el caso Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others. Award march 22 2013, se estimó que era una condición disponible y que por tanto no restringía el acceso al tribunal.

⁸²⁸ Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, ICSID case No ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, June 02 2010.

⁸²⁹ Murphy exploration and Prod. Co Int'l v. Republic of Ecuador, ICSID Case ARB/08/4, Decision on jurisdiction, December 15 2010.

admisibilidad, sino que es un defecto de jurisdicción, decisiones que han sido replicadas por los tribunales subsiguientes, particularmentcontinental⁸³⁰ y Kilic⁸³¹

La garantía recién descrita tiene un abordaje que abarca diversas facetas del escenario procesal que se presentan a lo largo de la disputa y por tanto debe mantenerse en todas las etapas del trámite sin que puedan operar restricciones o supresiones de la misma, dada la trascendente amplitud que le es propia.

5.5.2 IGUALDAD ENTRE LAS PARTES:

Desde una perspectiva amplia, la igualdad implica, la equivalencia de oportunidades de participación dentro del proceso, lo que conlleva la posibilidad de presentar evidencia y de oponerse a los medios de prueba aportados por la contraparte, en aras de lograr desentrañar la verdad del litigio. Es preciso señalar que las eventuales restricciones de acceso a la participación en los procedimientos no serán consideradas como una violación a la garantía⁸³², siempre que las mismas estén justificadas atendiendo a la configuración del sistema, por tanto y teniendo en consideración los parámetros fijados por la propia Corte Internacional de Justicia, serán inadmisibles las discriminaciones que se den por una razón distinta a la naturaleza y configuración del sistema de resolución de controversias⁸³³. Aún cuando se podría llegar a considerar que la igualdad entre las partes corresponde a un concepto que atañe al aspecto sustancial, resulta posible verlo representado en el aspecto procesal de las relaciones jurídicas, en diversas situaciones, como ocurre cuando los sujetos enfrentados dentro de un sistema de solución de controversias acogen unas posturas que, al encontrarse en contraposición, deben tener una igualdad en cuanto a las expectativas, así como

⁸³⁰ Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1. Award August 22 2012.

⁸³¹ Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1. Award July 02 2013.

⁸³² Judgements of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the U.N.E.S. C.O., Advisory Opinion of October 23, 1956: I.C.J. Reports 1956, p. 77

⁸³³ ALLEE, Todd and HUTH, Paul 2006. Legitimizing dispute settlement: International legal rulings as domestic political cover. American Political Science Review 100(2): P 219-234.

frente a las cargas propias del procedimiento. Esta garantía no riñe con algún grado de desbalance auspiciado por las normas, en alguna etapa del procedimiento, como el establecimiento de requisitos especiales para poder hacer uso de cierta clase de garantía, entre otras que cabría mencionar. A la vez que el encargado de dirimir el conflicto no está legitimado para desarrollar actividades que favorezcan abiertamente a una de las partes, ni mucho menos actuar para suplir las falencias en que pueden incurrir éstas a lo largo del litigio.

Este principio está estrechamente vinculado con la buena fe y es uno de los pilares esenciales del arbitraje internacional y de inversión⁸³⁴, que impide cualquier tipo de trato injustificado y discriminatorio y al cual se han referido diversos tribunales arbitrales⁸³⁵.

A la vez que múltiples son los instrumentos relacionados con el arbitraje, que contienen este principio, entre otros, el artículo 9 de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, el artículo 5 de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, así como el artículo 18 de la ley modelo de CNUDMI. A su vez, la importancia de este principio ha sido aliviada por la Convención de Nueva York de 1958, por cuanto se establece en el artículo V (1) como causal que impide el reconocimiento y ejecución de las decisiones en las que se evidencie el quebrantamiento de la misma⁸³⁶.

Este principio tiene una relación muy estrecha con el derecho de las partes a ser oído *audi alteram partem*, pese a que este forma parte de otra garantía, tal como lo precisaremos en líneas posteriores, cuya especial posición ha sido reconocida por los diversos instrumentos internacionales. Esta noción no se limita únicamente

⁸³⁴ Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8. Decision on Jurisdiction and Admissibility, November 17 2014.

⁸³⁵ Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, August 11 2015.
(ICC 3896/1992 – 6632/1993)

⁸³⁶ Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1. Judgment of the English High Court of Justice on Enforcement (2016) EWHC 153 (Comm) February 02 2016.

al derecho a ser escuchado, además se relaciona con la posibilidad para las partes de proponer los argumentos y razonamientos que considere pertinentes en cada etapa del proceso⁸³⁷. A su vez, cuenta con un especial reconocimiento, siendo incluso imperativo, en el artículo 18 de la ley modelo de CNUDMI, el cual considera que el tratamiento a las partes tiene que ser equilibrado, debiendo contar cada una de ellas con las mismas oportunidades para intervenir, proponer, defender o razonar dentro de los trámites en los que se dirimen las disputas.

La igualdad de trato entre las partes es una obligación y responsabilidad que recae sobre los árbitros, como directores del trámite, no solo por aquel que ha sido elegido por cada parte; por el contrario, este deber resulta mucho más imperativo para el tercer árbitro, esto es, aquel que eventualmente no es nombrado directamente por las partes y quien tendrá entonces el mayor peso dentro del tribunal en aras de hacer cumplir de forma efectiva este principio⁸³⁸.

La garantía de trato justo y equitativo que permea todo el derecho internacional de inversiones se desdibuja en las situaciones en las cuales no está garantizado el acceso a los tribunales. El tema ha sido debatido al interior del CIADI y fuera de él⁸³⁹ y los tribunales internacionales se han referido a este aspecto, fijando sus posturas con respecto a este asunto en particular.

Un análisis detallado de la garantía se dio en el caso *Compañía Nacional Iraní de Petróleo contra el Estado de Israel*,⁸⁴⁰ adelantado bajo las reglas CNUDMI que se suscitó a partir de un contrato de riesgo compartido acordado entre el inversionista y el Estado en 1968 en el que se encontraba establecido un pacto arbitral para resolver todas las controversias que se generaran por efecto de dicho contrato. El

⁸³⁷ Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/12/35. Decision on Annulment, September 17 2020, para 144

⁸³⁸ KOREMENOS, Bárbara. (2007). "If only half on international agreements have dispute resolution provisions. Which half needs explaining? *Journal of Legal Studies*. Chicago: University of Chicago Press.

⁸³⁹ *National Iranian Oil Company (NIOC) v the State of Israel*,

⁸⁴⁰ KÖNIG, Doris and WOLFRUM Rüdiger. (2008). *International law today: New challenges and the need for reform?* Berlin: Springer.

conflicto surgió entre las partes y la empresa Iraní en 1994. Por efecto de la disputa, la Compañía Nacional Iraní procedió a designar su árbitro para poner en funcionamiento el tribunal, sin embargo, el Estado Israelí se negó a hacer lo propio, debido a las decisiones adoptadas en el caso Manbar, relacionadas con el derecho penal, en el que se consideró a Irán como un enemigo de Israel.

Por lo anterior, el inversionista iraní acudió al Tribunal de Instancia de Paris para la designación del árbitro según el artículo 1493 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo que de facto se le estaba impidiendo acceder directamente a la justicia arbitral y por tanto limitando las posibilidades de resolver la controversia suscitada, pese a lo anterior, el tribunal francés se negó a designar el árbitro, decisión que fue modificada por la Corte de Apelaciones de Paris y la Corte de Casación Francesa.

La Corte de Apelaciones de París, en decisión de marzo 29 de 2001, consideró que la sociedad inversionista había sido puesta en una situación de incapacidad absoluta de acceder a la jurisdicción del tribunal, según los términos establecidos entre las partes, por lo cual se erigiría una denegación de justicia y profirió una decisión que obligó a Israel a designar el árbitro en un plazo máximo de 1 mes.

Ante este escenario, Israel recurrió la decisión y la Corte de Casación Francesa en fallo de febrero 01 de 2005 consideró que en los casos en los cuales se ha escogido resolver los conflictos por la vía del arbitraje, no permitir el funcionamiento de este mecanismo constituye una violación directa de los derechos establecidos en los diversos instrumentos internacionales, entre otros, la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 6 (1), por erigirse una clara denegación de justicia. Con base en lo anterior, estimó que en virtud del nexo que el caso tenía con el ordenamiento francés, a la luz del artículo 1493 del Código de Procedimiento Civil se confería competencia a la jurisdicción francesa para resolver la situación planteada, por cuanto con ello se perseguía el respeto del orden público internacional.

En febrero 10 de 2012 el tribunal arbitral finalmente conformado para dirimir el litigio, profirió un laudo que accedió parcialmente a las pretensiones del demandante. En esta decisión el tribunal arbitral señaló que la primera obligación de la parte de un acuerdo arbitral es la de designar al árbitro una vez se desata el conflicto, siendo admisible acudir a las cortes del Estado para forzar la designación, como en efecto lo hizo la parte demandante. A su turno, en el laudo se hace énfasis en que el Estado demandado tuvo oportunidad de exponer sus argumentos ante las Cortes Francesas, para oponerse al trámite arbitral y por tanto, las decisiones adoptadas por los tribunales estatales que estuvieron inmersos en el litigio, buscaban evitar que se materializara una posible denegación de justicia que afectara los derechos del inversionista demandante, por lo que el laudo proferido resultaba completamente válido.

El Estado vencido solicitó la anulación de la decisión ya referida ante los tribunales Suizos. En la solicitud de anulación el Estado adujo que la nominación de los árbitros no había sido efectuada de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas en el acuerdo arbitral y adicionalmente la solicitud se apoyó en un presunto error por parte del tribunal arbitral al haber asumido la jurisdicción, sin tener posibilidad de hacerlo, argumentos que fueron rechazados según decisión de Enero 10 de 2013 del Tribunal Federal Suizo⁸⁴¹.

Al interior del sistema CIADI, por la configuración del mismo y dado que su sistema de acceso se encuentra completamente delimitado a partir de las provisiones planteadas en la Convención artículo 37 (2) (b) en el que se señala la forma en que se designan los árbitros ante el acuerdo de las partes, no se han presentado casos similares al recién descrito, no obstante, en el caso *Abaclat*⁸⁴², el que quizá ha sido la demanda colectiva con la intervención del mayor número de

⁸⁴¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal on Israel's Request to Annul the 2012 Award and to Stay the Enforcement January 10 2013.

⁸⁴² *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Decision on jurisdiction and admissibility, august 4 2011.

inversionistas, interpuesta dentro del marco del arbitraje de inversión a la fecha, se discutió de forma profunda la igualdad entre las partes, así como el acceso a un procedimiento justo y equitativo.

La disputa se suscitó entre distintos inversionistas italianos y el Estado Argentino, con base en el acuerdo suscrito entre Italia y Argentina en mayo 22 de 1990, por los hechos derivados a partir de la reestructuración de la deuda Argentina vinculada con los bonos emitidos a partir de 1993, en el marco del plan de convertibilidad implementado, toda vez que se habían colocado en el mercado un total de bonos por un valor equivalente a US \$ 186.700 millones, de los que se obtuvieron un total de US \$ 139.400 millones representados en 83 clases de bonos en diversas monedas extranjeras. Estos bonos fueron adquiridos en diferentes jurisdicciones por los inversionistas vinculados con el caso al que nos estamos refiriendo.

Debido a la crisis económica desatada en Argentina a finales de la década de 1990, el Estado debió adoptar en 2001 diversas medidas buscando tratar de evitar la cesación de pagos. Es así como fueron adoptadas múltiples disposiciones normativas y se ofreció un canje global de deuda en febrero, junio y noviembre de 2001, no obstante, las medidas resultaron insuficientes y debido a la crisis política y social, el presidente del Estado junto a todo su gabinete renunciaron a sus cargos en diciembre 19 de 2001. La crisis se profundizó el 23 de diciembre de 2001, fecha en la que oficialmente Argentina entró en cesación de pagos al anunciar su diferimiento en el pago de mas de US \$ 100.000 millones de deuda externa representada en bonos, de los cuales US \$ 27.500 millones de bonos estaban en manos de europeos, la mayoría italianos, en un grupo de aproximadamente 600.000 personas.

En septiembre 18 de 2002, en Roma, por iniciativa de la Asociación Bancaria Italiana, ocho importantes Bancos italianos crearon una asociación que buscaba preservar los derechos vinculados con los títulos argentinos tratando de llegar a un

acuerdo con el Estado Argentino, por lo que recibieron el mandato de más de 450.000 bonistas que eran titulares de una inversión con un valor aproximado de más de US \$ 12.000 millones . Esta asociación fue constituida bajo la legislación italiana. A su vez, en enero 12 de 2004 en Roma, se organizó el Comité Mundial de Tenedores de Bonos Argentinos, creada por iniciativa de tres importantes grupos de bonistas y dos bancos, representando en total a mas de 500.000 inversionistas con un valor aproximado de US \$ 37.000 millones.

En septiembre 14 de 2006 aproximadamente 180.000 inversionistas presentaron ante el CIADI la solicitud de arbitraje, grupo que posteriormente se redujo a 60.000 demandantes. El Estado Argentino se opuso a la admisión de la demanda arbitral, argüyendo que no se cumplía las condiciones de la jurisdicción del CIADI y por tanto, la acción constituía un abuso dentro del régimen de inversiones, que atentaba contra su propia naturaleza, A su turno, el Estado adujo que los inversionistas habían adquirido sus instrumentos de forma individual, en distintos momentos y circunstancias. A su vez, el Estado se opuso por cuanto ni el Convenio CIADI, ni el tratado bilateral permitía las reclamaciones colectivas y en consecuencia, al no haberse consentido un procedimiento como el que se pretendía adelantar, se estaba dando un trato no equitativo a las partes, con el consiguiente incumplimiento de las previsiones del Convenio, además de aducir que el tribunal carecía de jurisdicción *ratione materiae* por corresponder a negocios no efectuados directamente con el Estado Argentino, a la vez que, desde la visión del Estado, se apreciaba la ausencia de jurisdicción *ratione personae*, por cuanto los demandantes no eran inversores y no cumplían con los requisitos de nacionalidad establecidos en el tratado bilateral.

El tribunal se pronunció haciendo un análisis de los requisitos de jurisdicción señalados en el artículo 25 del Convenio, para concluir que se cumplía con los mismos y por tanto, resultaba procedente el estudio y resolución de la demanda colectiva intepuesta, por cuanto se trataba de una disputa con una naturaleza eminentemente jurídica, en tanto estaba en discusión la existencia o alcance de un

derecho u obligación jurídica o una diferencia relativa a la naturaleza o el alcance de la reparación que debe efectuarse por el incumplimiento de una obligación jurídica. En este caso el tribunal estimó que las reclamaciones no eran solamente contractuales, por cuanto estaban basadas en tratados y fundadas en actos de una entidad soberana. Así mismo se estableció que el conflicto surgió directamente de una inversión, por cuanto la adquisición por los demandantes de derechos sobre valores en bonos argentinos constituyen una contribución que reúne los requisitos del artículo 25 del Convenio CIADI,

Dentro del trámite se probó que la disputa se presentó entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado, teniendo en consideración que el requisito de nacionalidad es doble, por cuanto estaba sujeto a una condición positiva y negativa, dado que el inversor: (i) debe poseer la nacionalidad de un Estado contratante y (ii) no debe poseer simultáneamente la nacionalidad del Estado receptor, siendo este requisito una condición objetiva para la aplicación del convenio, que no está sujeto al acuerdo entre las partes. El criterio debe ser cotejado en otra perspectiva con respecto a las personas jurídicas, dado que pueden estar controladas por una entidad extranjera, debiendo entonces ser tenido en consideración la nacionalidad efectiva del inversor.

El tribunal en la decisión reafirmó que procedía con base en el consentimiento escrito y expreso de las partes, el que podía constar en un tratado y por tanto debía entenderse la cláusula de arbitraje como una oferta escrita válida para resolver disputas por la vía del arbitraje, a la vez que dicho consentimiento puede estar reflejado en un contrato de inversión, herramienta que habilitará al tribunal arbitral.

El tribunal consideró que lo referente a establecer la viabilidad de los procedimientos masivos corresponde a una cuestión de admisibilidad y no de consentimiento y analizó la cuestión a partir del marco histórico en el que fue creado el Convenio, dado que para ese momento no existían los procedimientos

colectivos y que no se contaba con disposiciones dentro del marco jurídico del CIADI, sin embargo, consideró que esta clase de procedimientos implica necesariamente una adaptación de las reglas procesales aplicables al caso.

Pese a que categóricamente el tribunal consideró⁸⁴³ que solo se podían efectuar modificaciones de las reglas procesales existentes con sujeción al acuerdo de las partes, de conformidad con las normas mínimas de procedimiento equitativo y en la medida en que las reglas que se modifican no sean imperativas, el tribunal determinó que el Estado argentino debía mantenerse en el proceso frente a la demanda colectiva presentada, toda vez que la adaptación del proceso se efectuó con base en el artículo 44 de la Convención, que le da facultades al tribunal para llenar de contenido las lagunas procesales.

A su turno, el tribunal concluyó⁸⁴⁴ que la limitación del derecho de Argentina a la tramitación individual de las reclamaciones homogéneas en un caso como el planteado, resulta menor a la eventual afectación del derecho de defensa del Estado, ante la posibilidad de tener que afrontar 60.000 procesos de forma separada a la vez que se satisfacen de esta manera los derechos procesales de los demandantes, al darle trámite a la demanda colectiva, sin que tal proceder constituya una mengua a la igualdad procesal de las partes inmersas en la disputa arbitral.

Recordemos aquí que los principios de igualdad en el trato y la independencia e imparcialidad judicial, son tratados por separado en la mayor parte de instrumentos internacionales. Pese a lo anterior, la relación es casi inescindible. Por ejemplo, en el artículo 9 de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI y en el artículo 12 de la ley modelo de CNUDMI, se pone de presente lo afirmado. A su vez, el artículo V de la Convención de Nueva York, establece como fundamental en los tribunales arbitrales, la presencia de la imparcialidad, independencia y neutralidad,

⁸⁴³ Idem para 522.

⁸⁴⁴ Ídem paras 545 - 546

como bases sobre los que debe erigirse todo el régimen arbitral. Por su parte, en el ámbito del CIADI, el artículo 14 (1) del Convenio CIADI hace referencia a la necesaria independencia que debe estar presente en todos los trámites, debiendo tener los árbitros, reconocida competencia en el campo del derecho e inspirar plena confianza en su imparcialidad en el juicio, pese a que la versión en inglés y en francés no incluye el término expresamente⁸⁴⁵.

Tanto la independencia así como la imparcialidad⁸⁴⁶, se han erigido como basilares en si mismas, en la medida en que el arbitraje se ha posicionado como una vía eficaz de resolución de conflictos, que ha eliminado las largas esperas de la resolución del litigio, y de evitar los potenciales desvíos o faltas de imparcialidad de parte de las cortes nacionales, lo que puede enunciarse como una garantía para los inversores extranjeros.

En este marco, al interior del CIADI se ha reconocido la imposibilidad de favorecer a una de las partes a lo largo del trámite, por cuanto el tribunal debe obrar como garante del equilibrio que debe primar entre las partes inmersas en la disputa, es así como en el caso *Pezold*⁸⁴⁷ el tribunal determinó:

“The Arbitral Tribunals therefore find that the Respondent has raised certain jurisdictional challenges and new defenses after the time limits set for doing so in these cases and under the Arbitration Rules. The question remains whether “special circumstances” exist, within the meaning of Rule 26(3), so as to engage the Tribunals’ discretion to admit these challenges and defenses after the time when they ought to have been pleaded. The fact of external counsel having been retained at a late date is not, in the Arbitral Tribunals’ consideration, sufficient in itself, in the circumstances of these

⁸⁴⁵ CLEIS, María Nicole. (2017) *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*. Leiden, Boston: Brill.

⁸⁴⁶ *Canepa Green Energy Opportunities I, S.á r.l. and Canepa Green Energy Opportunities II, S.á r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/4. Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator Peter Rees. February 10 2020.

⁸⁴⁷ *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15. Procedural order No 3, January 11 2013, paras 49 - 50

cases, to justify a finding of “special circumstances” within the meaning of Rule 26(3). The Tribunals do not find the analogy to default proceedings to be apposite for the same reasons articulated by the Claimants. That is, the issue is not the Respondent’s right to be heard, but rather the Parties’ equal right to due process and a fair proceeding, which includes respect for the time limits fixed by the Tribunals for each step in the proceedings.”

Claramente por la vía de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en la definición de los litigios, se asegura el principio de igualdad en la aplicación de las normas correspondientes, así como la seguridad jurídica, por cuanto las decisiones deben ser razonablemente previsibles. De igual forma, se puede hablar de una coherencia en las decisiones, que se logra en la medida en que las normas sean aplicadas de forma igualitaria a los sujetos⁸⁴⁸

A su vez, en el caso Metalpar⁸⁴⁹, el comité de anulación abordó la garantía, teniendo en consideración las disposiciones contenidas en la ley modelo CNUDMI y por tanto consideró:

“Según se explicó anteriormente, por razones que el Tribunal desconoce, las Demandantes no presentaron, en la audiencia que se programó y se celebró, precisamente, con el objeto de que el Tribunal y cada una de las partes pudiera examinarlos, a los peritos y testigos propuestos por las partes. Las Demandantes procedieron en la forma indicada a pesar de que el Tribunal les había señalado, conforme a la Regla 34 (3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que estaban obligadas a presentar dichos peritos y testigos, para que fueran interrogados por Argentina y el Tribunal, según se reseña en los párrafos 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 50 y 51 anteriores. En consecuencia, el Tribunal se encuentra imposibilitado de fundar su

⁸⁴⁸ NEWMAN, Laurence and HILL, Richard. 2008. The leading arbitrator’s guide to international arbitration. Oxford: Jurisnet.

⁸⁴⁹ Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5. Award June 06 2008. Paras 152 - 153.

decisión en los hechos y conclusiones que esos testigos y peritos supuestamente hubieran demostrado, según el decir de la Demandantes. Proceder en forma contraria implicaría incurrir en una grave desigualdad procesal en perjuicio de la parte Demandada la que, en forma expresa, había pedido que se presentaran esas personas, con el fin de interrogarlas. Además, el Tribunal valora el hecho de que la República Argentina sí trajo a sus peritos y testigos a la audiencia y las Demandantes tuvieron amplia oportunidad de interrogarlos en esa ocasión.

Tampoco podrá el Tribunal basar su decisión en los documentos presentados en la audiencia por los doctores Juan Andrés Fontaine y Hernán Salinas, cuando interrogaron a algunos de los peritos presentados por Argentina, aunque el Tribunal se reserva el derecho de usar, para aclarar lo sucedido, lo que ellos manifestaron en la audiencia. Aceptar la incorporación de las opiniones y dictámenes de peritos al proceso, por la vía de la interrogación de los peritos de la contraparte implicaría colocar a esta última en una evidente situación de desigualdad procesal, al no haber podido examinar dichas opiniones y dictámenes ni haber tenido la oportunidad de interrogar a quienes los prepararon.”

En el marco del caso Azurix⁸⁵⁰ el tribunal consideró que aún cuando las partes presenten de forma oportuna, precisa y justificada la solicitud de pruebas, el tribunal goza de la atribución legal para rechazarlas, además de señalar que carecía de facultades para obligar a una de las partes a entregar los medios de prueba que benefician a la contraparte, teniendo en cuenta que de conformidad con las reglas probatorias, el que alega debe probar.

Con base en este principio, los tribunales deben asegurarse que en las determinaciones que se deben adoptar en torno a la jurisdicción y admisibilidad de

⁸⁵⁰ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12. Decision on Annulment, September 1 2009, paras 215 - 220.

las disputas, las partes deben ser tratados de forma igualitaria y cada una debe satisfacer los requisitos correspondientes, por tanto, cada parte debe contar con la misma oportunidad para presentar los argumentos y la evidencia correspondiente, la que deberá ser analizada a partir de criterios objetivos y con base en éstos deberá determinar la admisibilidad de los medios, así como su trascendencia, lo que deberá evidenciarse en las diversas etapas de la disputa. De igual forma, en los casos en los cuales alguna de las partes tenga algún tipo de limitación o privilegio para el manejo probatorio del litigio, debe dársele el mismo tratamiento a la otra parte, en aras de propiciar el tratamiento igualitario a los sujetos

5.5.3 DERECHO DE DEFENSA:

En las confrontaciones litigiosas, debe dársele la oportunidad al sujeto de ser oído, haciendo uso de sus propios argumentos, así como de controvertir, contradecir y objetar las pruebas, de solicitar la práctica y evaluación de cada una de éstas, haciendo uso de todos los mecanismos contenidos en las disposiciones normativas⁸⁵¹. Esta garantía se constituye en piedra angular de todo el proceso y busca brindarle al sujeto la posibilidad de oponerse a los ataques formulados por los oponentes dentro del esquema procesal, intentando impedir la arbitrariedad, así como contribuyendo a la búsqueda efectiva de la verdad⁸⁵². De igual forma, implica la posibilidad de desarrollar las actividades propias del sujeto dentro del litigio, sin que esta pueda restringirse a un simple formalismo, por el contrario, debe estar llena de contenido jurídico.

Esta garantía se evidencia de forma plena en el aspecto probatorio, por cuanto debe darse la oportunidad a los sujetos de aportar y solicitar los medios correspondientes, que permiten acreditar los diversos hechos de la causa. En este aspecto debe tenerse en cuenta los parámetros que guían la prueba, en cuanto a

⁸⁵¹ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12. Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 1 2009, para 250.

⁸⁵² CARRUBA, Clifford. GABEL, Matthew and HANKLA, Charles. 2008. "Judicial behavior under political constraints evidence from the European Court of justice" American Political Science review. American Political Science Review, Volume 102, Issue 4 , November 2008. P. 435 - 452

pertinencia, conducencia, relevancia, sin que la denegación de un medio de prueba, por no reunir los atributos recién mencionados, pueda ser considerada per se, una violación de la garantía referida⁸⁵³.

Las pruebas, deben ser aportadas a los procesos, teniendo en cuenta siempre las regulaciones propias del derecho bajo el cual la prueba fue creada. En los casos en los cuales se relacionan con información susceptible de algún Estado o de alguna organización internacional, deben ser tenidas en cuenta dichas limitaciones.⁸⁵⁴ Es entonces a través de esta garantía que se materializa en parte la igualdad de los sujetos, así como la contradicción que le impone al tribunal el deber positivo de evitar desequilibrios o exclusiones entre las posiciones procesales que ostentan las partes o limitaciones a la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado que las ponga de facto en estado de indefensión.

Dentro del derecho de defensa, se encuentra el de contradicción, representado en el antiguo aforismo, *nemo inauditus damnari potest*, del que se desprende que cada uno de los sujetos inmersos en el litigio pueda hacer uso de la posibilidad de intervenir en cada una de las etapas de la controversia, desde su misma iniciación, sin embargo, esta garantía no debe ser entendida como una comparecencia física total ante el tribunal, por cuanto está encaminada a propiciar la presencia jurídica de los interesados⁸⁵⁵

En algunas etapas del procedimiento puede suceder que esta garantía se atenúe, como acontece en el caso del decreto y práctica de medidas cautelares, ya que, en aras de lograr su efectividad, se requiere que las mismas solo sean conocidas por el afectado una vez han sido practicadas, con el propósito de asegurar el objeto del litigio o prevenir que se hagan nugatorios los efectos de la decisión.

⁸⁵³ BROWER, Charles. (1994) Evidence before international tribunal: The need for some standard rules. The international lawyer. Vol. 28 No 1 (Spring 1994). P 47 – 58.

⁸⁵⁴ ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1. Procedural Order No. 3 Concerning the Production of Documents, October 4 2001.

⁸⁵⁵ MACKENZIE, Ruth, SANDS, Philippe and SHANY, Yuval. (2003). "International Court and Tribunals and the Independence of the international judge" Harvard International law journal.

De igual forma, de esta garantía se desprende la intangibilidad de las pretensiones formuladas por la parte demandante, las cuales no pueden ser modificadas, una vez se encuentra completamente trabada la Litis, sin que ello implique que el tribunal es libre de adoptar cualquier decisión que considere correcta en cuanto se mantenga dentro del marco normativo que han delimitado las partes⁸⁵⁶.

Ahora bien, es pertinente resaltar que cualquier menoscabo efectivo al derecho de defensa con trascendencia al interior del proceso arbitral, dará lugar a la anulación de la decisión. Esta clase de menoscabos, pueden estar relacionadas con la falta de audiencia para presentar una prueba o para contradecir los medios de prueba presentados por la contraparte, en igual sentido que la denegación del decreto de los medios de prueba que cumplen con los requisitos para tal fin, así como la ausencia de notificación de la designación de uno de los árbitros, dada la restricción que ello implica en la posibilidad de adelantar una recusación.

El artículo 61 (2) de la Convención del CIADI, le confiere al tribunal la autoridad para establecer y asignar los costos del arbitraje entre las partes, lo que se apareja con el contenido del artículo 58 del mecanismo complementario de arbitraje. Estos preceptos pueden constituir un desafío para esta garantía al interior del CIADI, toda vez que la eventual ausencia en las partes de medios económicos puede impedir la interposición de la demanda o restringir el derecho de contradicción en cabeza del Estado receptor de la inversión que ha sido demandado, máxime si se tiene en cuenta la duración del trámite y la generación permanente de gastos a lo largo del proceso, tal como lo revisamos detalladamente en el capítulo III de este trabajo.

⁸⁵⁶ Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12. Award, June 5 2012.

El comité del caso Wena⁸⁵⁷ se refirió particularmente a la garantía del derecho de defensa y al contenido del mismo

“This includes the right to state its claim or its defense and to produce all arguments and evidence in support of it. This fundamental right has to be ensured on an equal level, in a way that allows each party to respond adequately to the arguments and evidence presented by the other. Both Parties accept these basic principles. The Applicant makes an additional reference to "the application of the burden of proof" which it further explains in respect of the specific complaints raised in connection with the ground for annulment of Article 52(I)(d) of the Convention.”

En el caso Impregilo⁸⁵⁸ el tribunal estimó que no se materializaba una violación del derecho de defensa de una de las partes en los casos en los que no son tenidas en cuenta las pruebas en la decisión proferida y por tanto no se viola ninguna norma fundamental de procedimiento, dado que el tribunal goza de una amplia discrecionalidad sobre la materia, en lo que corresponde a la valoración probatoria y de los argumentos presentados por las partes, siempre que la decisión se encuentre debidamente soportada.

El comité ad hoc del caso Daimler⁸⁵⁹ estableció que los tribunales están facultados para distribuir las cargas probatorias entre las partes, sin que lo mismo implique el

⁸⁵⁷ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision on annulment February 5 2002.

⁸⁵⁸ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17 Decision of the ad – hoc Committee on the application for Annulment, January 24 2014.

⁸⁵⁹ Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1. Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28. Decision on annulment December 30 2015, Paras 284 – 285: “Como ya se observó, el Laudo debe ser interpretado en su contexto, y los párrafos y oraciones no pueden interpretarse ni se les puede asignar un significado aislado de la parte en la que están incluidos o los párrafos relacionados que les dan contexto. Una lectura de los párrafos anteriormente citados y una revisión del Laudo deja en claro que el Tribunal no impuso la carga de la prueba en ninguna de las Partes. Simplemente afirmó que el consentimiento del Estado no puede presumirse y, por lo tanto, debe demostrarse. Posteriormente, el Tribunal observó que su obligación, en base a las distintas cuestiones planteadas por las Partes, era identificar la verdadera intención de los Estados cuando expresaron su consentimiento al TBI. De lo anterior surge que el Tribunal no impuso a Daimler una indebida

quebrantamiento del derecho de defensa, por cuanto la actividad probatoria debe tender al esclarecimiento de los hechos alegados por las partes como fundamento de la disputa.

En el marco de la garantía a la que estamos haciendo referencia, las partes tienen la posibilidad de acceder a la totalidad de la información del caso, sin que sea admisible la restricción a la misma, siendo posible en consecuencia controvertir los medios aportados y solicitar que se tengan como tales los presentados por la parte, lo que incluye a los testigos y a los expertos que deben intervenir en la disputa. En el mismo sentido y con base en esta garantía no será posible la variación de la argumentación de las partes una vez van precluyendo las etapas procesales correspondientes, por tanto, el proceso se adelantará de conformidad con los hechos y pretensiones aducidos en la etapa correspondiente.

5.5.4 JUEZ COMPETENTE INDEPENDIENTE E IMPARCIAL (*Iure Juge Naturel*)

Esta garantía busca de forma preliminar, que haya pleno conocimiento acerca de quien es el llamado a dirimir el litigio, por tanto, el sujeto puede acudir a resolver su conflicto, de tal forma que no es admisible ventilar asuntos ante tribunales, que no estén previamente establecidos, salvo que las partes así lo acuerden directamente. Por tanto, el encargado de dirimir la controversia debe estar señalado en el cuerpo normativo correspondiente, sin que se pueda obviar esta garantía a costa de alegar obtener justicia de forma pronta.

Con el paso del tiempo, en el derecho internacional ha ido tomando fuerza la no aceptabilidad de los tribunales ad hoc o especiales para dirimir ningún tipo de litigio o llevar adelante juzgamientos, más que en casos excepcionales, tal como sucede en el arbitraje de inversión⁸⁶⁰. Esta tendencia se ve con claridad en el arbitraje internacional, en el cual solo podrá darse la intervención del tribunal, en la

carga de la prueba que sea equivalente a un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.”

⁸⁶⁰ Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada, ICSID Case No. ARB/16/16. Award, March 27 2020.

medida en que una disposición así lo habilite. A partir de este principio se ha decantado que quien dirime el litigio, no está obligado a responder a cada uno de los argumentos presentados por las partes, salvo los que son fundamentales para la construcción de la decisión. De igual forma, los tribunales no están obligados a sustentar la decisión más que en la evidencia que es realmente consistente⁸⁶¹

En el mismo sentido, el tribunal debe ser independiente e imparcial en el ejercicio de la función encomendada, en aras de garantizar de forma plena los derechos de los intervinientes en el litigio⁸⁶². Esta garantía se encuentra establecida en diversos instrumentos internacionales (artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.) En el marco del CIADI, la garantía se encuentra resguardada dentro de las previsiones contenidas en el artículo 52 (1) (d) del Convenio, por corresponder a una garantía fundamental del trámite arbitral.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en diversas resoluciones se ha referido al principio del juez natural. Puntualmente en la resolución 1989/32, le hizo la recomendación a todos los Estados tener en cuenta los principios que forman parte del borrador de la declaración de independencia judicial⁸⁶³.

Este principio se considera como un derecho humano que permite a los interesados que concurren ante el tribunal que dirime un litigio, tener la garantía de ser escuchado por quien tiene la competencia para dirimirlo, atendiendo a lo

⁸⁶¹ PAULSSON, Jan. (1996). *International Handbook on Commercial Arbitration: National Reports and Basic Legal Texts*. London. The Hague: Kluwer law international.

⁸⁶² WATERS, Melisa. (2005). "Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law". *Georgeown law journal*. P 93.

⁸⁶³ A través de la decisión 1980/124 del Consejo Social y Económico de las Naciones Unidas, se autorizó a Mr L.M Singhvi para preparar el reporte sobre la independencia e imparcialidad en la justicia, los jueces, asesores y la independencia de los abogados, producto de ello surgió la Declaración Singhvi. En la sesión 45 de la Comisión de Derechos Humanos, se aprobó la resolución 1989/32 y se invitó a los gobiernos a tener en cuenta los preceptos contenidos en la declaración ya mencionada.

establecido previamente para tal fin, por lo que los tribunales especiales, posteriores, con reglas no pactadas de forma previa a la aparición del litigio, riñen con este principio⁸⁶⁴

El principio del juez natural se encuentra estrechamente relacionado con la transparencia, la razonabilidad y la equidad, lo que implica que quien ejerza el rol de administrar justicia debe considerarlos en el momento de tomar decisiones, buscando no afectar los derechos de los sujetos intervinientes. A la luz de este principio, el tratamiento que se da a los sujetos inmersos en el litigio debe enmarcarse dentro de la igualdad, por lo que no resultarán admisibles ninguna clase de trato discriminatorio.⁸⁶⁵

En el ámbito del CIADI, se ha establecido con claridad que los tribunales encargados de dirimir las disputas sometidas a arbitraje, deben permanecer dentro de una estructura, que debe conservarse, a saberse y en la que se haga prevalecer los requisitos jurisdiccionales imperativos, las reglas de derecho aplicable, así como las cuestiones sometidas al tribunal

El convenio CIADI en el artículo 14 (1), prohíbe la parcialidad y la falta de independencia en el actuar de los árbitros. En este sentido se requiere que los árbitros tengan un alto nivel moral y que puedan las partes confiar en que ellos adoptarán una decisión basada en criterios de imparcialidad e independencia. El texto de la norma en comento difiere entre las traducciones oficiales, por cuanto, como ya se señaló, se usa tanto el término independencia, como el término imparcialidad de forma indistinta, aún cuando en la práctica se ha exigido el cumplimiento de ambos principios a la hora de decidir.

⁸⁶⁴ KURKELA, Matti and TURUNEN, Santtu. 2010. *Due Process in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

⁸⁶⁵ MERRY, Sally Engle. 2006. *Human rights and gender violence: Traslating international law into local justice*. Chicago: University of Chicago Press.

En el aspecto al que venimos haciendo referencia, el comité de anulación del caso Suez⁸⁶⁶, resaltó la diferencia de traducción con respecto al artículo 14 de la Convención, en lo concerniente a las calidades de los árbitros, por cuanto la versión inglesa no incluye el término imparcialidad, la que si aparece en la versión española y señaló:

“Las Partes aceptan que el término “constituido correctamente” en el Artículo 52 (1) (a) es una referencia a los requisitos del Capítulo IV, Sección 2 del Convenio del CIADI, que incluye el Artículo 40 (2) en referencia a las cualidades de un árbitro previstas en el Artículo 14 (1). La Demandada señaló, de forma correcta, que los textos en inglés y en español del Artículo 14 (1) no son idénticos: en tanto el texto en inglés dispone que los árbitros serán personas que “may be relied upon to exercise independent judgment”, el equivalente en español exige a los árbitros que deben “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”. Si bien la versión en inglés no incluye una referencia explícita al requisito de imparcialidad, hay consenso en que el Artículo 14(1) exige, en efecto, que los árbitros sean tanto independientes como imparciales. En este sentido, el Comité está de acuerdo con la Demandada en que la confianza de las partes en la independencia y la imparcialidad de los árbitros que deciden sobre su caso es esencial para garantizar la integridad del procedimiento y del mecanismo de resolución de diferencias como tal; por eso, en principio, la ausencia de las cualidades enumeradas en el Artículo 14(1) puede constituir una causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(a). Dicha conclusión es coherente con la determinación realizada por el comité ad hoc de EDF c. Argentina y también con la intención aparente de los autores del Convenio del CIADI.”

⁸⁶⁶ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine. Decision on Annulment. May 5 2017, para 77.

Con base en lo anterior, en el marco del recurso de anulación adelantado ante el CIADI, en los casos en los que el comité ad hoc, encuentre una causa suficiente para anular, parcial o totalmente el laudo, deberá proceder de conformidad con lo probado, por lo cual, no se requiere acreditar la existencia de dependencia o parcialidad, sino que basta con establecer su mera apariencia, a partir de un estándar objetivo de apreciación .

El principio al que nos estamos refiriendo puede ser abordado y desagregado con base en los preceptos que describen a continuación:

- Nemo iudex in causa sua

El aforismo romano *Nemo debet esse iudex in propria causa sua, quia non potest esse iudex et pars* (Nadie debe ser juez de su propia causa porque no se puede ser a la vez juez y parte) se relaciona con la postura que debe tener el juez dentro de todo el procedimiento, adoptando una posición imparcial e independiente y tomando las decisiones de forma objetiva, con base únicamente en la evidencia que obre dentro de las diligencias⁸⁶⁷ Este principio implica la garantía de ser oído por la entidad que adelanta la actuación en cada una de las fases del procedimiento en las cuales se construye la decisión, con la certeza de imparcialidad e independencia, por parte de quién está desarrollando la actividad, poniéndose de presente una completa incompatibilidad entre las condiciones jurídicas de juez y parte.

Este principio tiene una importancia fundamental tanto en la visión del common law, en el que es considerado como uno de los componentes básicos de la doctrina de la justicia natural, así como en la visión del civil law, donde se considera como parte de las reglas que gobiernan el ejercicio mismo de la función

⁸⁶⁷ SCHWARZENBERGER, Georg. (1976). A Manual of international law. London. Stevens

judicial⁸⁶⁸. La resolución de disputas implica para los sujetos envueltos en el conflicto, confiarle la solución del mismo a un tercero, quien debe actuar necesariamente de forma imparcial e independiente, procediendo de forma equitativa, neutral y objetiva en la construcción de la decisión⁸⁶⁹

Cabe resaltar que el derecho a un tribunal independiente e imparcial es un derecho humano básico, garantizado por los diversos instrumentos internacionales que se ocupan de la protección de los mismos. Así está claramente señalado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos⁸⁷⁰ Por su parte, la Asamblea General de la ONU en las Resoluciones 48/137 de diciembre 20 de 1993, así como en la 50/180 de septiembre 22 de 1995, se refieren concretamente a este principio, el que es considerado como un derecho humano en si mismo.

La regla a la que estamos haciendo referencia, se relaciona directamente con la credibilidad y legitimidad de la función jurisdiccional desarrollada por los distintos tribunales, no solo en el ámbito nacional, sino en el internacional, ya que el mismo es una muestra de juridización de los sistemas de resolución de controversias, lo que ha propiciado la adopción de estándares comunes como la independencia e imparcialidad de los jueces internacionales, que se encuentran expresados en los principios de Burgh House a la independencia de la judicatura internacional, elaborados en 2004 en Inglaterra (International Law Association, 2004)⁸⁷¹ los que

⁸⁶⁸ WHYTECK, Christopher Alexander. 2008. "The litigation – arbitration relationship in transnational dispute resolution. Empirical insights from the U.S Federal Courts," World arbitration & mediation review 2.

⁸⁶⁹ CLEIS, María Nicole. 2017. The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions. Leiden, Boston: Brill.

⁸⁷⁰ TRECHSEL, Stefan. 2005. Human rights in criminal proceedings. Oxford. Oxford University Press.

⁸⁷¹ DA SILVA MARTINS, Alexandre Marques, 2016, "Challenges to Transparency and Ethics in Alternatives to Arbitration in the Realm of International Investments". Revista De Direito International Económico E Tributario RDIET, V 11 No 1 p 321 – 376. January – June 2016.

se constituyen como parámetros guías de la conducta de los encargados de administrar justicia en los diversos foros.

Teniendo establecido que ni en la Convención, ni en las demás reglas del sistema CIADI se encuentran delimitados los conceptos de independencia e imparcialidad, gran parte de la doctrina⁸⁷² ha matizado de diversas formas este contenido⁸⁷³, pese a lo cual consideramos que puede plantearse de la forma en que se hace en las líneas subsiguientes.

La independencia corresponde a la ausencia para quien debe tomar la decisión de la existencia de cualquier influencia exterior, por tanto, debe haber ausencia total de interferencia de otros en la labor desarrollada, sin desconocer las naturales limitaciones a las que se debe estar sujeto y que serán fijadas por el ordenamiento en particular⁸⁷⁴, en consecuencia, la presencia de eventuales relaciones de cercanía identificables con alguna de las partes en disputa o con alguien vinculado con éstas, e incluso, la simple existencia de una conexión de este tipo, pondrá en tela de juicio la independencia. La dificultad en este aspecto se centra en poder establecer en que momento una relación casual se vuelve significativa, de tal forma que distorciona el criterio de quien debe dirimir la disputa de manera concreta.

En esta visión, la independencia puede ser vista desde una esfera externa, en perspectiva con las relaciones que se dan entre el fallador y sus justiciables, aquí puede verse lo concerniente a elección de jueces y árbitros internacionales, sus privilegios, inmunidades, el secreto de las deliberaciones, la permanencia en el cargo, la nacionalidad, la remuneración recibida y las reglas que rigen la disciplina. A su vez, puede ser visto desde un enfoque interno, en los casos en que se

⁸⁷² GÉLINAS, Fabien and Brosseau, Jonathan. Ethics in International Arbitration, in Rogers, Catherine A Arbitration International, Volume 32, Issue 3, September 2016, P 545–550,

⁸⁷³ SLAOUI, Fatima – Zahra, 2009. The Rising Issue of “Repeat Arbitrators”: A Call for clarification, 25 Arbitration International 103.

⁸⁷⁴ RUBINS, Noah and LAUTERBURG, Bernhard. 2010. Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration in Knahr, Christina (ed). Investment and Commercial Arbitration Similarities and Divergences. Utrecht: Eleven International Publishing.

analizan en la relación del fallador con el órgano al que pertenece, en donde puede verse las normas presupuestales, los recursos asignados para cumplir con la función, así como los medios disponibles para ello.⁸⁷⁵

La imparcialidad puede ser entendida como un estado de la mente que se relaciona con la ausencia de prejuicios, preconcepciones o inclinaciones que el juez pueda tener con respecto a las partes en disputa. La objetividad es su principal característica, lo que hace posible balancear la totalidad de los intereses legítimos que se encuentran inmersos en el litigio. En este sentido, la imparcialidad, se vislumbra en el momento en que dos partes se enfrentan entre sí, por diferencias con respecto a intereses contrapuestos, la cual debe ser resuelta por un tercero, que se encuentra revestido de dicha facultad; es lo que ha sido llamado por parte de la doctrina como imparcialidad, quedando desechados los aspectos puramente subjetivos, por lo que no pueden hacer presencia las circunstancias extrañas que influyan en sus decisiones⁸⁷⁶

Según lo que hemos venido planteando, la independencia se constituye en un prerequisite de la imparcialidad, toda vez que pueden presentarse situaciones en las que la persona a cargo de dirimir la disputa sea independiente, pero que esté completamente parcializado en la resolución del litigio, situación que lógicamente no se presenta en el caso contrario.⁸⁷⁷

En este aspecto es importante y útil considerar los criterios desarrollados en las Directivas IBA sobre Conflicto de Intereses en arbitraje Internacional, como parte del derecho blando al que ya nos referimos, dado que en ellas se encuentran los criterios que se tienen en cuenta para considerar inapropiado el comportamiento de un arbitro, tales como la parcialidad, entendida como favorecimiento o prejuzgamiento a favor de una de las partes y la dependencia, considerada como

⁸⁷⁵ idem.

⁸⁷⁶ CARON, David and Caplan Lee. 2013. The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary. Oxford: Oxford University Press. P 555

⁸⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro and GARTH, Bryant. 1978. Access to the justice: A world – wide survey. Milan: Sitjhof.

la relación existente entre un árbitro y alguna de las partes en conflicto, en consecuencia, el árbitro debe proceder frente al asunto puesto a su consideración con total objetividad.

Surge naturalmente la pregunta acerca de los estándares aplicables entre la función judicial y la función arbitral, dado que aquella es institucional, con una vocación de permanencia y los casos le son asignados de forma aleatoria, en tanto que la función arbitral es transitoria y buscada directamente por las partes, con una alta ingerencia en su configuración, pudiendo incluso designar al árbitro que se encargará de dirimir la disputa. Así mismo, surge la pregunta acerca de la pertinencia de mantener a la independencia e imparcialidad como piezas fundamentales de la garantía que estamos analizando⁸⁷⁸ o de abolir el sistema de postulación de los árbitros⁸⁷⁹, lo que desnaturalizaría los pilares del adiamaje en sí mismo.

En la actualidad, la profusión de esta regla es evidente, no solo a partir de la consagración en diversas normas internacionales⁸⁸⁰, sino también por el reconocimiento que del mismo se ha dado en la jurisprudencia, la que ha entronizado, dándole un carácter universal y general⁸⁸¹. Los principales estatutos que regulan el funcionamiento de tribunales internacionales la consagran

⁸⁷⁸ GIORGETTI, Chiara, RATNER, Steven, DUNOFF, Jeffrey, HAMAMOTO, Shotaro, NOTTAGE, Luke, SCHILL, Stephan and WAIBEL, Michael. 2020. Independence and Impartiality of Adjudicators in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options, *The Journal of World Investment & Trade*, 21(2-3), P 441-474.

⁸⁷⁹ SMITH, Hans 2010. The Pernicious Institution of the Party – Appointed Arbitrator, *Columbia FDI Perspectives* No 33

⁸⁸⁰ Code Conduct for Members and Former Members of the Court Of Justice of the European Union (Article 5). Reglas de Arbitraje de CNUDMI, Reglas ICC de Arbitraje, artículo 11.2. Las reglas CNUDMI, en su artículo 12 señala que no solo se reconoce el deber de revelación al que se deben los árbitros, también la obligación de actuar de forma imparcial e independiente. Por su parte el reglamento de arbitraje de la CCI, en su artículo 11.1, señala la obligación del árbitro de permanecer imparcial e independiente en el arbitraje. El principio de imparcialidad no se encontraba incluido en los anteriores reglamentos de la CCI, en los que únicamente se consideraba la independencia del árbitro durante todo el procedimiento.

⁸⁸¹ Entre otros *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator. December 23 2010; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01. Decision on the Proposal to Disqualify Teresa Cheng. August 26 2015.

expresamente, tal como puede ser identificada en los artículos 16, 17 y 24 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸⁸².

Resulta entonces plausible que se trata de un principio procesal general y común a todas las esferas especializadas en las que se imparte justicia en el ámbito internacional, lo que produce una influencia en el funcionamiento de la independencia e imparcialidad en los diversos sistemas de solución de controversias a nivel internacional, caracterizándose por cuanto son complementarios entre sí, pero la existencia del uno no es condición que garantice la existencia del otro, dado que los principios de imparcialidad e independencia abarcan la ausencia de apariencia de parcialidad o dependencia del árbitro a la vez que deben ser analizados según el caso y las circunstancias específicas del mismo, sin que puedan ser vistos de forma general, aún cuando, la falta de independencia o imparcialidad de un árbitro, no supone ipso facto, un cuestionamiento de las cualidades profesionales o morales del árbitro.

El estándar aplicado por el CIADI para determinar la independencia e imparcialidad del árbitro es fijado en cada caso por el tribunal, con base en las particularidades del mismo, desde la exigencia de una prueba estricta a la duda razonable, por lo que el umbral aplicable a la independencia e imparcialidad se

⁸⁸² En lo que corresponde a la jurisprudencia internacional, desde la época de la Corte Permanente de Justicia Internacional se analizaron estas cuestiones. En el caso Mosul (interpretación del artículo 3 del Tratado de Lausanne) de 1925, relacionado con la disputa territorial sostenida entre Turquía e Irak, por la vieja provincia otomana de Mosul, en lo concerniente a definir si los votos de los miembros de los Estados en litigio debían ser contabilizados o no en el Consejo de la Liga de las Naciones, la Corte concluyó que no deberían ser tenidos en cuenta, buscando preservar la objetividad de la decisión. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia se refirió en dos casos iniciales a este principio. De una parte, en la decisión Anglo – Iranian Co y el caso Namibia. En este último, se rechazó el intento de Sudáfrica de recusar a dos jueces por participación en el caso en calidad de representantes de sus gobiernos ante la ONU. La Corte concluyó que esta participación no violaba el artículo 17 del estatuto de la Corte. - Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Preliminary objection, Judgment of July 22 1952; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) Advisory Opinion. June 21 1971. I.C.J Reports 1971

A una conclusión similar a la recién señalada arribó la Corte en los casos Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment of August 27 1952 y Certain Phosphate Lands in Nauru, Nauru v. Australia). Order of 18 July of 1989, I.C.J Reports y en los cuales se buscó preservar la independencia en la toma de decisiones

determina en cada caso concreto, a pesar de esto, una parte de la doctrina considera que los estándares son estáticos y que no varían⁸⁸³.

El comité de anulación del caso Amco v.s Indonesia⁸⁸⁴ concluyó que el tribunal no había violado la imparcialidad al interior del trámite arbitral por cuanto había obrado dentro de los parámetros de discrecionalidad concedidos por las normas del sistema y por tanto señaló::

“The ad hoc Committee acknowledges that differing results were reached by the Tribunal in the two above situations. But the ad hoc Committee, after according due regard to the fundamental rule of equality of the parties, is unable to conclude that the tribunal in evaluating the scope of discretionary authority granted to it by Arbitration Rule 34 and must consequently refuse Indonesia’s claim of nullity in this regard”

Por su parte, en los casos Suez, Aguas de Barcelona⁸⁸⁵ y Vivendi Universal S.A v.s Argentina⁸⁸⁶ al resolver las recusaciones formuladas a uno de los árbitros, se indicó que se rompe la imparcialidad de éstos, lo que da lugar a la recusación de los mismos, cuando se presenta alguna de las siguientes situaciones:

1. Existe una proximidad entre el árbitro y la parte.
2. Se evidencia intensidad y frecuencia en las interacciones entre el árbitro recusado y la parte.

⁸⁸³ PETERS, Ann and HANDSCHIN, Lukas. (Eds). 2012. Conflict of interest in global, public and corporate governance, Cambridge: University Press,

⁸⁸⁴ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1. Decision on Annulment May 16 1986, citado por SCHACHERER, Stefanie. Independence and Impartiality of Arbitrators - A Rule of Law Analysis. Seminar: International Investment Law and the Rule of Law. 2018.

⁸⁸⁵ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (formerly Aguas Provinciales de Santa Fe S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.. Decisions on the proposals for the disqualification of a member, October 22 2007 and may 12 2008.

⁸⁸⁶ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic. Decision on the proposal for the disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, October 22 2007.

3. Dependencia del árbitro recusado y la parte.
4. Materialidad de los beneficios devengados a favor del árbitro como resultado del presunto vínculo.

En esta misma línea, al interior del Caso Aguas del Aconquija S.A, Vivendi Universal v.s Argentina⁸⁸⁷ se tuvo en cuenta un umbral mucho más amplio que el citado anteriormente, por cuanto el Comité consideró necesario la presencia de “dudas razonables” y una prueba estricta y concreta del sesgo real, que afecte el trámite para hacer procedente la anulación del laudo y en consecuencia consideró:

“Por ello, el Comité ad hoc entiende el argumento de que el Segundo Tribunal no estaba ya debidamente constituido después del nombramiento de la Profesora Kaufmann-Kohler como miembro del directorio y que hubo un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento y considera que esto podría llevar a una anulación cuando ello se justifique dentro del contexto del caso que esté bajo consideración.”

Paradójicamente y aún cuando las afirmaciones contenidas en el párrafo recién citado indicarían que hay una severa afectación en la imparcialidad del árbitro, máxime si se tiene en cuenta que por unos hechos similares había prosperado una recusación del mismo árbitro ante la Corte Permanente de Arbitraje⁸⁸⁸, el Comité de anulación del caso al que venimos haciendo referencia, desechó la solicitud argumentando:

“En consecuencia, el Comité ad hoc acepta que la relación entre UBS y las Demandantes no tuvo un efecto material en la decisión final del Tribunal, que, de todas formas, fue unánime.”

⁸⁸⁷ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic) Annulment Decision august 10 2010, paras 232 – 235.

⁸⁸⁸ Yukos Universal v. Russia Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. 2005-04/AA227)

De otra parte en el caso *Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani v.s Republic of Kazakhstan* se analizó una controversia que surgió a raíz de un contrato de exploración y producción de petróleo celebrado entre el Ministerio de Energía y Recursos Minerales de Kazakhstan y Contratistas Consolidados en 2002, que fue posteriormente cedido a la sociedad Caratube.

El contrato establecía una fase de exploración de cinco años (con posibilidad de dos prórrogas) y una posterior fase de producción. Una vez iniciada la ejecución del contrato, el Estado notificó a los contratistas sobre la existencia de ciertos incumplimientos del contrato en concreto de algunas obras de exploración y decide dejarlo sin efectos de forma unilateral, situación que, según la demandante se debía a la relación del presidente de la demandada con un socio de la familia propietaria de la contratista. Varios casos se iniciaron en el CIADI por estos hechos. En este caso el demandante alegó que se había violado el trato justo y equitativo al expropiar sus inversiones.

Designados los árbitros los demandantes manifestaron su inconformidad con el árbitro Sr. Boesch, designado por la demandada, alegando entre otras, que la participación de este árbitro en otro caso similar⁸⁸⁹ generaba un riesgo manifiesto de prejuzgamiento, así como que el Estado demandado había designado como árbitro en distintas ocasiones a profesionales procedentes de la misma firma de abogados en otros casos en particular. El árbitro manifestó que no tenía intención de renunciar al tribunal, por tanto, los demandantes propusieron la descalificación conforme al artículo 57 del convenio del CIADI a lo que adujo la demandada que dichos motivos carecían de fundamento y debían ser rechazados.

Los coárbitros consideraron que el caso *Ruby Roz Agricol v.s Kazakhstan* surgió del mismo contexto fáctico que el caso que estamos comentando, por lo que se podía esperar que un tercero razonablemente informado considerará altamente probable que el sr Boesch pudiera prejuzgar cuestiones jurídicas en el presente

⁸⁸⁹ *Ruby Roz Agricol and Kaseem Omar v. Kazakhstan.*

arbitraje sobre la base de los hechos del caso Ruby Roz, lo que podría presuponer falta evidente y obvia de independencia e imparcialidad sobre la base de la “evaluación razonable de los hechos”, dado que no es correcto pensar que los árbitros mantendrán una pared mental con respecto a los casos que han tramitado de forma previa, siendo posible esperar que los mismos incidirán en ellos, por lo cual concluyó que el sr Boesch carecía manifiestamente de una de las cualidades exigidas por el artículo 14 (1) del Convenio CIADI, motivo por el cual la recusación fue aceptada.

Es preciso señalar que esta decisión corresponde al primer caso dentro del sistema CIADI, donde se admite una descalificación de un árbitro con base en las razones citadas⁸⁹⁰, debates que se han dado en distintos tribunales del arbitraje de inversión en general y no únicamente en el ámbito del CIADI⁸⁹¹

Ahora bien, pese a la importancia de las reglas IBA sobre ética para los árbitros internacionales, así como las que reglamentan los conflictos de intereses en el arbitraje internacional, de forma reiterada, los distintos tribunales y comités ad hoc,

⁸⁹⁰ Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13. Decision on proposal for disqualification of Bruno Boesch, march 20 2014, para 91.

⁸⁹¹ ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9. La demanda se interpuso con base en el trato dado a la demandante por el Estado, en relación a un contrato sobre la prestación del servicio de auditoria. Se aducía la ausencia de un marco legal adecuado que rigiera la prestación de los servicios a cargo del demandante, lo que fue puesto varias veces en conocimiento del demandado. La demandada no pagó los servicios prestados por el demandante, razón por la que se inicia la reclamación ante la demandada. El procedimiento se llevó adelante ante la Corte Permanente de Arbitraje, con base en el reglamento CNUDMI. Durante el procedimiento, las partes acordaron aplicar las directrices de la IBA en caso de presentarse un conflicto de intereses o vulneración de los principios de imparcialidad e independencia de árbitros.

Una vez nombrados los árbitros, la demandada recusó al sr Andandandrov, nombrado por el reclamante, argumentando su relación con otro caso también en contra de la Argentina. En el marco de este trámite se establece una autoridad para que la resolviera, quien consideró: “Los hechos subyacentes a la revelación del Sr Andandandrov pueden dar lugar a dudas justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del mismo, el conflicto en cuestión es suficientemente grave como para dar lugar a dudas objetivamente justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del árbitro”, aún cuando no prosperó la recusación, si le recomendó al demandante designar otro árbitro.

han enfatizado que dichas disposiciones no son vinculantes dentro del sistema⁸⁹² y que los únicos criterios aplicables son los establecidos en los estándares que operan dentro de la Convención⁸⁹³, considerando que aquellas juegan un rol puramente indicativo, auxiliar, a modo de fuente de inspiración⁸⁹⁴ meramente persuasivo⁸⁹⁵, por lo que estas reglas dentro del sistema, no son una base sólida para plantear recusaciones.

Es plausible entonces que la obligación de revelar del árbitro no solo proviene de la existencia de posibles conflictos de intereses, en tanto busca también preservar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, blindando el trámite, en consecuencia, el deber de revelación debe ejercitarse con amplitud y exhaustividad en aras de evitar afectar desfavorablemente el trámite arbitral, por cuanto la transparencia por medio de la divulgación o revelación del árbitro es garante de los principios de independencia e imparcialidad del mismo, en el marco de la garantía que estamos analizando, máxime si se tiene en cuenta que las instituciones arbitrales no tienen un mecanismo unificado para preservar la independencia e imparcialidad de los árbitros, ni la eficacia en el desarrollo de la función arbitral. En este escenario, no es recomendable depender de la

⁸⁹² OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/14. Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator. Decision may 5 2011, para 52

Getma International and others v. Republic of Guinea [II], ICSID Case No. ARB/11/29. Decision on Proposal to Disqualify Mr Bernardo Cremades, Arbitrator, June 28 2012, para 80

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador). Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, December 13 2013, para 69

Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/21, Reasoned Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator L. Yves Fortier, Q.C, March 28 2016, para 34.

⁸⁹³ Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic). Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal. February 4 2014, para 78

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20. Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, November 12 2013 para 62.

⁸⁹⁴ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26. Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator. August 12 2010.

⁸⁹⁵ Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16. Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz. March 19 2010, para 56

declaración de los árbitros, por lo que resulta deseable que las instituciones implementen un control, una supervisión reguladora más activa y transparente en referencia al comportamiento que éstos asumen al tomar posesión del cargo.

Resulta entonces relevante permitir una mayor actividad a las reglas que establecen los principios éticos del árbitro y las partes al interior del procedimiento arbitral y regular específicamente a partir del precedente de las directrices de la IBA, lo referente a las situaciones que pueden atentar contra el normal desarrollo del actuar del árbitro y que constituyen un conflicto de interés en aras de dar una mayor predictibilidad al sistema, a la vez que podría resultar útil señalar dentro de los All o TBI disposiciones expresas que establezcan principios procesales imprescindibles para desarrollar el procedimiento arbitral afin con el debido proceso, excluyendo así, cualquier conducta del árbitro que pueda ser motivo de conflicto de interés por su parcialidad o dependencia en el trámite y por otra parte, la incorporación de las declaraciones interpretativas emitidas por la institución arbitral, ya sean declaraciones conjuntas por todas las partes del tratado o individuales por alguna de las partes respecto a una regla determinada.

- Audi alteram partem

El efecto primigenio que conlleva esta garantía es la obligación de enterar, sin ningún tipo de dilación a la contraparte sobre la iniciación del proceso, como un presupuesto básico que permite el establecimiento del trámite⁸⁹⁶. A su vez, el tribunal está llamado a escuchar a todas las partes implicadas en el litigio, de esta forma, no es posible restringir tal intervención a una sola de las partes intervinientes⁸⁹⁷. En el mismo sentido, se vincula esta garantía con la oportunidad que se le da a las partes de intervenir en la constitución del tribunal arbitral, con

⁸⁹⁶ DELLA CANANEA, Giacinto, 2016. Due Process of Law beyond the State, Requirements of Administrative Procedure, Oxford: Oxford University Press

⁸⁹⁷ Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. and Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/13/38. Procedural Order No 6, March 21 2016, para 14

base en las normas contenidas en el acuerdo, así como el derecho aplicable al caso en concreto⁸⁹⁸

Por esta vía se busca la protección en contra de las arbitrariedades de las que pueden ser víctimas los individuos a lo largo del proceso, máxime si se tiene en consideración que del cumplimiento o no se podrá ver afectada la validez del procedimiento.⁸⁹⁹ Esta garantía impacta en todos los niveles y a todos los tipos de procedimiento, desde la cuestión fáctica, el lenguaje adoptado, la recolección y contradicción de la evidencia, así como la eventual posibilidad de atacar la decisión final, siendo evidente que debe estar presente en cada fase del trámite.

Este precepto desde la visión del common law se ha asociado como regla esencial de la justicia natural, entendiendo que tiene un doble rol, como regla de justicia y como regla de sabiduría, lo que implica necesariamente adoptar una decisión correcta en la resolución del litigio, aun cuando la idea de sabiduría se basa en la producción de decisiones correctas, en tanto que la idea de justicia se centra en acertar en la decisión desde cualquier punto de vista desde el que se mire⁹⁰⁰ esta garantía se encuentra establecida en el artículo 34 (2) (a) (ii) de la ley modelo de CNUDMI, así como en el artículo V (I) (b) de la Convención de Nueva York de 1958. En el mismo sentido, de conformidad con los principios de procedimiento civil transnacional ALI/UNIDROIT⁹⁰¹ a los que hicimos referencia en precedencia, la garantía se relaciona con la notificación de las decisiones adoptadas en el trámite, así como, las peticiones, pruebas y los argumentos de la contraparte, la intervención en las actuaciones por medio de representantes dentro de los términos razonables para presentar las intervenciones, pruebas y argumentos, y en consecuencia, las decisiones solo pueden basarse en los argumentos y las

⁸⁹⁸ DE LY, Filip and GELINAS, Paul. (2017). *Dispute prevention and settlement through expert determination and dispute boards*. Paris. Kluwer Law International.

⁸⁹⁹ SCHNEIDERMAN, David. "Listening to Investors (and Others): Audi Alteram Partem and the Future of International Investment Law" (August 2016), CIGI Investor-State Arbitration Series Paper No. 8, University of Toronto.

⁹⁰⁰ GENN, Hazel. 1989. *The Effectiveness of Representation at Tribunals*, London: Queen Mary Colleague, University of London.

⁹⁰¹ WATERSTRAAT, Daniel. 2006. *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*. Baden – Baden: Nomos

pruebas que obren en el proceso, de tal forma que las partes contendientes no pueden ser sorprendidas súbitamente. Esta garantía, tiene un funcionamiento particular, máxime si se tiene en consideración que su operatividad no es análoga con la de los procesos que se adelantan ante las Cortes Nacionales o Internacionales de naturaleza judicial.

Por efecto del precepto *audi alteram partem*, al interior de los trámites las partes deben ser oídas y se les debe permitir aportar evidencia, así como refutar la que es aportada por la contraparte, los medios de prueba deben ser incorporados al proceso para que sean conocidos y rebatidos por las partes, en tanto que las decisiones deben basarse en sólidos argumentos que a su vez deben estar cimentados en la evidencia recolectada en el trámite, no obstante y pese a la trascendencia e importancia del mismo, no es dable reconocerle un contenido absoluto, entonces, la intensidad del mismo puede verse atenuado en diversas situaciones procesales, cuando se evidencie la presencia de situaciones de emergencia⁹⁰² o se afecte la confidencialidad⁹⁰³

El comité de anulación en el caso Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey⁹⁰⁴ y dado el enfrentamiento que se dio entre las partes por determinar la extensión de la garantía a la que estamos haciendo referencia, estableció que para el caso del CIADI, se encontraba previsto en las reglas de arbitraje 20-21, 31-32, 37, 39 – 42, 44, 49 – 50, 54. En este caso, el Comité se cuestionó sobre el quebrantamiento de la garantía en los casos en los que las decisiones son adoptadas con base en teorías que no han sido discutidas por las partes, no obstante, en la visión del Comité esta garantía no se proyecta a la forma como se argumenta la decisión o se maneja la evidencia, siendo incorrecto considerar que por no aparecer explícitamente mencionados los argumentos o las

⁹⁰² JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. and Poltava Petroleum Company JV v. Ukraine. Decision of the Supreme Court of Ukraine on the Enforcement of the Emergency Award. February 24 2016.

⁹⁰³ Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6. Decision on Jurisdiction. March 8 2017, paras 627, 630.

⁹⁰⁴ Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28. Decision on annulment December 30 2015.

evidencias aportadas, el tribunal ha vulnerado la garantía, no obstante, la violación se consumará en los casos en los que el tribunal impida la presentación de la evidencia o de los argumentos a las partes.

En el mismo sentido, se incurrirá en esta violación de la garantía, si el tribunal basa su decisión en un tratado o en normas que no fueron ampliamente discutidas por las partes y por tanto se le impide presentar argumentos o la evidencia correspondiente, sin embargo, no se considerará que existe violación en los casos en los que el tribunal haga uso de argumentos que no fueron planteados por las partes⁹⁰⁵, debiendo considerarse que el tribunal es libre de adoptar la solución jurídica que considere, incluso apartándose completamente de lo planteado por las partes, pudiendo incluso, basarse en argumentos ajenos a los discutidos, fundado en el principio *Iura Novit Curia*, siempre que se haya dado la posibilidad a los intervinientes de ser escuchados⁹⁰⁶.

Dentro de la garantía a ser oído, a la que nos vinimos refiriendo, es factible mencionar la publicidad en el procedimiento, la que se convierte en una línea divisoria entre la democracia y el autoritarismo, por lo que en principio, no son admisibles las reservas, más allá de las que se encuentren debidamente justificadas. Con base en esta garantía, en aras de dotar de transparencia el procedimiento, se deben adelantar las etapas del mismo, de forma pública, salvo lo correspondiente a limitaciones propias, establecidas por el mismo tribunal o que se deriven de alguna disposición legal en particular

El acceso a la información durante el proceso es un asunto debatido de forma álgida en el arbitraje internacional en general, así como en el arbitraje de inversión particularmente. Las reglas del mecanismo complementario del CIADI no

⁹⁰⁵ Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1. Decision on annulment January 7 2015.

⁹⁰⁶ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2. Decision on annulment may 3 1985.

contienen prohibiciones con respecto a la divulgación de las alegaciones efectuadas por las partes.

Es así como en el caso *Piero Foresti*⁹⁰⁷ los demandantes procedieron con base en el APPRI entre Italia y Sudáfrica de 1997, y el APPRI entre Sudáfrica y la Unión Económica Belgo – Luxemburgo de 1998 referente a la protección recíproca de inversiones. La demanda se centraba en atacar la ley de recursos minerales y de petróleo del Estado receptor de la inversión, en tanto que este se defendió arguyendo que las normas fueron promulgadas para proteger los derechos humanos, medio ambiente y el desarrollo sostenible.

En este proceso varias ONGs pidieron la intervención al tribunal, razón por la cual este aceptó la actuación de éstas y le ordenó a las partes permitir el acceso a la información a los *amicus curiae* que habían solicitado la intervención, teniendo en cuenta dos principios básicos:

“(1) NDP participation is intended to enable NDPs to give useful information and accompanying submissions to the Tribunal, but is not intended to be a mechanism for enabling NDPs to obtain information from the Parties.

⁹⁰⁷ *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01. Decision on respect NDP, September 11 2009. Previo a este caso, en el ámbito de la CNUDMI se había presentado el primer tribunal en el que había sido admitido la intervención del *amicus curiae*. En el caso *Methanex*, en el que, con base en el capítulo 11 del TLCAN sobre inversiones, la demandante como empresa productora, transportista y comercializadora de Metanol, atacó la orden del Estado de California de marzo de 1999 de prohibir a partir de 2002 el uso del MTBE, sustancia química que se utilizaba para aumentar el contenido de oxígeno y actuar como un potenciador del octano en la gasolina sin plomo, adujo por tanto que había una expropiación de la inversión, de conformidad con lo establecido en los artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN, incumpliendo las obligaciones internacionales. La demandada adujo que se buscaba proteger la salud, la seguridad de las personas y el medio ambiente. *Amicus curiae* pretendieron hacer parte del proceso, a lo que se opusieron los demandantes con base en la confidencialidad. El tribunal admitió la participación del *amicus*, así como de las partes del tratado no litigantes. El tribunal consideró “Indudablemente existe un interés público en este arbitraje. Las cuestiones sustantivas se extienden mucho más allá de las planteadas por el habitual arbitraje transnacional entre las partes comerciales. Esto no se debe simplemente a que una de las partes en litigio es un Estado: por supuesto, hay disputas que involucran a Estados que no tienen mayor interés público general que un conflicto entre particulares. El Interés público en este arbitraje surge de su objeto, tal como se sugiere fuertemente en las peticiones” *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL. Decision of the tribunal on petitions from third persons to intervene as *amicus curiae*, January 15 2001.

(2) Where there is NDP participation, the Tribunal must ensure that it is both effective and compatible with the rights of the Parties and the fairness and efficiency of the arbitral process”.

En el caso Suez⁹⁰⁸ los demandantes alegaron una serie de actos y omisiones del demandado al desconocer el convenio de cálculo y ajuste de las tarifas pactadas para el servicio de agua en la ciudad de Buenos Aires, lo que provocó ciertas afectaciones a los demandantes. La reclamación se basó en el APPRI entre Francia y Argentina de 1991, así como entre Argentina y España de 1991 y entre Argentina y Gran Bretaña de 1990. Varias ONGs le presentaron al tribunal una petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. Los peticionarios buscaban que el tribunal les permitiera: 1. Acceso a las audiencias. – Presentaciones orales. – Audiencias abiertas al público. 2. Tener oportunidad para poder exponer sus argumentos. 3. Acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los documentos del proceso. Los demandantes se opusieron a las solicitudes presentadas. El tribunal denegó la solicitud de acceso y asistencia a las audiencias del caso, a la vez que consideró que el caso involucraba cuestiones de interés público:

“El factor que da a este caso interés público particular, es que la disputa de inversión se centra en los sistemas de distribución y alcantarillado del GABA y pueden plantear una variedad de cuestiones complejas de Derecho Público e Internacional incluidas las consideraciones de Derechos Humanos.”

La intervención de los peticionarios que no fueron considerados *amicus curiae* condujo a que el tribunal denegara el acceso a los solicitantes a las audiencias,

⁹⁰⁸ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (formerly Aguas Provinciales de Santa Fe S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., Order in response to a petition for participation as *amicus curiae*, march 17 2006.

por cuanto la parte demandante se opuso a ello y en consecuencia, no se cumplía con los presupuestos de la regla 32 (2) de arbitraje CIADI, que exige el consentimiento de las partes y por razones similares denegó a éstos el acceso a los documentos del proceso, sin embargo, consideró que si presentaban una solicitud posterior para ser reconocidos como *amicus curiae*, con información apropiada y suficiente, que demostrara su experiencia, conocimiento especializado y visión, de tal forma que contribuyera a a la labor del tribunal, podría llegar a considerar esos escritos.

De otro lado, en el caso *Aguas Provinciales de Santa Fe*⁹⁰⁹, con unos hechos similares a los del caso *Suez – Vivendi*, los demandantes presentaron unas pretensiones, relacionadas con el suministro de agua potable y desagües de cloacas de la provincia argentina de Santa Fe. En este caso en un primer momento, cinco ONGs presentaron al tribunal la solicitud para ser reconocidos como *amicus curiae* y garantizar por tanto el acceso a las audiencias, así como permitir la exposición de los argumentos y tener acceso a los documentos del proceso. Esta primera petición, fue rechazada por el tribunal con base en la regla 32 (2) de arbitraje, por cuanto, estimó que debía mediar consentimiento entre las partes, lo que no ocurría, toda vez que el demandante se había opuesto a la solicitud. A su turno, frente a la petición de poder presentar escritos, el tribunal estimó que éstos debían reunir tres condiciones para ser tomados como *amicus curiae*, (i) pertinencia del objeto del caso, (b) aptitud de cada persona que no sea parte para desempeñarse en calidad de *amicus curiae* y (c) el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar la presentación *amicus*.

En este caso y tendiendo a que las decisiones que se adoptarían en el trámite tenían la potencialidad de afectar a personas más allá de las que están inmediatamente involucradas, además de relacionarse con una variedad de

⁹⁰⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*. Order in response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae* may 19 2005 and Order in response to a petition by five non – governmental organizations for permission to make an *amicus curia*. February 12 2007.

cuestiones complejas de Derecho Público e Internacional, que no son puramente contractuales y luego de considerar que las decisiones a adoptar dentro del trámite, tenían la potencialidad de afectar el funcionamiento de los sistemas que se relacionan con el caso y a las personas a las que servían, concedió al peticionario la posibilidad de solicitar permisos al tribunal para realizar presentaciones *amicus curiae*, pese a lo cual, el tribunal denegó el acceso a los documentos solicitados por éste. En una segunda decisión, ante una nueva solicitud presentada al tribunal por las cinco ONGs ya mencionadas, el tribunal retomando los argumentos de su primera decisión autorizó a las ONGs para presentar su intervención por escrito, con unas precisas reglas de extensión y concediéndole un término para aportar el escrito, a su vez que señaló el término en el que las partes podían pronunciarse sobre el escrito de *amicus curiae*.

La confidencialidad y la privacidad como características del arbitraje se encuentran correlacionadas y han sido materias tratadas de forma disimil por el CIADI. La confidencialidad es la posibilidad que tienen las partes en el arbitraje de conocer los documentos y la información generada durante el procedimiento, por tanto, es en si mismo un estado de “secretismo asociado a elementos susceptibles de protección” Por su parte, la privacidad es la condición que impide el acceso de terceros al proceso y por tanto, la restricción de acceso a las audiencias arbitrales, sin que medie la autorización previa de las partes.⁹¹⁰

Aquí es importante tener presente que en el arbitraje de inversión la confidencialidad se relaciona con cuestiones políticas que pueden vincularse con asuntos diplomáticos entre los Estados⁹¹¹. En la actualidad se evidencia una tensión entre privacidad -confidencialidad- el interés público - la transparencia, con

⁹¹⁰ TWEEDALE, Andrew. TEEDDALE, Karen. 2007. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English law practice*, Oxford: Oxford University Press.

⁹¹¹ BHATIA, Vijay, CANDLIN, Christopher and SHARMA, Ramesh. *Confidentiality and integrity in International Commercial Arbitration Practice*, *Arbitration Vol*, 75 No 1, 2009. P 11

una preeminencia de éstas últimas.⁹¹² La confidencialidad naturalmente está relacionada con los datos más sensibles de las partes en conflicto, por lo que se convierte en un elemento común del arbitraje comercial internacional y de inversiones.

El principio de privacidad en el arbitraje se encuentra contenido tanto en el nivel nacional, así como en diversos instrumentos internacionales. No obstante, no sucede lo mismo con la confidencialidad, aún cuando hay un elemento común, esto es, la restricción de terceros ajenos al arbitraje que evita el acceso y conocimiento de toda la información en las distintas etapas de resolución de la disputa.

De otro lado, en el caso Eco oro⁹¹³ iniciado a partir del contrato de concesión firmado entre una entidad (Ingeominas) del Estado de Colombia y la sociedad canadiense Eco oro en febrero 8 de 2007 vinculado con la explotación de diversos metales preciosos, en el proyecto denominado Angostura, ubicado en la Poviancia de Soto Norte del Departamento de Santander. El inversionista, alegó la expropiación de su inversión, y la violación del tratado bilateral entre Colombia y Canadá, debido a las medidas adoptadas por el Estado, en relación con el ecosistema del Páramo de Santurban, las que a la postre impidieron continuar adelantando las actividades de explotación del proyecto ya mencionado.

En el marco de la disputa, seis ONG´s presentaron al tribunal solicitudes para que se autorizara su participación, aduciendo que la mismas se encontraba ampliamente justificada, por lo que el tribunal analizó los argumentos planteados y señaló:

⁹¹² BRANDEIS, Louis y SÁNCHEZ BRAVO, Guillermo: "Amicus Curiae, la transparencia y la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje de inversiones" Lima Arbitration No 5, 2012/2013, P. 207

⁹¹³ Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41. Procedural order No 6 on Non – disputing parties application, February 18 2019.

“the decision whether to permit the Angostura mining project to go ahead inspired intense public interest” and requesting the Tribunal to (i) make available the documents submitted to or issued by the Tribunal by establishing procedures for contemporaneous (or as nearly as practicable) publication of proceeding materials, and (ii) establish a clear timetable for requesting leave for amici intervention, in order to avoid disrupting the proceedings.”⁹¹⁴

El demandante se opuso a la intervención, salvo en lo concerniente a las previsiones del tratado de libre comercio y las determinaciones adoptadas en la orden procesal No 1, en lo referente a hacer presencia en las audiencias públicas, no obstante, consideró que la eventual participación de las organizaciones no contribuiría en una nueva perspectiva a la disputa, ni un conocimiento o aproximación distinta y no evidenciándose un significativo interés en el arbitraje.

Por su parte, el Estado demandado no objetó la participación de las organizaciones y consideró que las mismas podían ser apropiadas, toda vez que éstas tenían un interés significativo en el proceso y podían contribuir a una mejor comprensión del tribunal, tanto de las cuestiones fácticas, como legales relacionadas con el proceso.

El tribunal, luego de analizar las disposiciones contenidas en las reglas de arbitraje CIADI 37 (2), así como el artículo 831 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, consideró que no se cumplía con ninguno de los requisitos necesarios para admitir la intervención del amicus curiae y permitirle el acceso a la información. De una parte y en lo que corresponde con el alcance del escrito presentado y aún cuando los solicitantes argüyeran que se trataba de un caso vinculado con los derechos humanos, particularmente con el derecho a vivir en un ambiente sano, las solicitudes presentadas, desde la perspectiva del tribunal, carecían de toda especificidad y relevancia frente a la disputa, por cuanto, indicó

⁹¹⁴ Idem para. 2.

el tribunal, no se señalaron las razones por las cuales los derechos humanos, así como el derecho a vivir en un ambiente sano, podían estar relacionados con el caso.

El tribunal para determinar el grado de asistencia que podía recibir de los amici, tomó como parámetros las decisiones adoptadas en los casos Apotex⁹¹⁵ y Bear Creek⁹¹⁶ en los que se admitió la participación de amicus curiae, casos en los que se acreditó la perspectiva, el conocimiento y el enfoque distinto del que tenían las partes y los expertos relacionados con el litigio y dado que en el caso en comento, los solicitantes no explicaron la perspectiva, conocimiento o aproximación que diferiría de las de las partes, limitándose a referir que tenían conocimiento del Páramo de Santurbán, así como sobre las cuestiones sociales y ambientales vinculadas.

Al verificar el significativo interés que podía revestir el asunto, el tribunal se apoyó nuevamente en los criterios señalados en el caso Apotex⁹¹⁷ y consideró que no resultaba suficiente con aducir un interés general en el trámite, siendo necesario demostrar que la decisión a adoptar por el tribunal podría tener un efecto directo o indirecto en los derechos o principios representados y defendidos por el amicus curiae. En tanto que, en el presente asunto los solicitantes se limitaron a afirmar que el interés se basaba en el fuerte movimiento social relacionado con el caso y el interés de los colombianos en la decisión a adoptar en la disputa, sin que se señalaran las razones que soportaban el interés. Luego de este análisis por las anteriores razones, el tribunal no concedió la autorización para la intervención en

⁹¹⁵ Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1. Procedural order on the participation of the applicant, BNM, as a non-disputing party March 4 2013.

⁹¹⁶ Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21. Procedural order No 5; Regarding the Association of Human Rights and Environment of Puno, Peru (“DHUMA”), and Dr. Carlos López PhD, Senior Legal Adviser to the International Commission of Jurists Application to File a Written Submission. July 21 2016.

⁹¹⁷ Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1. Procedural order on the participation of the applicant, BNM, as a non-disputing party March 4 2013, para 38.

los términos solicitados, sin embargo, se concedió la autorización para asistir a las audiencias públicas.

5.6 LA TRANSPARENCIA COMO EXPRESIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

El sistema arbitral internacional se caracteriza por la libertad de la que gozan las partes para adherirse a determinadas reglas de procedimiento, facultad que se encuentra reconocida en múltiples convenciones, entre otras, la convención de Nueva York, en su artículo V (1) (d), o en el artículo IV (1) (b) (iii) de la Convención Europea, así como en el artículo 2 y 3 de la Convención Inter Americana sobre Arbitraje Comercial Internacional, erigiéndose incluso en una garantía fundamental de las partes en conflicto.

Tal como se señaló en el capítulo anterior, la transparencia en el derecho internacional es un tema relevante que puede ser abordado bien como un concepto subyacente a las obligaciones impuestas a los Estados por el Derecho Internacional⁹¹⁸ o bien como un criterio que rige las relaciones entre las instituciones y los regímenes propios del Derecho Internacional y los Estados⁹¹⁹ o bien como un razonamiento que demuestra la apertura de las instituciones y procedimientos del Derecho Internacional que busca sobreponerse al modelo clásico estatilista⁹²⁰.

Ahora bien, en el arbitraje de inversiones se ha incrementado la exigencia en la materia, debido a la trascendencia de los asuntos que se ventilan allí y a la interacción que se da en múltiples casos con respecto asuntos que conciernen al interés público, al debatirse cuestiones relacionadas con el medio ambiente, así

⁹¹⁸ HILF, Meinhard. " Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law", JIEL, Vol. 4, No 111, 2001, P. 119.

⁹¹⁹ ABBOTT, Kenneth.: "Trust But Verify: The Production of information in Arms Control Treaties and Other International Agreements", CILJ, Vol. 26 No 1, 1993, P. 40 - 45

⁹²⁰ STEIN, Eric. "International integration and Democracy: No love at first Sight", AJIL, Vol. 95, No 489, 2001, P. 493.

como los recursos naturales, o de derechos económicos, entre otras, por lo que las repercusiones de las decisiones, sobrepasan el simple interés de las partes envueltas en la disputa.

Es así como la noción de transparencia ha sido considerada en el derecho de inversiones, por algunos tribunales como un componente esencial del trato justo y equitativo⁹²¹. En diversos casos⁹²² adelantados ante el CIADI se ha abordado en concreto la materia y se le ha considerado fundamental la transparencia, sobrepasando incluso el esquema del trato justo y equitativo.

El reglamento del mecanismo complementario del CIADI, en la regla 39 (2) establece que, en la medida en que no haya objeción de las partes, el Tribunal, una vez consulte con el Secretario General, puede permitir el acceso al trámite a otros sujetos además de las partes. A su turno, como ya lo mencionamos en precedencia, la regla 37 (2) permite a sujetos que no están inmersos en el litigio, presentar escritos para intervenir en el trámite en condición de *amicus curiae*, siempre y cuando se considere que (i) La presentación de las partes no contendientes ayudaría en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular distinta a aquellos de las partes en la diferencia; (ii) Que la presentación de las partes no contendientes abarque una cuestión dentro del ámbito de la diferencia y (iii) Que la parte no contendiente tenga un interés significativo en el procedimiento. En estos casos, el Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a

⁹²¹ YANNACA – SMALL, Katia.2008 “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, in Reinisch, August. (Ed) Standards of Investment Protection. Oxford: Oxford University Press, P. 121 – 122.

⁹²² *Metaclad Corporation v.s Estados Unidos México*. Caso No ARB (97/1), 2000. Laudo, párrafo 75 – 76. En este caso el tribunal afirmó: “ En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor. (Artículo 102 (1) de TLCAN). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra parte”

cualquiera de las partes y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.

No obstante, la regla recién planteada, la posibilidad de presentar escritos, no le da, ni le garantiza al *amicus curiae*, el derecho a asistir a audiencias privadas o acceder a documentos que no tienen acceso libre o que no sean de dominio público⁹²³ tal como se puso de presente en líneas anteriores al analizar distintos casos en concreto, como sucedió en el caso *Eco Oro*, recién comentado.

El reglamento actual del CIADI permite que se publique en el sitio web del Centro, diversa información de los procedimientos, referente a la composición del tribunal arbitral, el estado del procedimiento, así como las órdenes emitidas por el tribunal, lo que no implica la publicación de los documentos del trámite o del laudo, información puntual que en todos los casos requerirá de la autorización de las partes.

De manera similar procedió el tribunal del caso *Telefónica S.A v.s United Mexican States*, en el que las partes tenían posiciones disímiles en lo concerniente a la confidencialidad y transparencia, toda vez que Telefónica, apoyada en la cláusula de confidencialidad vigente entre las partes, adujo que la información presentada durante el procedimiento era confidencial al relacionarse con los costos, ingresos y rentabilidad de la inversión de Telefónica en México, datos acerca de la red y el uso de tecnologías y del espectro, estados contables, estados financieros, participación del mercado, proyecciones del mercado, así como otra información de diversa naturaleza,⁹²⁴ lo que podía terminar afectando los intereses de Telefónica, de caer esta información en manos de terceros, por lo que Telefónica exigió la confidencialidad de la información.

⁹²³ *Biwater Gauff Ltd v.s United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, Procedural Order No 5, February 02 2007. paras 46, 68 – 72.

⁹²⁴ *Telefónica S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/4 Procedural Order No 1. July 8 2013.

El Estado, en una multiplicidad de argumentos adujo que ni el APPRI, ni el reglamento de Arbitraje imponían una obligación de confidencialidad a las partes, salvo en lo relativo a las audiencias. En su visión, la totalidad de la información no debe ser confidencial, por cuanto, al no estar expresamente señalado en el APPRI, no es posible inferirse tal restricción.

En la visión del tribunal, ni el APPRI, ni el convenio sobre arreglo de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, ni el mecanismo complementario contiene reglas generales de publicidad o confidencialidad que deban ser observadas por las partes, convalidando lo propuesto por el Estado demandado, toda vez que, de no pactarse la confidencialidad y ante la ausencia de una norma específica sobre esta en el APPRI y el reglamento, será aplicable el artículo 35 del reglamento que establece la facultad del tribunal para decidir ante las cuestiones no reguladas.

El tribunal concluyó señalando: “Las partes deben abstenerse de revelar a terceros: las actas o minutas de audiencias; los documentos aportados por las Partes en el procedimiento; la correspondencia relativa al procedimiento (intercambiada entre las partes o entre éstas y el tribunal)”⁹²⁵

Siendo un tema ampliamente debatido en el arbitraje internacional, tanto comercial, así como de inversión, la transparencia además de erigirse como un elemento integrante de la garantía a la que hacemos referencia, desarrollaría un papel legitimador dentro del arbitraje de inversión que se ventila particularmente en el CIADI, dadas las trascendentales materias que son abordadas en las disputas, las que se relacionan estrechamente con asuntos de trascendencia pública.

⁹²⁵ Idem. Numeral 5, sección decisión.

5.7 HACIA UNA NOCIÓN DE JUS COGENS PROCESAL

Del análisis planteado y una vez identificadas las garantías que la práctica ha demostrado aplicables al sistema CIADI, consideramos que resulta procedente acudir a la noción de JUS COGENS procesal, para sortear las dificultades evidenciadas y corresponde por tanto dilucidar la forma en que esta noción contribuye a reducir el nivel de abstracción de las garantías, haciendo plausible la concreción y contribuyendo de tal forma con la estabilidad del sistema.

El concepto de JUS COGENS, en su perspectiva formal, hace parte del derecho internacional desde mediados del siglo XX, momento en el que en el ámbito internacional se suscitó el debate en torno a esta categoría jurídica, dadas las atrocidades perpetradas a lo largo de la Segunda Guerra Mundial y los esfuerzos tendientes a evitar que los mismos se volvieran a consumir⁹²⁶. Al interior de la Conferencia de Viena, que dio origen a la Convención, los Estados aceptaron la idea del Jus Cogens como parte del Derecho Internacional, en tanto que los debates giraron en torno al fundamento del Jus Cogens. Pese a lo anterior, una parte de la doctrina⁹²⁷, considera que el Jus Cogens carece de práctica, por lo que pareciera más ser una noción teórica, que podría terminar atentando contra la estabilidad de los tratados internacionales y el principio *pacta sunt servanda*, a la

⁹²⁶ La noción de Jus Cogens proviene directamente del derecho romano clásico (Jure Cognete) específicamente del Digesto de Justiniano, haciendo referencia en estricto sentido a normas inderogables, mencionándose como "*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*". (El derecho público no puede modificarse por pactos privados) (D.II 14.38. Los juristas clásicos del derecho internacional, (Grocio, Vattel y Wolff), desde una visión del Derecho Natural, compartían la idea sobre la existencia de algunas normas de derecho internacional que se aplican de forma independiente de la voluntad de los Estados, este derecho inmutable, justo y universal y por tanto es inalterable, en palabras de Grocio, ni Dios puede cambiar las leyes naturales. Con la irrupción del positivismo en el siglo XIX, la noción fue usada de forma ambivalente por los doctrinantes y se reconocía que los Estados no podían dejar de lado determinadas normas que por tanto se consideraban inderogables. Una vez finalizada la primera guerra mundial, resurgió la doctrina de las normas de mayor jerarquía, con el invaluable aporte que significó la aprobación del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Posteriormente Verdross se referiría a los tratados que sean contrarios a la ética de una comunidad, discusión que se dio al interior de la Comisión que se encargó de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. HANNIKAINEN, Lauri. 1988. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.

⁹²⁷ ORAKHELASHVILI, Alexander. 2006. *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.

vez que se aduce una incompatibilidad esencial entre la noción de Jus Cogens y la naturaleza y estructura del Derecho Internacional.⁹²⁸

La discusión en torno al Jus Cogens, podría iniciarse abordando lo referente a la naturaleza de éstas normas y a clarificar de donde proceden, toda vez que una parte de la doctrina ha afirmado que las mismas solo se derivan del derecho consuetudinario internacional⁹²⁹, en tanto que otros, han aseverado que esta clase de normas solo pueden proceder de tratados multilaterales, casi universales, dado el nivel de aceptación que se requiere, así como del derecho consuetudinario internacional⁹³⁰, a la vez que, otros consideran que estas normas solo pueden ser tomadas del derecho consuetudinario internacional, así como de los principios del derecho⁹³¹, en tanto que algunos han manifestado que se compone solo de principios generales del derecho⁹³². Igualmente, algunos han postulado que solo proceden de los acuerdos y tratados internacionales celebrados⁹³³, a la par que otros han planteado que solo devienen de las principales fuentes del derecho internacional (acuerdos, costumbre internacional, principios generales del derecho)⁹³⁴ y por último, un sector de la doctrina ha llegado a considerarla como una fuente sui generis con una jerarquía superior o como una expresión de consenso entre los Estados miembros de la Comunidad Internacional⁹³⁵ con respecto al Jus Cogens.

⁹²⁸ KOLB, Robert. 2015. *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*. London: Hart Publishing.

⁹²⁹ CZAPLINSKI, Wladyslaw. 2006 “ Jus Cogens and the Law of the Treaties” in TOMUSHAT Christian and THOUVENIN, Jean - Marc (eds). *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Boston: Leiden; LINDERFALK, Ulf. “The Creation of Jus Cogens – Making sense of article 53 of the Vienna Convention”. (2011) 71 *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches recht und Völkerrecht*.

⁹³⁰ SHAW, Malcolm. 2014. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁹³¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. 2006. *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.

⁹³² ALSTON, Phillip and SIMMA, Bruno. “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, General Principles (1988) 12 *Australian Yearbook of International Law* P 102

⁹³³ SCHWARZENBERGER, George. *International Jus Cogens*. (1964/1965) 43 *Texas Law Review* 455.

⁹³⁴ NIETO NAVIA, Rafael. 2003. *International peremptory norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law in Vorah*, Lal Chand (ed) *Man’s Inhumanity to Man: Essays in Honour of A Cassese*. The Hague: Brill Academic.

⁹³⁵ JANIS, Mark Wston. 2010. “The Nature of Jus Cogens” in May, Larry and Brawn, Jeff. (Eds) *Philosophy of Law: Classic and Contemporary readings* New York: Wiley – Blackwell.

Desde otra visión⁹³⁶, se ha considerado que el raciocinio debe hacerse a partir del análisis formal de la jerarquía, mas no desde su perspectiva material, es por ello que el jus cogens debe verse desde la relación *lex generalis/ lex specialis*, pero no desde la que corresponde a *lex superior / lex inferior*, por cuanto puede inducir a un error en el razonamiento, en tanto puede llevar al interprete a pensar que la norma es superior, per se, sin que deba ser tenido en consideración ningún otro criterio, resultando claro que el Jus Cogens se centra en las fuentes que son útiles para resolver la disputa, dado que la jerarquización normativa dentro del derecho internacional es mucho más compleja que la que se da en los planos nacionales, en los que el texto constitucional señala el derrotero a seguir y el esquema de derivación se hace claro en identificar un orden de prevalencia normativa, en tanto que, con respecto al Jus Cogens, el cuestionamiento surge en torno a los criterios que permiten identificar una norma de Jus Cogens en particular. Desde esta perspectiva, la cuestión puede ser abordada, bien desde el punto de vista del descubrimiento, esto es, la manera como las personas que se encuentran vinculadas con el tema, terminan considerando que un precepto en particular ostenta la condición de formar parte del Jus Cogens, o bien puede ser abordada desde otra visión en la que el cuestionamiento surge a partir de la forma como se argumenta a favor de considerar que las normas identificadas, realmente hacen parte del Jus Cogens, por reunir los presupuestos necesarios.

El asunto al que hacemos referencia se ha discutido varias veces, incluso, el propio Verdross⁹³⁷ analizó si en el derecho internacional general existían normas que tuviesen el carácter de Jus Cogens, debiendo considerarse a aquellas, como las que autorizan o prescriben cierto comportamiento incondicional, sea este positivo o negativo y que dada su entidad, no pueden ser modificadas por las partes. Esta visión, es trascendental por cuanto remarca los valores

⁹³⁶ KOLB, Robert. 2015. *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*. London: Hart Publishing.

⁹³⁷ VERDROSS, Alfred Von, *Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on "The Law of Treaties"* 31 AM. J. INT'L L. 571, 571 (1937)

fundamentales de la comunidad internacional y su protección. En el mismo sentido, ha habido una gran controversia en torno a la aplicación práctica de las disposiciones que pueden ser consideradas como Jus Cogens, por cuanto en algunos casos se ha considerado como una categoría jurídica inexistente y de una composición gaseosa, en tanto que en otros casos, se ha establecido que son el equivalente a principios constitucionales del derecho internacional, asimilándose a un *Bill of Rights*⁹³⁸. Diversas dificultades pueden surgir alrededor del concepto Jus Cogens, como aquellas que se relacionan con las obligaciones erga omnes, por cuanto en muchos casos tienden a ser entremezcladas, pese a que son dos categorías jurídicas distintas, dado que la segunda, corresponde al efecto jurídico que irradia de la primera, de tal forma que, las obligaciones erga omnes son aquellas que se tienen frente a la comunidad internacional como un todo, en tanto que el concepto Jus Cogens está basado en una comunidad de intereses⁹³⁹, siendo preciso resaltar que las normas que forman parte del JUS COGENS generan obligaciones erga omnes, no obstante, no todas las obligaciones erga omnes se derivan de normas que forman parte del JUS COGENS.

A su vez, el asunto puede ser abordado desde el análisis que se haga de la estructura del arbitraje internacional, en sus formas preponderantes (Entre Estados, Comercial y de inversión) enfocándose el centro del análisis en el consentimiento, por cuanto se requiere de la presencia de este de forma previa al inicio del trámite arbitral. Por la vía propuesta, la conexión formal entre el arbitraje y el Estado, haría imposible para los Estados desconocer las obligaciones procesales, por cuanto los Estados no pueden propiciar la injusticia procesal, incluso, cuando esta se deriva de un tercero imparcial, como lo es el árbitro, surgiendo en consecuencia una obligación ineludible.

⁹³⁸ VOLGER, Richard. 2012. Due Process in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press.

⁹³⁹ KADELBACH, Stefan. 2006. Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules - The Identification of Fundamental Norms, in Tomuschat, Christian & Thouvenin, Jean-Marc (Eds). The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. Leiden: Martinus Nijhoff. P. 21, 26

Los criterios de identificación del Jus Cogens que debemos tener en consideración se relacionan con la pertenencia de la norma al derecho internacional general, por lo que estamos en presencia de un proceso dual, que parte de la creación de una norma ordinaria de derecho internacional general y la posterior elevación de esa norma al rango de Jus Cogens; debe ser aceptada y además reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario, este reconocimiento debe provenir de la comunidad internacional de Estados, con base en diversos pronunciamientos, entre otros, los tratados y las resoluciones, las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados, las publicaciones oficiales, los dictámenes jurídicos gubernamentales, la correspondencia diplomática y las decisiones de los tribunales y cortes nacionales también pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento, a la vez que pueden servir las sentencias y decisiones de los tribunales y cortes internacionales, especialmente las decisiones adoptadas por la Corte Internacional de Justicia, así como la labor de la Comisión de Derecho Internacional, los órganos de expertos y la doctrina especializada.

Esta categoría legal fue incluida en la Convención del Viena sobre el Derecho de los Tratados, en los artículos 53 y 64, disposiciones en las que se consideró que las normas de Jus Cogens, procedían de aquellas que contaban con una aplicación universal, bien por tratarse de una costumbre internacional o por ser un principio general del derecho, tal como se evidencia en el texto del primer artículo citado:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

De la lectura de la norma, ab initio, se podría considerar que los términos utilizados con respecto a la aceptación y al reconocimiento, podrían entenderse como una clara alusión a las fuentes establecidas en el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte internacional de Justicia, sin embargo, el precepto que hace referencia al conjunto de los Estados, no ha sido tradicionalmente asociado con la formación de los tratados, la costumbre internacional o los principios generales del derecho, por lo que el texto de la Convención de Viena, deja abierto el espacio de identificación de las normas que forman parte del Jus Cogens.⁹⁴⁰

La norma de la Convención de Viena a la que nos estamos refiriendo, refleja una visión binaria que considera que en el derecho internacional existen las normas que forman parte de un conjunto de disposiciones generales que corresponden al *jus dispositivum* y las normas que pertenecen al Jus Cogens, categorías que son mutuamente excluyentes, por lo que no será admisible predicar una condición dual para una misma disposición. El propio Verdross, quien fungía como presidente de la Conferencia Diplomática de la que surgió la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, lo planteó así:

“ (...) In the field of international law there are rules having the character of jus cogens. The criterion for these rules consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole international community. Hence these rules are absolute. The others relative, because the rights and obligations created by them concern only individual states inter se.”⁹⁴¹

La aparente claridad que se acaba de plantear, puede resultar engañosa, por cuanto, como se señaló en precedencia, hay un fuerte debate, en torno a la

⁹⁴⁰ LINDERFALK, Ulf. “The creation of Jus Cogens – Making sense of Article 53 of the Vienna Convention” (2011) 71 ZaöRV P 359 – 78.

⁹⁴¹ VERDROSS, Alfred. “Jus Dispositivum and Jus Cogens in international law” (1966) 60 American Journal of International Law P 55, 58.

naturaleza de las normas de Jus Cogens, así como en lo que tiene que ver con la jerarquía de las mismas y los criterios que resultan relevantes para identificarlas. En este sentido, desde el punto de vista de la teoría legal, el asunto podría mirarse desde varias perspectivas, bien a partir de la relación que existe entre las normas, al menos desde una visión estructural, que atañe a la forma como el derecho es creado y el que se desarrolla a partir de dichas normas⁹⁴²; en tanto que el abordaje se puede dar desde el punto de vista sustancial, para hacer prevalecer una norma en los casos de colisión⁹⁴³, a la vez que podría ser visto desde una perspectiva lógica que tiene en consideración la relación que se da entre dos normas desde la perspectiva metalingüística⁹⁴⁴ y por último la relación axiológica, que se vincula a los valores subyacentes en las normas como criterio de prevalencia⁹⁴⁵. Esta multiplicidad de criterios desarrollados en la doctrina, se han reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, la que ha hecho referencia implícita y explícita en más de 90 casos⁹⁴⁶ a la noción de Jus Cogens y las

⁹⁴² KELSEN, Hans. 1979. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press.

⁹⁴³ ÖHLINGER, Teo. 1975. *Der Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtstheoretische und Ideologische Aspekte*. Wien: Manz.

⁹⁴⁴ HART, Herbert. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

⁹⁴⁵ WEIL, Prosper. *Towards relative normativity in international law?* *Am J Int Law* 77: P 413 - 442
La discusión en torno al jus Cogens desde la teoría legal ha girado alrededor del positivismo y el idealismo, dadas las particularidades en el abordaje: En tanto que para el positivismo, las normas que hacen parte del Jus Cogens se derivan del proceso ordinario del surgimiento de la costumbre internacional y por tanto se basa en la opinio juris del Estado, por lo que, al menos en una visión teórica, resulta admisible la existencia de Jus Cogens regionales. Por esta vía, el positivismo reconoce la existencia de una jerarquía normativa y por tanto, estas normas cumplen una función de aportar coherencia al sistema legal. Por su parte, desde el idealismo, el Jus Cogens se deriva de procesos ordinarios de ideales a priori o inferidos de las actividades sociales de la comunidad internacional, por tanto, propende por preservar la coherencia axiológica en el sistema legal internacional.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) [Provisional Measures], Decision January 23 2020, I.C.J. Reports 2020.

⁹⁴⁶ Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Bélgica c. España), Judgment February 5 1970, ICJ Reports 1970, pág. 3 y ss., en especial pág. 304; voto particular del Vicepresidente Ammoun en la causa Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion. June 21 1971. I.C.J Reports 1971; Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, fallo de 26 de noviembre de 1984, ICJ Reports 1984, pág. 392, párr. 88 (“si bien apenas hay acuerdo en cuanto al alcance del jus cogens, es importante recordar que en la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados hubo acuerdo general en que si el jus cogens tiene algún fundamento consensuado ese fundamento plasma en el párrafo 4 del artículo 2.”); voto particular del Magistrado Lauterpacht en Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia

posiciones de sus magistrados, al igual,⁹⁴⁷ las que en uno y otro caso han sido diversas.

A partir del contenido del artículo 53 de la Convención de Viena a la cual se ha hecho referencia, se evidencia que el Jus Cogens requiere la aceptación y reconocimiento por parte de la comunidad de Estados como un todo, criterio que per se, difiere del establecido para la creación de cualquier otra de las fuentes

(Serbia y Montenegro)) Further Requests for the Indication of Provisional Measures, providencia de 13 de septiembre de 1993, ICJ Reports 1993, pág. 325, párr. 100 (“... ello se debe a que la prohibición del genocidio ... ha sido generalmente aceptada en el sentido de que no ostenta la jerarquía de una norma ordinaria de derecho internacional, sino la de una norma de jus cogens. En verdad, la prohibición del genocidio se ha considerado de larga data como uno de los pocos ejemplos indudables de jus cogens.”); voto particular del Magistrado Ranjeva en Case Concerning East Timor (Portugal c. Australia), fallo de 30 de junio de 1995, ICJ Reports 1995, págs. 90 y ss., en especial pág. 45 (“el jus cogens se ubica en el ámbito del derecho positivo”); Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro) fallo de 26 de febrero de 2007, ICJ Reports 2007, pág. 43, párrs. 147 a 184; Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, opinión consultiva de 22 de julio de 2010, ICJ Reports 2010, pág. 403; Jurisdictional Immunities of the State (Alemania c. Italia: intervención de Grecia), ICJ Reports 2012, P. 99, para. 92; Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica c. Senegal), fallo de 20 de julio de 2012, ICJ Reports 2012, pág. 422, párrs. 99 y 100. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croacia c. Serbia), Judgement, February 3 2015, ICJ Reports 2015, para 87.

⁹⁴⁷ Voto en disidencia del Magistrado De Castro en la causa Nuclear Tests Case (Australia v. France), fallo de 20 de diciembre de 1974, ICJ Reports 1974, págs 253 y ss., en especial pág. 388 (“[l]a idea de que el Tratado de Moscú, por su propia naturaleza, forma parte del derecho consuetudinario o el ius cogens bien puede ser objeto de duda por su carencia de universalidad”). Véase el voto en disidencia del Magistrado ad hoc Kreća en la causa Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, July 11 1996, ICJ Reports 1996, pág. 595, párr. 43 (“El jus cogens echa las bases para una transformación mundial en las relaciones de la soberanía del Estado con el ordenamiento jurídico en la comunidad internacional y para el establecimiento de condiciones en que el estado de derecho puede prevalecer sobre la libre voluntad de los Estados”); el voto particular del Magistrado Ranjeva, en la causa Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), fallo de 10 de octubre de 2002, ICJ Reports 2002, pág. 303, párr. 3 (“[s]olo los efectos de las normas de jus cogens pueden justificar una impugnación del principio del consenso.”); véanse el voto particular del Magistrado ad hoc Dugard en la causa Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, fallo de 3 de febrero de 2006, ICJ Reports 2006, pág. 6, párr. 10; voto en disidencia del Magistrado Cançado Trindade en la causa Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, providencia de 6 de julio de 2010, ICJ Reports 2010, párr. 310, párrs. 134 y ss. y párr. 141 (“El consentimiento del Estado y el jus cogens no pueden ser más antitéticos.”). Se observa un enfoque decididamente positivista en el voto particular del Magistrado Schücking, en la causa Oscar Chinn (nota 61), pág. 149, donde el carácter de jus cogens de una norma se basa en un acuerdo de los Estados en relación con la norma de que se trate y un compromiso de que la norma no será alterada por algunos de ellos;

señaladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, particularmente de la costumbre internacional, con respecto a la que únicamente se requiere la presencia de la opinio juris, mas no de la presencia de los Estados como un todo, por lo que se evidencia que, al abrigo de la actual Convención de Viena, una disposición de Jus Cogens, en principio será una norma de carácter general de derecho internacional y sólo al cumplir con los requisitos ya referidos, se erigirá como una norma de Jus Cogens, por cuanto, no depende de la práctica consistente del Estado, diverso a lo sucedido con el derecho consuetudinario internacional. Con base en la norma recién referida, al interior de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se ha considerado que las disposiciones que hacen parte del Jus Cogens pueden derivarse de cualquiera de las tres fuentes clásicas, siempre y cuando se satisfagan los criterios establecidos en el artículo 53 de la Convención de Viena, erigiéndose de esta forma una visión binaria

Ha sido la propia Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas la que a partir de diversos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, ha ubicado al Jus Cogens en una categoría jerárquicamente superior de otras reglas de derecho internacional. Desde esta perspectiva y por la vía que proponemos se puede apreciar un elemento que altera el sistema normativo internacional, en el que, desde un plano horizontal, los Estados se encuentran ubicados en una misma posición de igualdad y por tanto, el Jus Cogens se ubicaría en la posición más alta del plano vertical, lo que ha sido puesto de presente por los propios tribunales internacionales que han debido abordar la materia,⁹⁴⁸ sin embargo, con respecto al Derecho Procesal Internacional es una noción que no ha sido desarrollada en general y mucho menos en el CIADI, razón suficiente en la que se funda esta propuesta.

⁹⁴⁸ European Court of Human Rights *Al – Adsani v. the United Kingdom*, App No 35763/97, 2001 XI Eur. Ct. HR.761.

En este aspecto, algunos doctrinantes⁹⁴⁹ han considerado que todos los derechos humanos, incluyendo el derecho de acceso a la justicia y la naturaleza civil del procedimiento, deben ser parte del Jus Cogens, debido a la trascendencia de estas categorías jurídicas.

Dado lo anterior, es claro que en el derecho internacional, la existencia de una obligación legal presupone la presencia de una relación causal, esto es, el reconocimiento de una disposición de la que emana la obligación que debe ser cumplida, en este orden, las normas que pueden ser catalogadas como Jus Cogens, tienen una especial naturaleza dentro del derecho internacional, dado que está prohibida su derogatoria, a la par que se considerarán carentes de efecto a aquellas normas que pretendan invalidar a estas especiales disposiciones, en tanto que la modificación de las mismas, estará restringida a normas que tengan la misma entidad y jerarquía, por cuanto las mismas han sido erigidas como base y guarda de los más altos valores e intereses de la comunidad internacional como un todo y en consecuencia, son consideradas como normas obligatorias de alcance universal⁹⁵⁰.

Para darle contenido a lo propuesto, es pertinente retomar la distinción a la que nos referimos en el capítulo II, en torno al derecho sustancial y procesal, esta vez, para buscar una salida en relación con la admisibilidad de predicar la existencia de un JUS COGENS PROCESAL en el CIADI, en el que estén presentes los principios generales del derecho procesal, cuestión que resulta controversial, si se tiene en cuenta que el Jus Cogens ha sido visto desde un plano sustancial, en cuestiones relacionados con la prohibición de la esclavitud, de la discriminación

⁹⁴⁹ ORAKHELASHVILI, Alexander. 2006. *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press. "Substantive criteria to identify peremptory human rights are the same as general criteria of identification of jus cogens: (1) whether a right protects the community interest transcending the individual State interests: and (2) whether the derogation from such right is prevented by its non – bilateralizable character"

⁹⁵⁰ En esta visión, la obra de Cassese es fundamental, por cuanto señala "The fundamental values of the world society are those enshrined in that core of rules that constitute the international jus cogens, a set of peremptory norms that may not be derogated from" CASSESE, Antonio. 2012. *A plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights*. In Cassese, Antonio (ed) *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press. P 136 – 139.

racial, entre otros y por tanto, no ha sido abordado desde una perspectiva procesal, mucho menos desde la perspectiva propia del arbitraje de inversión.⁹⁵¹

Al interior del sistema CIADI, en relación con diversos casos adelantados contra la Argentina se abordó por los tribunales los argumentos planteados por el Estado demandado y relacionados con el Jus Cogens, todos ellos desde la perspectiva de lo sustancial, vinculados con la justificación de las medidas adoptadas por el Estado en el marco de la severa crisis económica de 2001⁹⁵²

⁹⁵¹ la Corte en la opinión consultiva titulada Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, de 28 de mayo de 1951, ICJ Reports 1951, págs. 15 y ss., en especial pág. 23, La Corte reconoce al “genocidio como ‘crimen de derecho internacional’ que implica una denegación del derecho a existir de grupos humanos enteros, una denegación que ultraja la conciencia de la humanidad y se traduce en grandes pérdidas para la humanidad, y que es contraria a la ley moral ... La primera consecuencia derivada de esta concepción es que los principios en que se sustenta la Convención son principios que las naciones civilizadas reconocen como vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de una obligación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación imprescindible para liberar a la humanidad de tan odioso flagelo. ... su objeto, por un lado, es salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y, por el otro, confirmar y convalidar los principios de moralidad más elementales”). Véase, también, la pág. 24, donde la Corte declara que la prohibición del genocidio “se funda en principios morales y humanitarios”. Véase también, *Prosecutor v. Jelisić* (IT-95-10-T), 14 de diciembre de 1999 (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), párr. 60, donde el Tribunal afirma que en la opinión consultiva titulada Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, la Corte Internacional de Justicia colocó el crimen de genocidio en la categoría de jus cogens. Sin embargo, la Corte, tal vez en su más clara invocación del jus cogens, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 146), párr. 99, adoptó lo que bien podría interpretarse como un enfoque de la determinación del jus cogens fundado en el consentimiento, al menos en la medida en que el derecho internacional consuetudinario se considera fundado en el consentimiento (“[e]sa prohibición se fundamenta en una práctica internacional generalizada y en la opinio juris de los Estados”). Del mismo modo, la referencia tentativa de la Corte a la prohibición del uso de la fuerza como parte del jus cogens en la causa *Military and Paramilitary Activities* (nota 146), pág. 190, se basa, además de la labor de la Comisión, sobre la aceptación de la prohibición por los Estados. En ese pasaje la Corte cita, además de la labor de la Comisión, referencias frecuentes al jus cogens por parte de los representantes de los Estados y el hecho de que ambas partes en la controversia aceptaban la prohibición como parte del jus cogens.

⁹⁵² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award May 12 2005 para 121.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award July 14 2006, para 254
Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award January 17 2007, para 75

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award September 28 2007, para 332

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award September 5 2008, para 192

Por la vía que proponemos, y dada la imperatividad de las normas que la integran, la noción de JUS COGENS PROCESAL permite superar el requisito del consentimiento, necesario para la operatividad de las normas dentro del arbitraje, al que se ha hecho referencia a lo largo del presente trabajo por cuanto, al haber sido aceptadas las normas perentorias por la mayoría de los Estados, el sistema internacional queda supeditado en su conjunto a tales disposiciones dada la perentoriedad de las mismas, por lo que, operaran indistintamente, bien si los Estados han exteriorizado su consentimiento o no para el caso en particular.

Esta última aproximación, se acerca a la visión adoptada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas⁹⁵³, que consideró:

“Peremptory norms need not achieve universal acceptance to create a binding international consensus ...; instead, international norms may claim a consensus of "the international community of States as a whole" if a "very large majority" of representative states accept the norms as nonderogable. Circumventing actual state practice, advocates of this consensus theory typically presume that states signal their consent to peremptory norms through a variety of expressive acts Consensus theory thus envisions a new, autonomous mode of general international law formation - a quasi-customary source that is not beholden to state practice or individualized state consent.”

Las garantías procesales que pueden considerarse que forman parte del JUS COGENS, tienen entonces una jerarquía especial con respecto a las demás

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine, Award July 30 2010, para 262 EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award June 11 2012.

⁹⁵³ Draft Conclusions on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), Report of the International Law Commission, Seventy – First Session, General Assembly Official Records (A/74/10) (2019), Chapter IV.

normas que integran el ordenamiento internacional, por lo que resulta viable predicar su carácter universal y vinculante, incluso frente a Estados que no han exteriorizado su consentimiento frente a ellas. Aunado a lo anterior, la noción de JUS COGENS PROCESAL contribuye con el orden público internacional al constituirse en base del propio sistema internacional.

Resulta entonces evidente, que la inclusión de normas procesales dentro de diversos tratados internacionales en el área del arbitraje, así como el consenso que existe a nivel internacional sobre el contenido fundamental y la no derogabilidad de las normas fundamentales procesales, son la base que permite predicar la existencia de un JUS COGENS PROCESAL, situación que se ha consolidado, aún a pesar de la cerrada “industria” del arbitraje internacional, toda vez que la preponderancia de estas normas ha propiciado la consolidación de la situación descrita, a partir de las mismas decisiones adoptadas en la esfera internacional o del reconocimiento dado en los propios instrumentos, por lo que nos resta analizar las disposiciones que podrían ser parte del JUS COGENS PROCESAL, basados en los principios generales del Derecho Procesal Internacional aplicables al sistema CIADI, según el análisis que se ha hecho a lo largo de este trabajo.

Habiéndose establecido la posibilidad de predicar la existencia de un JUS COGENS PROCESAL al interior del CIADI y dada la importancia que el mismo tiene, es procedente proponer que las garantías que fueron identificadas dentro del presente capítulo, dada su especial condición en el ámbito procesal, sean consideradas como parte del Jus Cogens al que venimos haciendo referencia dada la perentoriedad de las garantías identificadas, en aras de contribuir a la estabilidad del sistema como un todo.

Ahora bien, dada la estructura de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de conformidad con lo señalado en los artículos 53 y 64, se garantiza, que en el caso hipotético en que llegue a colisionar una norma de procedimiento

que se considere como integrante del Jus Cogens, con alguna disposición contenida en un tratado de inversión, se entenderá que la disposición del tratado queda sin efecto. En el mismo sentido, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece la forma como interactúan las fuentes del derecho y dado que, en el artículo 31, que contiene el principio de la integración se dispone la forma como el interprete debe tener en cuenta las reglas de derecho internacional que resulten aplicables a las partes se demanda la realización de una interpretación sistemática, en aras de propiciar la unidad del derecho internacional, norma que complementa lo dispuesto en el artículo 42 de la Convención del CIADI, con respecto a la aplicación de las disposiciones por parte del tribunal.

Por la misma vía propuesta, resulta útil la aplicación de la noción de JUS COGENS PROCESAL al interior del CIADI, dado que estas normas protegen el orden público internacional, manteniendo la integridad de las normas fundamentales del derecho internacional⁹⁵⁴ y asegurando la aplicación de las mismas. Al interior del sistema CIADI, el artículo 42 de la Convención, refleja la obligación para el tribunal arbitral de observar el derecho internacional, de tal forma que implícitamente se establece la obligación de velar por la salvaguarda del orden público internacional⁹⁵⁵.

En el mismo sentido, el reconocimiento del JUS COGENS PROCESAL contribuye decisivamente a la jerarquización del sistema normativo, lo que propende en la consecución de la armonía, así como de los intereses generales y de los valores propios de la justicia hacia los cuales debe tender, en la medida en que los mismos son expresión cierta de la salvaguarda de los intereses compartidos por la comunidad internacional, como un reflejo verdadero de los valores humanos, por

⁹⁵⁴ World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7. Award October 04 2006, para 141.

⁹⁵⁵ El tribunal del caso Roussalis relacionado con la preservación de los derechos garantizados por el tratado bilateral de inversión de Grecia y Rumania, estableció la posibilidad de tener como provisiones legales las derivadas de tratados multilaterales, incluyendo aquellos por fuera del derecho de inversión, como sería la Convención Europea de derechos humanos. Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1. Award December 7 2011.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

tanto, los árbitros ostentan una posición privilegiada en la interpretación y aplicación del JUS COGENS PROCESAL que se podría dar al interior del CIADI, más aún si se tiene en cuenta la interrelación que se da en el derecho de inversión entre los intereses públicos y privados.

De conformidad con lo hasta aquí evidenciado, proponemos que se reconozcan como normas del JUS COGENS PROCESAL dentro del sistema CIADI las siguientes garantías procesales: Debido proceso, la igualdad de las partes, el derecho de defensa y el iure Judge Naturel, con el alcance y extensión que se señaló en precedencia.

5.8 CONCLUSIONES PARCIALES:

Las disposiciones normativas que compone al CIADI, fueron concebidas fundamentalmente como un sistema procesal, caracterizado por una abstracción y falta de concreción, buscada conscientemente por quienes se encargaron de delimitar el alcance del mismo, lo que en múltiples ocasiones, antes que contribuir en la solidez del sistema, lo ha afectado por los múltiples vacíos de los que adolece.

La noción de garantías procesales ha sido un concepto que ha tenido un abordaje diverso, tanto por las partes, así como por los distintos Tribunales arbitrales y los Comités Ad Hoc que han tenido que referirse al tema. Esta diversidad de visiones y ausencia de disposiciones normativas que delimiten el asunto ha propiciado el proferimiento de múltiples decisiones con aproximaciones, en muchos casos contradictorias al tema, con sus correspondientes efectos sobre las decisiones adoptadas al interior del sistema.

Es en el marco que se describió en este capítulo, en el que la noción de Jus Cogens, que ha sido desarrollada fundamentalmente desde la perspectiva sustancial y enmarcada dentro de las áreas relacionadas con los Derechos

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

Humanos y el Derecho Penal, viene a adquirir relevancia desde el Derecho de Inversión y mucho más desde el Arbitraje, como una noción de **JUS COGENS PROCESAL**, que dada su especial naturaleza y caracterización, consideramos que contribuye con la concreción y estabilización que requiere el sistema arbitral del CIADI en lo concerniente a las garantías fundamentales.

Dada la especial naturaleza de los intereses vinculados con los casos que se ventilan al interior de los arbitrajes de inversión, concretamente en el ámbito del CIADI, las normas relacionadas con la transparencia desarrolladas al interior del sistema de Naciones Unidas, contribuyen a la legitimidad del sistema al permitir que los actores, ajenos a la disputa puedan conocer la información relevante, relacionada con asuntos de trascendencia pública.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES GENERALES

Tal como ha sido puesto de presente a lo largo de este trabajo, el Derecho Internacional de Inversiones se estructura a partir de una intrincada red descentralizada, fundamentada preponderantemente en instrumentos internacionales, pero a la vez en contratos de diversa naturaleza, lo que en si mismo, demarca una amplia diversidad de vías procesales, en múltiples jurisdicciones, que permiten presentar reclamaciones ciertas de los derechos sustanciales que han sido reconocidos entre las partes, por lo que se aprecia un panorama variado, que no depende de instituciones interconectadas, centralizadas, ni ordenadas jerárquicamente.

En el marco recién descrito, las posiciones doctrinales en torno al vertiginoso desarrollo de esta área del Derecho Internacional, van desde los que afirman que es una forma novedosa de neocolonialismo⁹⁵⁶ que se enfila en contra de los Estados subdesarrollados, hasta quienes consideran que el derecho de inversiones y los diversos sistemas de resolución de disputas que le son propios, contribuyen decisivamente en la consolidación y estabilidad del derecho internacional.⁹⁵⁷

A la par, como se acreditó a lo largo de este trabajo, la mayor parte de las obras de los doctrinantes, así como las tesis doctorales que se han escrito en torno al derecho internacional de inversiones, se han ocupado fundamentalmente de los temas propios del derecho sustancial, en tanto que poquísimos textos se han dedicado al estudio de los asuntos vinculados con las cuestiones procesales de los que trata este escrito.

⁹⁵⁶ SCHULTZ, Thomas and DUPONT, Cédric, Investment Arbitration: Promoting the rule of law or over – empowering Investors? A Quantitive Study (2015) 25(4) EJIL P 114.

⁹⁵⁷ SCHILL, Stephan W., In Defense of International Investment Law (February 23, 2017). Marc Bungenberg (eds.), European Yearbook of International Economic Law, vol. 7. Cham: Springer, 2016.

En el mismo sentido, ha sido puesto de presente que la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros inició su consolidación a partir del siglo XVIII, pero las vías procesales para resolver las disputas que se suscitaban en torno a éstos, solo vinieron a aparecer con claridad en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, a partir de un decidido impulso que se dio desde la visión institucionalista del nuevo orden internacional que emergió en este marco histórico, hasta llegar al escenario actual, en cuyo vertiginoso desarrollo incidió decisivamente el colapso del campo socialista y las nuevas formas económicas que ello posibilitó, lo que es evidente si se mira que en 1959, fue firmado el primer tratado internacional de inversión entre Alemania y Pakistán, en tanto que en toda la década de 1980 solo fueron suscritos 179 tratados de este tipo, cifra muy inferior a 1997, año histórico en el que fueron firmados casi 250 instrumentos de esta naturaleza, euforia que ha quedado atrás, si se compara con los 14 tratados que fueron firmados en 2021⁹⁵⁸ escenario que a futuro, al menos en lo que concierne al espacio europeo se verá afectado debido a la decisión proferida por la Corte Europea de Justicia en el caso Achmea.

De forma inversa, en la medida en la que ha decaído la suscripción de nuevos tratados, se ha incrementado exponencialmente el número de disputas y por tanto el uso de los diversos sistemas de resolución de las mismas, lo que se demuestra si se tiene en cuenta que el primer caso que se registro en el CIADI, data de 1972⁹⁵⁹ en tanto que el año donde más disputas se han iniciado en este foro ha sido el año 2020⁹⁶⁰ con 54 solicitudes de arbitraje presentadas. La hasta ahora, indiscutible primacía del CIADI como foro de resolución de disputas internacionales, dentro del derecho de inversión, por la vía del arbitraje, fue uno de los principales hechos que motivó a que la presente investigación se ocupara de este sistema, sin embargo, el panorama no es del todo claro a futuro, máxime si

⁹⁵⁸ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (Acceso julio 31 de 2022)

⁹⁵⁹ Holiday Inns v. Morocco (ARB/72/1) July 2, 1972.

⁹⁶⁰ <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics> (Acceso julio 31 de 2022)

se tiene en cuenta que en los últimos 10 años, la Corte Permanente de Arbitraje y la Cámara de Comercio de Estocolmo se han ido posicionando como foros de resolución de disputas por la vía del arbitraje dentro del derecho de inversión, esto debido en parte a que la Corte Permanente administra arbitrajes de acuerdo con las reglas CNUDMI, en tanto que la Cámara de Comercio de Estocolmo es uno de los tres foros en los que se pueden resolver los conflictos surgidos en el marco del tratado de la Carta de Energía. Es así como en el periodo comprendido entre 1997 y 2021, en el CIADI fueron registrados aproximadamente el 55% de los casos, relacionados con el derecho de inversión, en tanto que en la Corte Permanente de Arbitraje sucedió lo propio con el 14.4% de los casos y en la Cámara de Comercio de Estocolmo con el el 6.2% de los casos.⁹⁶¹ Queda abierta esta senda para posibles desarrollos investigativos que se ocupen de analizar el estado del arbitraje de inversión a futuro.

A lo largo del presente trabajo se estableció que las garantías procesales en el sistema CIADI no se encuentran reguladas dentro del entramado normativo y han sido simplemente mencionadas de forma general dentro del artículo 52 (1) (d) de la Convención, no obstante, al tener una importancia central, tanto los tribunales, así como los comités de anulación han abordado la materia, de forma mayoritariamente disimil y ausente de consistencia y coherencia, sin que esta situación le haya restado la trascendencia, dado que todos los tribunales deben velar por el respeto de las mismas, al constituirse en un elemento esencial de la integridad del procedimiento.⁹⁶²

De lo puesto de presente en esta investigación se evidencian múltiples ejemplos que pueden ser mencionados con respecto a la multiplicidad de criterios esbozados, desde el señalado por el comité del caso Mine⁹⁶³, que apoyándose en

⁹⁶¹ <https://pitad.org/index#listactions/bulkview> (Acceso julio 31 de 2022).

⁹⁶² Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2. Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile, December 18 2012. Paras 261 – 271.

⁹⁶³ Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision of the Annulment Committee, December 22 de 1989.

el artículo 18 de la ley modelo de CNUDMI, consideró que las partes deben ser tratadas con igualdad y por tanto, debe dárseles la oportunidad de presentar sus argumentos al tribunal, en tanto que en el caso Wena, se consideró como garantías fundamentales el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, así como el derecho de contradicción,⁹⁶⁴ pasando por el caso CDC⁹⁶⁵ en el que el comité de anulación estableció que las garantías fundamentales correspondían al natural justice, en la que se encuentra la imparcialidad del tribunal, así como la necesidad de deliberación.

A su vez, al interior del CIADI las garantías que han sido mencionadas de forma más recurrente han sido, la igualdad de las partes⁹⁶⁶, el derecho a ser escuchado⁹⁶⁷, la carga de la prueba⁹⁶⁸, así como la imparcialidad del tribunal⁹⁶⁹, sin

⁹⁶⁴ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision annulment Proceeding, February 5 2002, para 56.

⁹⁶⁵ CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14. Decision of the Annulment Committee, June 29 2005 para 49.

⁹⁶⁶ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge, SA and Klöckner Handelsmaatschappij BV v. Cameroun, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision of the Annulment Committee, May 3 1985.; Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision of the Annulment Committee, May 16 de 1986.; Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision annulment Proceeding, February 5 2002, para 57; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic July 30 2010, para 192.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision of the Annulment Committee, May 22 2013. Para 88; Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision of the Annulment Committee, December 30 2015, para 72.

⁹⁶⁷ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision annulment Proceeding, February 5 2002., para 57; MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision of the Annulment Committee, March 21 2007, para 49; Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision of the Annulment Committee, September 01 2009, para 212; Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision of the Annulment Committee., Diciembre 23 2010, para 197 – 202; Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12. Decision on the Annulment Application of Caratube International Oil Company LLP February 21 2014, paras 92 – 96; Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13, Decision of the Annulment Committee, July 10 2014, para 144, 195 – 196; Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment, December 27 2016, para 149; Venezuela Holdings, B.V., (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27. Decision on Annulment March 9 2017, para 130;

que las mismas hayan sido abordadas de manera uniforme por los diversos tribunales y comités de anulación, ni haya sido señalado un alcance y extensión idéntico en todos los casos, aún cuando corresponde a un tema central, dado que la violación de las garantías fundamentales, ha sido una de las causales que ha permitido la anulación de decisiones en diversos casos⁹⁷⁰ a partir de la comprensión que de las mismas han hecho los comités de anulación que han tenido a cargo la resolución de la solicitud.

En el presente texto ha quedado acreditado el desarrollo y rápido crecimiento del derecho internacional de inversiones en los últimos años, de manera incomparable con respecto al pasado, así como la consolidación del arbitraje como el mecanismo de resolución de controversias al que más se recurre y aún cuando el CIADI se ha posicionado como el foro por excelencia en la materia, el panorama puede cambiar a futuro, dado el lento posicionamiento de algunos otros foros, así como la renuncia de algunos Estados latinoamericanos a la Convención del CIADI,

⁹⁶⁸ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision annulment Proceeding, February 5 2002, paras 72 – 73; Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12. Decision on Annulment, September 1 2009, para 207; Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Annulment, July 8 2013, para 263; Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17 Decision of the ad – hoc Committee on the application for Annulment, January 24 2014., para 176; Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1, Decision of the Annulment Committee, January 7 de 2015, para 279 – 285; Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision of the Annulment Committee, December 30 2015, para 149; Adem Dogan v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/09/9, Decision of the Annulment Committee, January 15 2016, para 214;

⁹⁶⁹ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision of the Annulment Committee, May 3 1985; Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision of the Annulment Committee, September 01 2009, paras 280 - 282; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award. August 10 2010, paras 232 – 238; EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Decision of the Annulment Committee,, Febrero 5 de 2016, paras 131 – 132.

⁹⁷⁰ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, decision de anulación diciembre 17 de 1992 (Anulación parcial); Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Decisión de la solicitud de anulación, Diciembre 23 2010, (Anulación total); Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2. Decisión de la solicitud de anulación de Diciembre 18 de 2012 (Anulación parcial); TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23. Decision on Annulment April 5 2016. (Anulación parcial).

aunado al señalamiento de otros foros dentro de los pocos tratados de inversión que se están acordando en esta época.

Ha quedado a la vez acreditado en la presente investigación, la ubicación del consentimiento como una condición fundamental en la resolución de disputas por la vía del arbitraje de inversión, el que depende de la existencia de una inversión, así como de la relación que exista en cuanto a la nacionalidad entre el inversor demandante y el Estado receptor de la inversión, lo que se proyecta directamente en este aspecto y en la posibilidad de nombrar a quienes dirimen la disputa, situación que no ha estado lejos de la controversia, por lo que han sido planteadas propuestas para que dicha designación sea hecha directamente por las instituciones en las que se tramitan los arbitrajes. Esta salida, que prima facie podría ser considerada como adecuada, puede resultar inconveniente, si se considera el nivel de conocimiento que tienen las partes en torno a las situaciones propias del litigio y por tanto la pertinencia de la escogencia que ellos directamente efectúan. Lo que si resulta deseable es que, en todos los casos se exija que los árbitros cuenten con una amplia experiencia en la materia objeto del litigio y que se aplique de forma coherente y consistente la exigencia del deber de revelación a cargo de los árbitros.

De otra parte, es claro que la confidencialidad dentro del arbitraje de inversión no opera de la forma en que lo hace al interior del arbitraje comercial, dada la importancia de las materias que se disputan dentro de aquel sistema, por lo que resulta comprensible que en muchos casos, los propios tratados de inversión contengan provisiones en este sentido, tal como ocurre en el caso del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA), así como en el Modelo de Tratado de Inversión de Estados Unidos, lo que directamente fortalece la transparencia y contribuye por tanto en la legitimidad del sistema arbitral del CIADI.

Pese a las férreas críticas que se han planteado desde diversos sectores en contra del arbitraje de inversión del CIADI, enrostrándole una aparente parcialidad en favor de los inversionistas y en contra de los Estados, a la vez que lo caracterizan como un sistema en el que solo los inversionistas gozan del *jus standi*, hay que afirmar desde la perspectiva de este trabajo, que en cuanto al diseño procesal, no hemos encontrado provisión en particular con alguna clase de sesgo en favor de una parte en concreto, por el contrario, se ha evidenciado la presencia de un sistema normativo que propugna y favorece la imparcialidad. En el mismo sentido, la neutralidad que se da al interior del CIADI, es una garantía con la que no se contaba en el derecho internacional en la resolución de disputas relativas a la inversión, antes de la aparición de este sistema.

Sin lugar a dudas, uno de los asuntos más álgidos dentro del arbitraje de inversión es el que tiene que ver con la percepción de falta de previsibilidad, así como las múltiples inconsistencias en las decisiones del CIADI, al tratarse de un sistema descentralizado y sin la presencia de una estructura jerárquica, en el que en estricto sentido no existe el precedente, ni el *stare decisis*, al menos en el aspecto formal, aún cuando, con mayor frecuencia, se observa en la argumentación de los tribunales y comités ad hoc, el recurrir a diversos pronunciamientos proferidos dentro del mismo sistema o en otros foros, para dar soporte a las nuevas decisiones, por lo que la ausencia de coherencia y consistencia se ha hecho plausible. En este sentido consideramos que desde la perspectiva procesal, la seguridad puede venir desde la aplicación clara de unos parámetros definidos, a través de la propuesta que se realiza en torno al Jus Cogens Procesal, el que se constituye como una novedad al interior del CIADI, toda vez que este tema no ha sido abordado desde esta visión por cuanto la categoría jurídica de Jus Cogens ha sido mayoritariamente tratada desde la perspectiva del derecho sustancial y los conceptos allí interrelacionados, como sucede con el estado de necesidad así como la defensa del medio ambiente o las normas atinentes a la tortura.

Dados los vacíos evidenciados en el sistema normativo del CIADI, derivados de la configuración del mismo y de su falta de especificidad en torno al aspecto referente a las garantías fundamentales, han sido notorios los efectos que estos producen, tanto en la decisión de los tribunales, así como de los comités ad hoc y que han propiciado el abordaje disimil de la materia en los distintos pronunciamientos, tal como se denotó de la revisión de los casos más protuberantes en las páginas anteriores, por lo que, consideramos que el Jus Cogens Procesal al interior del CIADI delimita de forma concreta los mínimos que deben ser respetados a las partes en disputa, indistintamente de la condición jurídica que ellas tengan.

Lo anterior, fue posible a partir de la verificación hecha con respecto a la manera como han sido tratadas y delimitadas las garantías dentro del sistema CIADI y luego de contrastarlas con la visión que de las mismas se ha hecho en el derecho internacional a nivel de otros foros de resolución de disputas. Es así como se evidencia al Jus Cogens Procesal como una herramienta dentro del derecho internacional que le da concreción y exigibilidad a las garantías, sobreponiéndose a las perspectivas o sesgos que puedan derivarse de la concepción de las mismas en los sistemas jurídicos nacionales o de las procedentes de las tradiciones jurídicas a las cuales se encuentran adscritos quienes intervienen en el ámbito procesal en particular.

A su vez, el reconocimiento de la la noción de Jus Cogens Procesal dentro del sistema CIADI, produce un beneficio intrínseco del mismo, dada la inderogabilidad que adquirirían las garantías desde esta visión, por tanto, una vez reconocidas de esta forma, no les sería admisible a las partes dentro de un tratado, la configuración en torno a las mismas, que suponga una afectación o un desmedro con respecto a las garantías procesales que se encuentran reconocidas en la esfera internacional, ni el socavamiento de tales y de esta forma se propenderá de manera efectiva, desde el mismo sistema, por la materialización de la justicia procesal en el marco del arbitraje de inversión CIADI,

En el marco recién referido, la procedencia de las normas que forman parte del Jus Cogens Procesal, se encuentran revestidas de legitimidad en si mismas, dado que han logrado posicionarse de tal forma, a partir de un decantamiento práctico y por tanto, no devienen de la esfera puramente teórica de la academia, a la vez que el efecto jurídico erga omnes que se deriva de las normas fundamentales que forman parte del Jus Cogens Procesal, debe proyectarse al interior del sistema jurídico del CIADI y en consecuencia hacer prevalecer materialmente las mismas sin ninguna clase de restricción ni morigeración.

Tal como está planteada la propuesta, no se hacen necesarias modificaciones a las disposiciones que integran el sistema normativo del CIADI, por cuanto las reglas en las que se basa la misma ya se encuentran incorporadas en el sistema jurídico internacional, siendo entonces procedente el reconocimiento e inserción de éstas dentro de las decisiones que se profieran por los tribunales y comités de anulación.

De la presente investigación se podrían derivar múltiples líneas de trabajo a futuro, que continuaran profundizando en el tema relacionado con el derecho procesal en el aspecto internacional general y en el relacionado al arbitraje de inversiones en particular, vinculadas con reformas concretas a cuestiones que inciden en el desarrollo procesal, como sucede con el aseguramiento de los costos de los trámites, los que como se evidenció, solo han sido reconocidos en determinados casos, por lo que podría generarse una propuesta para precisar los parámetros en esta materia, de tal forma que el tribunal cuente con criterios ciertos que le permitan el oportuno y adecuado decreto de las medidas solicitadas, máxime si se tiene en cuenta el posicionamiento que se ha dado en cuanto al financiamiento del arbitraje por cuenta de terceros.

A su vez, una línea futura de trabajo puede relacionarse con la precisa determinación de lo que corresponde al financiamiento del trámite arbitral por

cuenta de terceros y la necesidad de profundizar la transparencia con respecto a este fenómeno, de tal forma que resulte posible conocer la información relacionada con quien está haciendo el financiamiento del caso, así como la vía utilizada para tal fin.

Por último, queda abierta la discusión en torno al devenir procesal del sistema CIADI y la forma como continúa el discurrir de este foro con respecto a los demás en los que se ventilan el arbitraje de inversión, desde los distintos aspectos que tienen que ver con la configuración de las reglas que delimitan el procedimiento y la forma como estos contribuyen en la consolidación de la justicia desde su perspectiva material.

TABLA DE ABREVIATURAS

AAA – ICDR American Arbitration Association – International Centre of Dispute Resolution.

ACIEP Report Report of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty.

AMICUS CURIAE Amigo del Tribunal.

AII Acuerdo, Convenio o tratado internacional en materia de inversión, mencionado en algunos casos como APPRI o TLC.

APPRI Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. También se conoce como TBI.

CCI Cámara de Comercio Internacional de París, en algunos casos CCI.

CEDH Convención Europea de Derechos Humanos.

CIADI Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Convenio CIADI en algunos casos.

CIJ Corte Internacional de Justicia.

CNUCYD Convención de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. En algunos casos UNCTAD en inglés.

CNUDMI Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En algunos casos UNCITRAL.

IUSCT Iran – United States Claims Tribunal

MODELO DE TRATADO BILATERAL DE INVERSION USA 2012 Modelo del Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de Norteamérica de 2012.

NDP Non Disputing Party.

OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

OMC Organización Mundial del Comercio.

ONG Organización No Gubernamental.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

REGLAS DE ARBITRAJE CCI Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

REGLAS DEL MECANISMO COMPLEMENTARIO CIADI Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de Procedimientos por el Secretario del Centro.

REGLAS DE ARBITRAJE CIADI Reglas de procedimiento para trámites arbitrales.

SCC Stockholm Chamber of Commerce

TLCAN Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

VCTL Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

VIAC Vienna International Arbitral Centre.

Glosario de Términos

Ad hoc Arbitraje que no es administrado por ninguna institución.

Agotamiento de los recursos legales Los recursos locales incluyen todos aquellos disponibles para las personas naturales o jurídicas contenidos dentro del derecho nacional. Esto incluye las acciones consideradas en cualquier área del derecho hasta que se obtiene una decisión definitiva.

Árbitro Sujeto independiente designado por las partes o por un tercero para dirimir una disputa legal.

Cláusula Arbitral Cláusula que forma parte de un contrato o de un acuerdo del que se establece la resolución de las disputas por medio de un trámite arbitral. En el ámbito del derecho de inversión, esta cláusula puede hacer parte del acuerdo entre el inversionista y el Estado y generalmente señala la resolución de disputas en el ámbito internacional.

Denuncia de Tratados Proceso de terminación de un tratado por parte de un Estado.

Derecho Consuetudinario Internacional Fuente del derecho internacional que hace referencia a las prácticas que han sido establecidas por los Estados y que van más allá de las obligaciones establecidas por escrito en los tratados.

Despolitización Proceso en el que se remueve el carácter político en la toma de decisiones.

Diplomacia Aplicación de forma razonada de tácticas en la conducción de las relaciones oficiales entre los gobiernos de Estados independientes, buscando la preservación de las relaciones pacíficas.

Diplomático Funcionario oficial encargado de discutir las relaciones con otros países distintos de su propio país, usualmente como miembro de una embajada.

Disputa Legal Controversia basada en tratados, legislación o cualquier otra fuente legal.

Ejecución Derecho Legal de Crédito contenido en las decisiones para exigir el pago de los daños del deudor o el beneficio de otros remedios garantizados si el deudor se resiste a pagar de forma voluntaria lo ordenado.

Ejecución de decisiones La acepción depende del sistema legal. Normalmente denota el cumplimiento de las decisiones, aún por la fuerza de resultar necesario.

Inversión Cualquier activo del que un inversionista tenga la propiedad o control del mismo, de forma directa o indirecta, que tiene las características como una inversión

Inversión extranjera Directa Proceso en el que los residentes de un país adquieren propiedad de inversiones en un país receptor.

Inversor Persona Natural o Jurídica quien hace relaciones negociales con un Estado.

Laudo Decisión asimilable a la sentencia judicial, que dirime la disputa y que en todo caso es susceptible de interpretación, revisión, rectificación y en determinados sistemas del recurso de anulación.

Países menos desarrollados Países con los menores ingresos, altamente vulnerables a los choques económicos y ambientales, con un bajo nivel de preparación del capital humano.

Protección Diplomática El Estado protege a sus nacionales que son afectados por actos contrarios al Derecho Internacional que son cometidos por otro Estado.

Relaciones Diplomáticas Aquellas dadas entre dos Estados que puede tender a la concreción de los tratados bilaterales o relaciones diplomáticas.

Sanciones económicas Retiro de beneficios y relaciones financieras impuestas a extranjeros, por propósitos de seguridad. Las sanciones pueden ser comprensivas, prohibiendo la actividad comercial o el bloqueo de transacciones con un negocio particular, grupo o individuos.

Tratado Bilateral de Inversión (BIT) En este tratado se establecen los términos, condiciones y privilegios para el inversionista privado extranjero, que realizará inversiones en el Estado receptor.

Uso de la Fuerza Medidas adoptadas por el Estado en contra del receptor de la inversión para lograr la obediencia del mismo.

DECISIONES ARBITRALES

PCA

- The 'Erica Lexie' incident (Italy v. India), PCA Case No. 2015-28, Award, May 21 2002.
- Yukos Universal v. Russia Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-04/AA227.
- Saluka Investments BV v. The Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL, March 17 2006.
- ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9.
- Guaracachi America Inc and Rureloec v.s Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No 2011 – 17.
- HICEE B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-11. Partial Award May 23 2011.
- Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic) Award, December 7 2012.
- Republic of Ecuador v. United States of America, PCA Case No. 2012-5, Award April 24 2012.
- South American Silver limited v.s Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No 2013 – 15.
- Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08. Procedural order No 9 (On security for Costs) June 20 2018.
- Doutremepuich v. Mauritius, Procedural Order No. 1 in PCA Case No. 2018-37, August 16 2018.
- OOO Manolium Processing v. Republic of Belarus, PCA Case No. 2018-06. Decision on Claimant's Interim Measures Request. December 01 2018.
- Ballentine v. Dominican Republic, Award in PCA Case No. 2016-17, September 3 2019

AD HOC

- British Petroleum (BP) v. Government of the Libyan Arab Republic, Decisions, October 10 1973 and August 1 1974.
- Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya. Award of January 19 1977. Ad hoc Arbitration.
- Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Arab Republic of Libya (ad hoc), April 12 1977.
- Revere Copper and Brass v. Overseas Private Inv. Corp. 1978.
- Elf-Aquitaine v. Iran, Partial Award, January 14 1982.
- Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, Award on Damages and Costs. UNCITRAL, July 30 1990.
- Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL. Decision of the tribunal on petitions from third persons to intervene as amici curiae, January 15 2001.
- Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America, UNCITRAL (formerly Canfor Corporation v. United States of America; Tembec et al. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. Order of the consolidation Tribunal Sept 7 2005.
- Canfor Corporation and others v. United States of America, UNCITRAL, Joint Order of the Costs of Arbitration and for the Termination of Certain Arbitral Proceedings, July 19 2007.
- Canfor Corporation and others v. United States of America, UNCITRAL, Joint Order of the Costs of Arbitration and for the Termination of Certain Arbitral Proceedings, July 19 2007.

ICC

- Case No. 1526 (1968).
- Case No. 1939 (1971).
- Case No. 1939, (1973).

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

- Case No. 2521 (1976).
- Case No. 3896 (1982).
- Case No. 4131 (1982).
- Case No 4131 (1984).
- Case No. 4381 (1986).
- Case No. 6719 (1991).
- Case No 3896 (1992).
- Case No 6632 (1993).
- Case No. 7375 (1996).
- Case No. 7263, (1997).
- Case No 9333 (2001).
- Case No. 7373 (2004).

CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO

- Nagel v. The Czech Republic, SCC Case No.49/2002, Final Award, September 9 2003.
- RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction, October 5 2007.
- Eastern Sugar v.s República Checa, SCC Case No 088/2004, Partial Award, March 27 de 2007.

CIADI

- Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica (ARB/74/2), Decision on Jurisdiction and Competence, July 6 1975.
- Kaiser Bauxite v. Jamaica (ARB/03/22), Award, July 6 1975
- Reynolds Jamaica Mines Ltd and Reynolds Metals co v. Jamaica (ARB/74/4), Order taking note of the discontinuance of the proceedings, October 12 1977.

- Amco v.s Indonesia Caso CIADI No ARB/81/1, Decision on Proposal to disqualify and arbitrator, June 24 1982.
- Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/8, Decision on Jurisdiction, September 25 1983.
- Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2. Decision on Jurisdiction, October 24 1984
-
- Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1 Award, November 20 1984.
- Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge, SA and Klöckner Handelsmaatschappij BV v. Cameroun, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision of the Annulment Committee, May 3 1985.
- Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Indonesia v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision of the Annulment Committee, May 16 1986.
- Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Award, January 6 1988.
- Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. the Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, February 25 1988,
- Maritime International Nominees Establishment (MINE) v.s Guinea, caso CIADI No ARB/84/4, Decision of the Annulment Committee, December 22 1989.
- Asian Agriculture Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, June 27 1990.
- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3. Award, June 27 1990.
- Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, February 16 1994.
- Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis, ICSID Case No. ARB/95/2 Award, January 13 1997.
- Tradex Hellas S.A. v. Albania (ICSID Case No. ARB/94/2), Award, April 29 1999.

- Ceskoslovenská Obchodní Banka, A.S. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24 1999.
- Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No. 2 October 28 1999.
- Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2 Award of November 1 1999.
- Maffezini v Spain, ICSID Case No 97/7, Decision on Jurisdiction, January 25 2000.
- Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No. ARB/98/8 Award, July 12 2001.
- Salini Costruttori S.p.A .and Ital strade S.p.A. v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction of 23 July 2001
- Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on Provisional Measures, September 25 2001.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic) Decision on the Challenge to the President of the Committee. October 03 2001.
- ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1. Procedural Order No. 3 Concerning the Production of Documents, October 4 2001.
- KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Award, October 17 2001.
- Wena Hotels v.s Egipto, Caso CIADI No ARB/98/4, Decision of the Annulment Committee, February 5 2002.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). Decision on Annulment, July 3 2002.
- Mondev International Ltd v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, October 11 2002.

- Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico) Award, December 16 2002.
- ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award, January 9 2003.
- CME Czech Republic BV v. Czech Republic, UNCITRAL. Award. March 14 2003.
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 29 2003.
- Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, June 26 2003.
- Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 1, Claimant's Request for Provisional Measures, July 1 2003.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. August 6 2003.
- Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Egypt (ICSID Case No. ARB/02/9), Decision on Jurisdiction, October 1 2003.
- Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/12/38. Decision on the Proposal for Disqualification of two arbitrators. December 13 2003
- IBM Ecuador, ICSID Case No. ARB/02/10, Decision on Jurisdiction, December 22 2003.
- Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco (ARB/00/6), Award, December 22 2003.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6 Award, January 29 2004
- Tokio Tokeles v.s Ucraina, ICSID case No ARB/02/18 Decision on Jurisdiction, April 29 2004.
- Waste Management v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, April 30 2004
- Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18 Dissenting Opinion of Chairman Prosper Weil, April 29 2004.

- Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates (ICSID Case No. ARB/02/7), Award, July 7 2004.
- Siemens AG v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, August 3 2004.
- Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11. Decision on Jurisdiction, August 6 2004.
- Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Jordan, ICSID Case No ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, November 29 2004.
- Plama Consortium Ltd v Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, February 8 2005.
- AES Corporation v.s Argentina, CIADI Caso No ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, April 26 2005.
- Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/2. Decision on objections to Jurisdiction, May 11 2005.
- CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12 2005.
- Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1. Order of the Consolidation Tribunal, May 20 2005.
- Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5. Order of the Consolidation Tribunal, May 20 2005.
- Camuzzi International v. Argentina (ARB/03/7), Decision of the Arbitral Tribunal on Objections to Jurisdiction, June 2005.
- Gas Natural sdg, s.a. v. Argentine Republic, ICSID Case No. arb/03/10, Decision on Jurisdiction, June 17 2005.
- CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, , Decision of the Annulment Committee, June 29 2005.
- Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, August 3 2005.
- Tembec et al. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. Order of the consolidation Tribunal, September 7 2005.

- Noble Ventures, Inc v Romania, ICSID Case No ARB/01/11, Award, October 12 2005.
- Aguas del Tunari SA v The Republic of Bolivia, ICSID Case No ARB/03/02, Decision on Jurisdiction, October 21 2005
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic) Decision on jurisdiction. November 14 2005.
- Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL. Decision on parties requests for production of documents withheld on grounds of privilege, November 17 2005.
- Salini Costruttori S.p.A. and Itals trade S.p.A. v. Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Award, January 31 2006.
- Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 1 2006.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (formerly Aguas Provinciales de Santa Fe S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, March 17 2006.
- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 1, March 31 2006.
- El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. arb/03/15, Decision on Jurisdiction, April 27 2006.
- Telenor Mobile Communications AS v Hungary, CIADI case No ARB/04/15 Award, June 22 2006.
- L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire, ICSID Case No. ARB/05/3 decision on jurisdiction, July 12 2006.
- Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, and BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fueguina, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections, July 27 2006.

- Bi water Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/02/22, Procedural Order No. 3, September 29 2006.
- ADC Affiliate Ltd v Republic of Hungary, ICSID Case No ARB/03/16, Award, October 2 2006.
- LG&E Energy Corp v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, October 3 2006.
- *World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. arb/00/7, Award, October 4 2006.
- Helnan International Hotels A/S v. Egypt (ICSID Case No. ARB/05/19), Decision on Objection to Jurisdiction, October 17 2006
- Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, January 17 2007
- Biwater Gauff Ltd v.s United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Procedural Order No 5, February 02 2007.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Order In Response To A Petition By Five Non-Governmental Organizations For Permission To Make An Amicus Curiae Submission, February 12 2007.
- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. Decision on annulment, March 21 2007.
- Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10), Award on Jurisdiction, May 17 2007.
- Enron Creditors Recovery Corp & Ponderosa Assets L.P. v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/3 Award, May 22 2007.
- Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7 Decision of the Ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki. June 5 2007.
- Bayview Irrigation District et al. v. Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/05/1), Award, June 19 2007.
- LG&E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, July 25 2007.

- M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/, Award, July 31 2007
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures, August 17 2007.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal v.s Argentina, CIADI, caso No ARB/97/3, Award, August 20 2007.
- Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4 (also known as: Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru). Decision on Annulment, September 5 2007
- CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 25 2007
- Sempra Energy International v. Argentina, ARB/02/16, Award, September 28 2007.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic. Decision on Claimants' Proposal to Disqualify, October 22 2007.
- Oko Pankki Oyj, V TBBank (Deutschland) Agand Sampo Bank Plc v. Estonia, CSID Case No. ARB/04/6, Award, November 19 2007.
- City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) [I], ICSID Case No. ARB/06/21. , Decision on Provisional Measures, November 19 2007.
- Noble Energy, Inc. and Machalapower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Case No. ARB/05/12. Decision on Jurisdiction, March 5 2008.
- Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia, ICSID Case No. ARB/05/24. Order Concerning the Participation of Counsel, May 6 2008.
- Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, May 8 2008.

- Trans-Global Petroleum, Inc. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/07/25 Decision on the Respondent's objection under rule 41 (5) of the ICSID arbitration rules, May 12 2008.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (formerly Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.. Decisions on the proposals for the disqualification of a member, October 22 2007 and May 12 2008.
- EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 2, May 30 2008.
- Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5. Award, June 06 2008.
- Libananco Holdings Co. Limited v. Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8), Decision on Preliminary Issues, June 23 2008
- EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23. Challenge decision regarding Professor Gabrielle Kaufmann Kohler, June 25 2008
- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22. Award, July 24 de 2008.
- African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. La République démocratique du Congo (ICSID Case No. ARB/05/21), Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité. July 29 2008
- Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16. Award, July 29 2008.
- Palma Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Award, August 27 2008.
- Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9. Award September 5 2008.
- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25 Decision on Application for Disqualification of Counsel, September 18 de 2008.

- Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23. Decision on Provisional Measures, October 15 2008.
- Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Decision on Provisional Measures, November 5 2008.
- Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14. Award, December 8 2008
- Brandes Inv. Partners LP v. Venezuela, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules in ICSID Case No ARB/08/3. February 2 2009.
- Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5 Decision on Jurisdiction, April 15 2009.
- Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/05/6, Award April 22 2009.
- Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Provisional Measures, May 8 2009.
- Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9. Decision on Jurisdiction May 29 2009
- Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15. Award, June 1 2009.
- Glamis Gold Ltd v. United States, Award, June 8 2009, UNCITRAL
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24. Decision on Provisional Measures, June 24 2009.
- Burlington Resources, Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 on Burlington Oriente's Request for Provisional Measures, June 29 2009.
- Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2. Award, August 13 de 2009.
- Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 Decision on annulment, September 01 2009.

- Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01. Decision on respect NDP, September 11 2009.
- Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2. Award, September 17 2009.
- EDF (Services) Ltd. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, October 8 2009.
- M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6. Decision on annulment October 19 2009.
- Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6. Decision on challenge to Arbitrator, December 08 2009.
- Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others, ICSID Case No. ARB/07/3. Decision on jurisdiction December 28 2009.
- Joseph Charles Lemire v Ukraine, ICSID Case No ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, January 14 2010.
- The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel, January 14 2010.
- SGS Société Générale de Surveillance SA v The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, February 12 2010.
- Quiborax SA, Non-Metallic Minerals SA and All a Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures February 26 2010.
- Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Cases No. ARB/05/18 and ARB/07/15 Award, March 3 2010,
- Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16. Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, March 19 2010.
- Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16 Decision of the ad hoc Committee, March 25 2010.

- Compagnie d'Épilotage du Chemin de Fer Transgabonais v.s República de Gabón ICSID ARB/04/05. Decision on annulment, May 11 2010.
- Alasdair Ross Anderson et al v Costa Rica, ICSID Case No. ARB (AF)/07/3, Award, May 19 2010.
- Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, May 29 2010
- Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, ICSID case No ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, June 02 2010.
- Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. v. Mexico (ARB(AF)/04/3) and Talsud, S.A. v. Mexico (ARB(AF)/04/4), Award, June 16 2010.
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24. Award., June 18 2010
- Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, June 19 2010.
- Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/07/14. Award, June 22 2010.
- Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20. Award, July 14 2010
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, July 30 2010.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine, Award, July 30 2010.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v.

- Argentine Republic). Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award. August 10 2010.
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26. Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator. August 12 2010.
 - RSM Production Corporation and others v. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, Tribunal's decision on respondent's Application for Security Costs, October 14 2010.
 - Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16. Notice of Resubmission Proceeding, November 12 2010.
 - RSM Production Corporation v. Central African Republic, ICSID Case No. ARB/07/02, Decision on Jurisdiction and Liability, December 7 2010.
 - Sociedad Anónima Eduardo Vieira v Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/04/7), Decision on Annulment, December 10 2010
 - Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Costa Rica (ICSID Case No. ARB/08/1 and ICSID Case No. ARB/09/20), Procedural Order No. 2, December 14 2010
 - Murphy exploration and Prod. Co Int'l v. Republic of Ecuador, ICSID Case ARB/08/4, Decision on jurisdiction, December 15 2010.
 - Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25. Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, December 23 2010.
 - Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, December 23 2010.
 - Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, December 27 2010.
 - Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2. Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile. February 28 2011.
 - Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28. Azurix Corp. v. The Argentine

Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 Decision on annulment, March 01 2011

- OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/14. Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, May 5 2011
- Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. Arb/10/9. Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, May 20 2011.
- Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic). Decision on jurisdiction, August 4 2011.
- Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services v. Republic of Togo, ICSID Case No. ARB/06/7. Decision on Annulment, September 6 2011.
- Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19, Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, September 07 2011.
- Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9. Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment, September 16 2011.
- Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1. Award, December 7 2011.
- Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic). Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, December 21 2011.
- ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30. Decision on proposal to disqualify L. Yves Fortier, February 27 2012.
- Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8. Award, March 1 2012.
- Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18, Procedural Order No 2 on Provisional Measures Concerning Security for Costs, May 3 2012.

- Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on applicant's request for provisional measures, May 7 2012
- Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12. Award, June 5 2012.
- EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, June 11 2012.
- León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina (ARB/03/23), Award, Jun 11 2012.
- Getma International and others v. Republic of Guinea [II], ICSID Case No. ARB/11/29. Decision on Proposal to Disqualify Mr Bernardo Cremades, Arbitrator, June 28 2012
- Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic). Procedural Order No 12, July 7 2012.
- Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33. Procedural Order No 1, July 13 2012.
- Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1. Award, August 22 2012.
- Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19, Decision on proposal for disqualification of expert witness and exclusion of evidence. Agosto 29 de 2012.
- Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17, Decision on El Salvador application for Security for Costs, September 20 2012
- Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, September 27 2012
- Adel A Hamadi A ITamimi v. Oman (ICSID Case No. ARB/11/33), Procedural Order No.2 Concerning the Claimant's Application for Access to Conduct a Site Inspection, September 28 2012.

- *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*). Procedural Order No 15, November 21 2012.
- *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40. Procedural Order No 1 December 6 2012.
- *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2. Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile, December 18 2012.
- *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, December 19 2012
- *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/06/2, December 27 2012.
- *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15. Procedural order No 3, January 11 2013.
- *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic*). Decision on Jurisdiction and Admissibility February 8 2013.
- *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/1. Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, February 27 2013.
- *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1. Procedural order on the participation of the applicant, BNM, as a non-disputing party, March 4 2013.
- *Tulip Real Estate and Development Netherlands b.v. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. arb/11/28, Decision on Bifurcated Jurisdictional Issue, March 5 2013.
- *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Procedural Order No 5, March 19 2013.
- *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Award, ICSID Case No. ARB/11/23, April 8 2013.

- Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly Giordano Alpi and others v. Argentine Republic). Dissenting Opinion of Santiago Torres Bernárdez, May 2 2013.
- Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Annulment, May 22 2013.
- Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, July 02 2013.
- Teinver SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/11/20, Decision on Jurisdiction, July 3 2013.
- Telefónica S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/12/4 Procedural Order No 1. July 8 2013.
- Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla"), ICSID Case No. ARB/10/18, Decisión de Jurisdicción, Agosto 19 2013.
- Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17. Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs, August 28 2013.
- ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30. Decision on jurisdiction and the merits, September 3 2013
- Metal-Tech Ltd.v.Uzbekistan (ICSID CaseNo. ARB/10/3), Award, October 4 2013.
- Energoalians TOB v. Republic of Moldova, UNCITRAL. Award, October 23 2013
- Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20. Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, November 12 de 2013.
- Pošštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8. Procedural Order No 1, December 1 2013.
- Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20. Final Award, December 11 2013.

- RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10. Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures, December 12 2013
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador). Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, December 13 2013.
- Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17 Decision of the ad – hoc Committee on the application for Annulment, January 24 2014.
- Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic). Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal. February 4 2014
- Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic (ICSID Case No. ARB (AF)/12/6), Decision on Jurisdiction, February 21 2014.
- Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, February 24 2014.
- Conoco Phillips Petrozuata B. V., Conoco Phillips Hamaca B.V. and Conoco Phillips Gulf of Paria B.V. v. Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/30), Decision on Respondent Request for Reconsideration of 10 March 2014.
- Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13. Decision on proposal for disqualification of Bruno Boesch, March 20 2014.
- Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, procedural order No 8, April 22 2014.
- Nova Scotia Power Incorporated v. Venezuela (ICSID Case No. ARB (AF)/11/1), Award, April 30 2014.
- H&H Enterprises, Inc v Egypt, ICSID Case No ARB/09/15, Award, May 6 2014

- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29. Decision on Annulment May 19 2014.
- Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13. Decision on Annulment, July 10 2014
- İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24 Decision on the Proposal to Disqualify an arbitrator, July 11 2014.
- Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40. Procedural Order No 10, July 22 2014.
- Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1. Award, September 22 2014.
- El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15. Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 22 2014
- PNG Sustainable Dev. Program Ltd v. Papua New Guinea, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules in ICSID Case No ARB/13/33, October 28 2014.
- Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8. Decision on jurisdiction and admissibility, November 17 2014.
- Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19. Award, November 18 2014.
- Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1. Decision on Annulment, January 7 2015.
- Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/09/5. Decision on Annulment, January 13 2015
- Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21. Procedural Order No 1, January 27 2015.
- Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6 Decision on Annulment, February 12 2015

- Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, S.A. v. The Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/13/28, Decision on Respondent's Request for shifting the Costs of the Arbitration, March 4 2015.
- Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24. Award, March 30 2015.
- Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25. Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, April 21 2015
- Ping An Life Insurance Company, Limited and Ping An Insurance (Group) Company, Limited v. The Government of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29. Award, April 30 2015
- PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33. Award, May 5 2015.
- EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14; Procedural Order No 3 Decision on the Parties Request for Provisional Measures, June 23 2015.
- Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15 Award, July 28 2015
- Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01. Decision on the Proposal to Disqualify Teresa Cheng, August 26 2015.
- ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator, December 15 2015.
- Corona Materials LLC v. Dominican Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3. Procedural Order No 1, December 16 2015.
- Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28. Decision on annulment, December 30 2015.
- Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26. Award, January 29 2016.

- Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01. Decision on annulment, February 1 2016
- Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. and Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/13/38. Procedural Order No 6, March 21 2016.
- Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/21, Reasoned Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator L. Yves Fortier, Q.C, March 28 2016
- TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23. Decision on annulment April 5 2016
- Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21. Procedural order No 5. Regarding the Association of Human Rights and Environment of Puno, Peru (“DHUMA”), and Dr. Carlos López PhD, Senior Legal Adviser to the International Commission of Jurists Application to File a Written Submission. July 21 2016.
- Getma International and others v. Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/11/29), Award, August 16 2016,
- Doutremepuich v. Mauritius, Procedural Order No. 1 in PCA Case No. 2018-37, August 16 2018
- Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5. Award, August 22 2016.
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina (ICSID Case No. ARB/07/26), Award, December 8 2016.
- Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia (ARB/12/14 and 12/40), Award, December 6 2016.
- Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment, December 27 2016,
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)). Decision on Ecuador's Counterclaims, February 7 2017.

- Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6. Decision on Jurisdiction. March 8 2017.
- Venezuela Holdings, B.V., (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27. Decision on Annulment, March 9 2017
- Eskosol SpA v. Italy, Decision on Respondent's Application Under Rule 41(5) in ICSID Case No ARB/15/50 March 20 2017.
- BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22 Procedural Order No 8, March 23 2017.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine. Decision on Annulment. May 5 2017.
- Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (ADHOC/17/1) and Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic (ARB(AF)/16/2), Procedural Order No. 1, May 16 2017.
- Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/12/35. Award, May 31 2017.
- Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50. Procedural Order No 3, Decision on Respondent's Request for Provisional Measures, June 12 2017.
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, July 21 2017.
- Gambrinus, Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/31. Decision on Annulment, October 3 2017.
- Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/22, Decision on Annulment, February 2 2018.
- Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20. Decision on the Proposal to Disqualify Álvaro Castellanos Howell. March 02 2018.

- Big Sky Energy Corporation v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/17/22. Decisions on Disqualification, May 03 2018.
- RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, November 30 2018
- Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41. Procedural order No 6 on Non – disputing parties’ application, February 18 2019.
- Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Respondent Request for Immediate Termination and Respondent Jurisdictional Objection based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes, May 7 2019.
- Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/12/1, Award, July 12 2019.
- Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40. Award, August 28 2019.
- Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Award, September 27 2019,
- Red Eagle Exploration Ltd v. Colombia, Procedural Order No. 1 in ICSID Case No. ARB/18/12, December 12 2019.
- Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2. Decision on Annulment, January 8 2020.
- Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, Decision on Security for Costs, January 27 2020.
- Canepa Green Energy Opportunities I, S.á r.l. and Canepa Green Energy Opportunities II, S.á r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/19/4. Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator Peter Rees. February 10 2020.
- Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/18/43, Decision on Respondent Preliminary Objections, March 13 2020.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

- Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada, ICSID Case No. ARB/16/16. Award, March 27 2020.
- Westmoreland Coal Company v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/20/3. Procedural order No 1. April 22 2020
- Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36. Decision on Annulment June 11 2020.
- Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/12/35. Decision on Annulment, September 17 2020
- Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/5. Award, April 19 2021
- Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/14/32. Award, November 5 2021.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

- Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.) PCIJ Reports, 1924.
- Certain German Interests in Polish Upper Silesia. Permanent Court of International Justice. Judgment, August 25 1925.
- Case Concerning the factory at Chorzów. Permanent Court of International Justice. Merits, September 13rd, 1928.
- Case Concerning Various Serbian Loans Issued in France, PCIJ Judgment, July 12 1929.
- Panevezys-Saldutiskis Railway Case, PCIJ, Order on Preliminary Objections, June 30 1938.
- The Panevezys Saldutiskis Railway case (Estonia v. Lithuania) PCIJ Reports, 1939.
- Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Preliminary objection, Judgment, July 22 1952

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- Corfu Channel Case, Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) Separate Opinion of Alejandro Alvarez, Judgment, April 9 1949.
- Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations. Advisor Opinion, April 11 1949.
- Fisheries case. Judgment, December 18 1951.
- Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Preliminary objection, Judgment, July 22 1952.
- Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgement, August 27 1952.
- Case Concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), 1963 ICJ December 2 1963.
- North Sea Continental Shelf, Judgment, Judgement, February 20 1969.
- Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Judgment, February 5 1970
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) Advisory Opinion. June 21 1971.
- Nuclear Tests Case (Australia v. France), Judgment, December 20 1974.
- Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) Judgment of February 24 1982.
- Certain Phosphate Lands in Nauru, Nauru v. Australia). Order of 18 July of 1989.
- Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), Judgment July 20 1989.
- Case concerning the Arbitral Award of July 31 1989 (Guinea – Bissau v. Senegal) Judgment, November 12 1991.
- Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)) Further Requests for the Indication of Provisional Measures, September 13 1993.

- Territorial Dispute Lybian Arab Jamahiriya/Chad Judgement February 3 1994. Case Concerning East Timor (Portugal c. Australia), Judgment, June 30 1995.
- Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, July 11 1996.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Counter - Claims, Order, December 17 1997, I.C.J.
- Arres Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment February 14 2002.
- Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), Judgment, October 10 2002.
- Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), ICJ, Judgment on Preliminary Objections, December 15 2004.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Judgement, December 19 2005.
- Guinea v. Democratic Republic of Congo. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Judgment, December 19 2005.
- Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, February 3 2006.
- Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro) Judgment, February 26 2007.
- Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo Preliminary, Guinea v. Democratic Republic of Congo, ICJ, Objections, May 24 2007.
- Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) Judgment I.C.J Reports 2008. Judgment, June 04 2008.
- Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v.s Nicaragua) Judgment July 13 2009.

- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, July 6 2010.
- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), ICJ, Application by Honduras for Permission to Intervene, Judgment, May 4 2011
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) Judgment February 03 2012.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) [Provisional Measures], Decision January 23 2020, I.C.J. Reports 2020.

OTRAS DECISIONES

- L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A) v. United Mexican States. October 15 1926.
- Metalclad Corporation v. Mexico, Judgment of the Supreme Court of British Colombia, October 31 2001, 2001 BCSC 1529 (Canada).
- Saar Papier Vertriebs GmbH v. Poland, Judgment of the Federal Tribunal, March 1 2002 (Switzerland).
- Franz Sedelmayer v. Russia, Judgment of the Stockholm Court December 18 2002 (Sweden).
- Swembalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia, Judgment, January 7 2003 of the Maritime and Commercial Court of Copenhagen (Denmark).
- CME Czech Republic B. v. Czech Republic, Judgment of the Svea court of appeal, May 15 2003 (Sweden).
- S.D. Myers, Inc. v. Canada, Judgment of the Federal Court, January 13 2004 (Canada).
- Marvin Roy Feldman Karpa v. Mexico, Judgment of the Appeal Court, January 11 2005 (Canada).
- William Nagel v. Czech Republic, Judgment of the Svea court of appeal, August 26 2005 (Sweden).
- Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen v. U.S., judgment of the District Court of Columbia, October 31 2005 (USA).

- France Telecom v. Lebanon, Judgment of the Federal Tribunal, November 10 2005 (Switzerland).
- Eureko B. v. Poland, Judgment of the Court of first instance of Brussels, November 23 2006 (Belgium).
- Saluka Investments B. v. Czech Republic, Judgment of the Federal Tribunal, September 7 2006 (Switzerland).
- Petrobart Limited v. Kirghizstan, Judgment of the SVEA court of appeal January 19 2007 (Sweden).
- International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, Judgment of the District Court of Columbia, February 14 2007 (USA).
- Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, Judgment, July 4 2007, EWCA Civ 656 (2007).
- Czech Republic v. European Media Ventures SA, Judgment, December 5 2007, EWHC 2851 (2007) (United Kingdom).
- Argentina v. BG Group, Judgment of the District Court of Columbia of 20 March 2008 and Judgment of the Appeal Court January 21 2010 (USA).
- Mexico v. Bayview Irrigation District et al., Judgment of the Supreme Court of Justice May 5 2008 (Canada).
- Canfor Corporation v. United States of America, Judgment of the District Court of Columbia, August 14 2008 (USA).
- Pren Nreka v. Czech Republic, Judgment of the Appeal Court of Paris, September 25 2008 (France).
- Binder v. Czech Republic, judgment, June 22 2009 (Czech Republic).
- Argentina v. BG Group, Judgment of the District Court of Columbia of 20 March 2008 and Judgment of the Appeal Court, January 21 2010 (USA).
- Kaliningrad Region v. Lithuania, Judgment of the Appeal Court of Paris, November 18 2010 (France).
- National Grid plc v. Argentina, judgment of the District Court of Columbia, March 11 2011 and Decision of the appeal court of 21 April 2011 (USA).
- RosInvestCo UK Ltd. v. Russia, Judgment of the District Court, November 9 2011 (Sweden).

- Eureka B. v. Slovakia, Judgment of the Regional Court of Frankfurt, May 10 2012 (Germany).
- Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company v. Equateur, Judgment of the Hague Court, May 2 2012 (Holland).
- Cargill, Incorporated v. Mexico, Judgment of the Supreme Court of Justice, May 11 2012 (Canada).
- Malicorp Limited v. Government of the Arab Republic of Egypt and Egyptian Holding Company for Aviation and Egyptian Airports Company, EWHC 361 (Comm), (2015), Judgment, February 19 2015 (UK).
- Achmea v. Slovakia, Frankfurt Higher Regional Court (annulment application), Judgment, December 18 2015 (Germany).
- Attorney General of Canada v. Mobil et al., Ontario Supreme Court, Judgment, January 29 2016 (Canada).
- JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. and Poltava Petroleum Company JV v. Ukraine. Decision of the Supreme Court of Ukraine on the Enforcement of the Emergency Award. February 24 2016.
- Energoliance v. Republic of Moldova, Judgment of the Paris Court of Appeal, April 12 2016 (France).
- The Russian Federation v. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited and Hulley Enterprises Limited, Judgment of The Hague Court, April 20 2016.
- Tribunal de Justicia Europeo Slovak Republic v. Achmea BV, C – 284/16 March 6 2018.

IRAN – UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL

- Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited, IUSCT Case No. 56. Laudo Parcial.
- E-systems, Inc. v. Iran, Iran – USCTR, Award No. ITM 13-388-FT, February 4 1983.
- RCA Global Communications, Inc. v. Iran, IUSCT Case No. 160, Award No. ITM29- 160-1, Interim Award, October 3 1983.

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

- Cherafat v. Iran, 28 Iran-USCTR (1992)
- Malek v. Iran, Award in IUSCT Case No. 534-193-3, August 11 1992
- Riahi v.Iran, 37 Iran USCTR, Concurring and Dissenting Opinion of Judge Brower, (2003);

LISTADO DE REFERENCIAS

TABLA DE INSTRUMENTOS LEGALES Y DOCUMENTOS

TRATADOS INTERNACIONALES

- Tratado entre Estados Unidos de América y Francia de 1778.
- Tratado Jay entre Estados Unidos y el Reino Unido de la Gran Bretaña de 1794.
- Declaración Universal de los Derecho Humanos 1948.
- Convención Europea de Derechos Humanos 1950.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos 1950.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 1950.
- Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de 1958.
- Convención del CIADI 1965.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
- Treaty for the promotion and protection of investments of capital. Chad – Italy June 11 1969
- Convenio para el establecimiento de la Agencia de garantía de las Inversiones de 1985
- Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal 1991.

- Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment November 14 1991.
- Tratado de la Carta de Energía 1994.
- NAFTA FTC, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, July 31 2001.

TRATADOS REGIONALES

- Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.
- Acuerdo de Bahía de Dickenson, fundacional de la Comunidad del Caribe CARICOM de 1966.
- Tratado por el que se establece la Comunidad y el Mercado Común del Caribe 1973.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975
- Tratado de Asunción por el cual se sentaron las bases para crear el Mercado Común del Sur 1991.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN entre Canadá, Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos 1994.
- Tratado de Libre Comercio de Centroamérica – Estados Unidos y República Dominicana de 2004.

TRATADOS BILATERALES

- Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the promotion and protection of Investments 1959.
- Agreement on Economic Cooperation, NETHERLANDS and INDONESIA, July 7 1968.
- Treaty for the promotion and protection of investments of capital. Chad – Italy June 11 1969
- Argentina – United Kingdom BIT 1990
- Argentina – France BIT 1991

- Argentina – Germany BIT 1991
- Argentina – Spain BIT 1991
- Argentina – United States of America BIT 1991
- Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal 1991
- Romania – Turkey BIT 1996
- Albania – Lithuania BIT 2007
- Canada – Peru FTA 2008
- EU – Canada Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA) 2014.
- Canada EU – CETA 2016

REGLAS ARBITRALES

- Reglas de procedimiento arbitral CIADI
- Reglas del mecanismo complementario CIADI
- Reglas de arbitraje CNUDMI
- Reglas de procedimiento de la Cámara de Comercio de París.
- Reglas arbitrales Cámara de Comercio de Estocolmo
- Administered Arbitration Rules - Hong Kong International Arbitration Centre.
- Procedures for the Administration of Arbitration under the UNCITRAL arbitration Rules - Hong Kong International Arbitration Centre.
- Hague Conference on Private International Law, Draft Guide to Good Practice on the Use of Video-Link Under the Evidence Convention (2018)
- AAA-ICDR, Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties (2020).

Las Garantías Procesales en el CIADI: Una Propuesta de Jus Cogens Procesal.

- AAA-ICDR, Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties Utilizing Zoom (2020).
- African Arbitration Academy, Protocol on Virtual Hearings in Africa (2020)
- CIArb, Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings (2020)
- ICSID, A Brief Guide to Online Hearings at ICSID (2020).
- ICC, Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic.
- KCAB, Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration (2020);
- VIAC, Vienna Protocol: A Practical Checklist for Remote Hearings (2020).
- Working Group on LegalTech Adoption in International Arbitration, Draft Protocol for Online Case Management in International Arbitration (2020).

DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

- Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional 1921.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia 1945.
- Reglas modelo de procedimiento arbitral de la Comisión de Derecho Internacional 1958.
- Resolución 40/72 de 1985 CNUDMI.
- Notas para Organizar los Procedimientos Arbitrales CNUDMI 1996.
- Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996.
- Convención de la OCDE para combatir el soborno en las transacciones internacionales 1997.
- Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001.

- OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, Working Papers on International Investment, No. 2004/3.
- Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción de 2003.
- Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la Comisión de Derecho Internacional de 2006.

DOCUMENTOS GENERALES

- Free Trade Commission, Note of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions of July 31 2001.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI – SAAB, George. 2010. Treaty interpretation and the Viena convention on the law of treaties: 30 years. London: Queen Mary Studies.
- ADLER, Michael. 2010. “Understanding and Analyzing Administrative Justice” in Adler, Michael Administrative Justice in context. London: Hart Publishing.
- AGMON, Tamir and MESSICA, Avi. 2009. Financial Foreign Direct Investment: The Role of Private Equity Investments in the Globalization of Firms from Emerging Markets, 49 Mgmt. Int'l 5
- ALFORD, Roger. 2003. The American influence on international arbitration. Notre Dame. Scholarly works, papers 562.
- ALLEE, Todd and HUTH, Paul 2006. Legitimizing dispute settlement: International legal rulings as domestic political cover. American Political Science Review 100(2)
- ALSCHNER, Wolfgang. (2017) The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality, 42 YALE J. INT'L L. 1,4
- ALSTON, Phillip and SIMMA, Bruno. “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, General Principles (1988) 12 Australian Yearbook of International Law
- ALTENKIRCH, Markus and FROHLOFF, Jan. 2018. The Advance on Costs in Investment Arbitration, 33 ICSID Rev. 723
- ÁLVAREZ, José E. 2017. The Impact of International Organizations on International Law. Leiden; Boston: Brill Nijhoff.
- ÁLVAREZ, José E. 2016. “Beware: Boundary Crossings” A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law” (2016) 17 The Journal of World Investment & Trade 171.

- ÁLVAREZ, Jose E. 2011. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- ÁLVAREZ, José. 2011. *The return of the State*, 20 *Minn. J. int'l L* 223.
- ÁLVAREZ ZARATE, José Manuel, and others. 2020. *Duration of Investor – State Dispute Settlement Proceedings*. In the *Journal of World Investment & Trade*. Volume 21 (2020): Issue 2-3 (June 2020)
- AMARAL, Guilherme. 2018. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for An Inference Chart*, 35 *J. Int'l Arb.* 1.
- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, 2008. *Diplomatic Protection* Oxford: Oxford University Press.
- ANGHIE, Anthony. 2004. *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ANGOURA, Stavroula. 2017. *Written Witness Statements in International Commercial Arbitration: Have the Witnesses Been Substituted by Their Statements?* 20 *Int'l Arb. L. Rev.* 106
- AQUINAS Thomas. 2018. *Summa Theologic*. Claremont: Coyote Canyon Press.
- ARISTOTLE. 2009. *The Nicomachean Ethics* Oxford: Oxford University Press.
- ARSANJANI, Mahnoush. COGAN Jacob, SLOANE Robert and WIESSNER, Sigfried (eds). 2011. *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- ASSIMO BENEDETTELLI, Massimo. 2013. *To Bifurcate or Not to Bifurcate? That is the (Ambiguous) Question*, 29(3) *Arbitration International* 505 (LCIA)
- AUSTIN, John. 1962. *How do things with words*. Oxford: Clarendon Press.
- BAKER, James and YODER, Lois. 1989. *ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs*, 5 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 75, 91.
- BASSIOUNI, Mahmoud. "A functional approach to "General Principles of International Law" 11 *Mich. J. Int'l L.* 768 (1990)
- BAYLES, Michael. 1987 *Principles of law: A Normative Analysis*: Dordrecht: D. Reidel Publishing Co.
- BEATSON, Jack. 2017. *International Arbitration, Public Policy Considerations, and Conflicts of Law: The Perspectives of Reviewing and Enforcing Courts*, 33 *Arb. Int'l*
- BEKKER, Pieter. 2013. *Recalibrating the Investment Treaty Arbitration System Through Non-Compartmentalized Legal Thinking*, 55 *Harv. Int'l L.J.* 1, 5.
- BEMIS, Samuel Flagg. 1943. *The Latin American Policy of the United States: An Historical Interpretation*. New York. Harcourt, Brace and Co.
- BENTHAM, Jeremy. 1996. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press.

- BERGER, Klaus and JENSEN, Ole. 2016. Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators, 32 Arb. Int'l.
- BERGHOLTZ, Gunnar (Comp) 1998. Coherence Theory of Law. Lund. Jurisförlaget.
- BERGBOHM, Carl. 1876 Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts: eine behufs Erlangung des Grades eines Magisters des Staats - und Völkerrechts. Dorpat C Matiesen.
- BERNARDINI, Piero. 2004. The Role of the International Arbitrator, V.20 Arbitration International.
- BHALA, Raj 2001. "Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy) 33 Geo. Wash. Int'l. Rev. P. 873, 875.
- BHATIA, Vijay, CANDLIN, Christopher and SHARMA, Ramesh. Confidentiality and integrity in International Commercial Arbitration Practice, Arbitration Vol, 75 No 1, 2009. P 11.
- BIANCHI, Andra. 2016. International Law Theories: An Inquiry into Different ways of thinking. Oxford, Oxford University Press.
- BIEHLER, Gernot. 2008. Procedures in International Law. Berlin: Springer.
- BIGLAISER, Glen and STAATS, Joseph. 2010. Do Political Institutions Affect Foreign Direct Investment? A Survey of U.S. Corporations in Latin America, 63 Pol. Research Q. 508.
- BISHOP, Doak. 2010. Advocacy in International Commercial Arbitration: United States, in Bishop, Doak and Kehoe, Edward (ed.), The Art of Advocacy in International Arbitration. Huntington New York, Juris Published.
- BJORKLUND, Andrea and REINISCH, August, eds. 2012. International Investment Law and Soft Law, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc
- BLACKABY, Nigel, HUNTER, Martin, REDFERN, Alan and PARTASIDES, Constantine (eds.). 2015. Redfern and Hunter on International Arbitration P. 6-41 to 53. Oxford: Oxford University Press.
- BLOMSTRÖM, Magnus and KOKKO Ari, 1998. Multinational Corporations and Spillovers, 12 J. Econ. Surveys 247
- BLYTHE, Stephen E. 2013. The Advantages of Investor-State Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in International Law, 47 Int'l Law.
- BOGDANDY, Armin Von and BAST, Jürgen, 2010, Principles of European Constitutional Law. Oxford: Hart.
- BORN, Gary. 2016. On Burden and Standard of Proof, in Kinnear, Meg et al. (eds.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID. The Hague: Wolter and Kluwer.
- BORN, Gary. 2015. Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in Giorgetti, Chiara: International Courts and Tribunals. Boston: Brill Nihoff.
- BORN, Gary. 2012. International Arbitration: Law and Practice. The Hague: Wolters Kluwer.

- BORN, Gary. 2009. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International.
- BORN, Gary and RUTLEDGE, Peter. 2018. *International Civil Litigation in United States Courts 1-4* New York: Wolters Kluwer.
- BOSMAN, Lisa (ed.) 2020. *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International.
- BOUCHEZ, Leo. 1991. *The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises*, 8 *Arb. Int'l*
- BOWN, Chad and PAUWELYN, Joost (eds). 2010. *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University.
- BRANDEIS, Louis y SÁNCHEZ BRAVO, Guillermo: "Amicus Curiae, la transparencia y la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje de inversiones" *Lima Arbitration No 5*, 2012/2013
- BREWER, Scott. 1996. *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, 109 *Harv. L. Rev.* 923, 937.
- BRIGGS, Adrian. 2008. *Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press.
- BROCHES, Aron. 1994. *Observation on the Finality of ICSID Awards*" In Aron Broches, *Selected Essays: World Bank, ICSID and other subjects of Public and Private International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff,
- BROWER, Charles. *Evidence before international tribunal: The need for some standard rules*. *The international lawyer*. Vol. 28 No 1 Spring. 1994.
- BROWER, Charles and ROSENBERG, Charles. *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson–van den Berg Presumption that Party- Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*, 29(1) *Arb. Int'l*. 7, 7–44 (2013).
- BROWN, Chester. 2015. *International Investment Agreements – History, Approaches, Schools. The Evolution of the Regime Of International Investment Agreements: History, Economics and Politics*. In Bungenberg, Marc, Griebel, Jörn, Hobe, Stephan and Reinisch, August (eds). *International Investment Law*. Baden – Baden: C.H Beck, Hart, Nomos.
- BROWNLIE, Ian, 2003. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press
- BROWNLIE, Ian and CRAWFORD, James. 2019. *Brownlie´s Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- BRUNET, Edward. 1999. *Replacing Folklore Arbitration with A Contract Model of Arbitration*, 74 *Tulane L. Rev.*
- BUCHANAN, James and TULLOCK, Gordon. 1962. *The calculus of consent*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- BUNGENBERG, Marc, GRIEBEL, Joern and HINDELANG Steffen (Eds). 2011. *International Investment Law and EU Law*. Berlin – Heidelberg: Springer.

- BUTCHERS, Judith and KIMBROUGH, Philip. 2006. The Arbitral Tribunal's Role in Default Proceedings, 22 Arb. Int'l
- BÜHRING-UHLE, Christian. A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes, in Drahozal Christopher. & Naimark, Richard. (eds.), 2005. Towards A Science of International Arbitration: Collected Empirical Research 25, 43. The Hague. Kluwer International
- BÜTHE, Tim and MATTLI, Walter. 2011. The new Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy. Princeton: Princeton University Press.
- BÜTHE, Tim and MINER, Helen V. 2008. The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI Through International Trade Agreements? 52 Am. J. Pol. Sci. 741
- BUTLER, Nicolette. 2013. Possible Improvements to the Framework of International Investment Arbitration, 14 The Journal of World Investment & Trade 613.
- CACHÓN CÁRDENAS, Manuel. 2017. Estudios de Derecho Procesal. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- CAHILL – O'CALLAGHAN, Rachel (ed). 2020. Values in the Supreme Court. Decisions, Division and Diversity. Oxford: Hart.
- CALVO, Carlos. 2018. Le droit international theorique et pratique. Paris: Hachette livre.
- CANNIZZARO, Enzo. 2011. 'A Higher Law for Treaties?', in the same (ed.), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford. Oxford University Press.
- CANÇADO Trindade, Antonio. 2011. The access of individuals to international justice. Oxford. Oxford University press.
- CANÇADO Trindade, Antonio. 2010. International law for humankind: Towards a New Jus Gentium, Boston: Martinus Nijhoff.
- CAPPELLETTI, Mauro and GARTH, Bryant. 1978. Access to the justice: A world – wide survey. Milan: Sitjhof.
- CARON, David and CAPLAN Lee. 2013. The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary. Oxford: Oxford University Press.
- CARRUBA, Clifford. GABEL, Matthew and HANKLA, Charles. 2008. "Judicial behavior under political constraints evidence from the European Court of justice" American Political Science review. American Political Science Review, Volume 102 , Issue 4 , November 2008.
- CASSESE, Antonio. 2012. A plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights. In Cassese, Antonio (ed) Realizing Utopia: The Future of International Law. Oxford: Oxford University Press.
- CASTILLO MENESES, Yadira, 2014. El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- CHENG Bin, 1953. General Principles of law applied by International Courts and Tribunals, London, Stevens.
- CHENG, Chia – Jui, 2022, The Evolution of the International Economic Order. in: Cheng Chia – Jui. (Ed). A New Global Economic Global Order. New Challenges to International Trade Law. Leiden: Brill Nijhoff.

- CHENG, Chia – Jui. 2016. A new International Legal Order. Leiden. Brill.
- CICERO, Marco Tulio, 2004. De legibus, London: Penguin Classics.
- COMMISSION, Jeffery and MOLOO, Rahim. 2018. Procedural Issues in International Investment Arbitration. Oxford: Oxford University Press.
- CRONIN, Bruce and HURD, Ian (eds). 2008. The UN Security Council and the Politics of International Authority New York: Routledge.
- CLEIS, María Nicole. 2017. The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions. Leiden, Boston: Brill.
- CLERMONT, Kevin & EISENBERG, Theodore. Xenophilia in American Courts, 109 Harv. L. Rev. 1120 (1995)
- CRAWFORD, James. 2010. Advocacy Before the International Court of Justice and Other International Tribunals in State-to-State Cases, in Bishop, Doak and Kehoe, Edward (ed.), The Art of Advocacy in International Arbitration Huntington New York: Juris Published.
- CRAWFORD, James. 2007. Treaty and Contract in Investment Arbitration, 24 Arb. Int'l. 351
- CREMADES, Bernardo and CAIRNS, David. 2019. Cross-Examination in International Arbitration: Is It Worthwhile? In Newman, Lawrence and Timothy, Nelson (eds.), Take the Witness: Cross Examination in International Arbitration. New York: Jurisnet.
- CZAPLINSKI, Wladyslaw. 2006 “Jus Cogens and the Law of the Treaties” in TOMUSHAT Christian and THOUVENIN, Jean - Marc (eds). The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, Boston: Leiden
- DAMASKA, Mirjan R. 1986 The faces of justice and state authority. New Haven: Yale University Press.
- DA SILVA MARTINS, Alexandre Marques, 2016, "Challenges to Transparency and Ethics in Alternatives to Arbitration in the Realm of International Investments". Revista De Direito Internacional Económico E Tributario RDIET, V 11 No 1 p 321 – 376. January – June 2016.
- D'ASPREMONT, Jean. 2018. “What was not meant to be: General Principles of Law as a Source of International Law” in Pisillo Mazzeschi and De Sena (Eds) Global Justice, Human Rights, and The Modernization of International Law. Cham: Springer.
- D'ASPREMONT. Jean. “The idea of “Rules” in the Sources of International Law”, 84 Brit. Y Int'l L I, 103 (2014).
- D'ASPREMONT, Jean. 2011. “Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order”, in Nollkaemper, André. and Fauchald. Ole. Kristian. Unity or Fragmentation of International Law: The Role of International and National Tribunals. Oxford: Hart.
- DERAIS, Yves and SCHWARTZ, Eric. 2005. A Guide to the ICC Rules of Arbitration. The Hague: Kluwer International.
- DELLA CANANEA, Giacinto, 2016. Due Process of Law beyond the State, Requirements of Administrative Procedure, Oxford: Oxford University Press.

- DE LY, Filip and GELINAS, Paul. 2017. Dispute prevention and settlement through expert determination and dispute boards. Paris: Kluwer Law International.
- DE SMITH, Woolf and JOWEL, Jeffrey. 1995. Judicial Review of Administrative Action. London: Sweet & Maxwell.
- DE VATTEL, Emmerich. 1916. The Law of Nations or the Principle of Natural Law. Buffalo, N: WS Hein.
- DE WET, Erika and VIDMAR Jure (eds.). 2012. Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights, Oxford: Oxford University Press.
- DICEY, Albert Venn. 1932. A Digest of the Law of England with reference to the conflict of laws. London: Stevens & Sons Limited.
- DIEHL, Alexandra. 2008. Tracing a Success Story or “The Baby Boom of BITs,” in: Reinisch August and Knahr, Christina (eds.), International Investment Law in Context. Utrecht: Eleven International Publishing
- DODGE, William S. and DODSON, Scott. 2018. Personal Jurisdiction and Aliens, 116 Mich. L. Rev. 1205, 1125.
- DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Christopher. 2012. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press.
- DOUGLAS, Zachary, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, 2003 74 BYIL.
- DOUGLAS, Zachary. 2009. The International Law of Investment Claims Cambridge: Cambridge University Press.
- DÖRR, Oliver and SCHMALENBACH, Kirsten, 2012. Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary. Heidelberg: Springer
- DRAHOZAL, Cristhoper and WARE, Stephen. 2010. Why Do Businesses Use (or Not Use) Arbitration Clauses?, 25 Ohio St. J. Disp. Resol.
- DRAHOZAL Christopher and NAIMARK, Richard. (eds.), 2005. Towards A Science of International Arbitration: Collected Empirical Research 25, 43. The Hague. Kluwer International; Queen Mary, University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration 7.
- DWORKIN, Ronald. 2011. Justice for Hedgehogs. Boston: Belknap Press of Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald. 1986. Law’s Empire, Cambridge. Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald. 1977. Taking Rights Seriously. Boston: Harvard University Press.
- DYNEFORS – HALLBERG, Andreas. 2007. A Legal and Political View on Regional Trade Agreements in the GATT/WTO (Master Thesis, Göteborg University)
- EL FAR, Ahmed 2020, Abuse of rights in International Arbitration, Oxford: Oxford University Press.
- ELIAS, Olufemi and LIM, Chin. “General Principles of Law”, “ Soft” law and the identification of international law” XXVIII Neth. Y. Int’l L. 3 (1997)

- ELSING, Siegfried. 2011. Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds. *German Arbitration Journal*.
- FACH GÓMEZ, Katia and LÓPEZ RODRIGUEZ, Ana (Eds) 2019. 60 years of the New York Convention. Key. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- FADLALLAH, Ibrahim. 2003. Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: The Parties' Reciprocal Obligations, 14(1) *ICC*
- FAUCHALD, Ole Kristian. 2008. "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *Eur. J. Int'l L.* 19,
- FELDMAN, Mark. 1987. The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards. 2 *ICSID Rev – FILJ P* 86 – 7
- FELLAS, John. 2020. International Arbitration in the Midst of COVID-19, 37 *Young Arb. Rev.* 7
- FELLER, Abraham Howard. 1935. *The Mexican Claims Commissions, 1923–1934* New York: Macmillan
- FERNANDEZ ARROYO, Diego. 2014. Private Adjudication without Precedent? In Muir Watt, Horatia and Fernandez Arroyo, Diego (eds) *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press.
- FERNANDEZ - BALLESTEROS, Miguel Ángel (Ed). 2010. *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Getafe. Madrid: La Ley.
- FERRANDO, Tomaso. 2015. *Land and Territory in Global Production: A critical Legal Chain Analysis*. Law. Paris: Institut d'études politiques de Paris - Sciences Po.
- FINNIS, John. 1987. *Natural Law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press.
- FISCHER, Peter. 1975. *A Collection of International Concessions and Related Instruments*. Contemporary Series Vol 1. New York: Oceana Publications.
- FITZMAURICE, Gerald. "The future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today, First Part of an Abstract of a Special Report Institute of International Law. Rome, 1973.
- FORTIER, Yves and DRYMER, Stephen. 2005. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor, 13 *Asia Pac. L. Rev.*
- FOURET, Julien, GERBAY, Rémy and ÁLVAREZ, Gloria (Ed). 2015. *The ICSID Convention, Regulations and Rules. A practical Commentary* Northampton: Edward Elgar.
- FOURET, Julien (Ed). 2015. *Enforcement of Investment Treaty Arbitration Awards. A Global Guide*. London: Global Law and Business.
- FRANCK, Susan D. 2007. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law, 19 *McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.*
- FRANCK, Susan. *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham L. Rev.* 1521 (2005).

- FRANKEL, Marvin. 1980. *Partisan Justice*. New York: Hill and Wang.
- FRIEDMANN, Wolfgang Gaston and JESSUP, Philip (Ed). 1972. *Transnational Law in a changing society*. New York: Columbia University Press.
- Highet, Keith. 1989. "The Enigma of the Lex Mercatoria" 63 *Tulane Law Review*.
- FRY, Jason, GREENBERG, Simon and MAZZA, Francesca. 2012. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris: ICC Publications
- FULLER, Lon. 1978 *The morality of law*. New Haven: Yale University Press.
- FULLER, Lon.1978. *The forms and Limits of Adjudication*. 92 *Harvard Law Review*.
- GAILLARD, Emmanuel and BANIFATEMI, Yas (eds). 2008. *Precedent in International Arbitration*. Huntington N.Y: Juris Publishing
- GAILLARD, Emmanuel and DI PIETRO Domenico. 2008. *Enforcement of international arbitration awards: The New York Convention In practice*. New York: Cameron May.
- GALAGAN, Dmytro. ZIVKOVIC, Patricia, SCHERER, Maxi. "Third – party funding in arbitration: Out in the open? *Commercial Dispute Resolution*, 2012,
- GALLIGAN, Denis. 1986. *Discretionary Powers: A legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon Press.
- GARDINER, Richard. 2015. *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica". *Doxa*. N. 31 (2008)
- GAUKRODGER David y GORDON Katryn. "Investor -State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" *OECD Working Papers on International Investment* (2012)
- GELINAS, Paul. 2004. *Evidence Through Witnesses*, in Lévy, Lauren and Veeder, Van (eds), *Arbitration and Oral Evidence*. Paris. ICC Publishing
- GÉLINAS, Fabien and Brosseau, Jonathan. *Ethics in International Arbitration*, in Rogers, Catherine *Arbitration International*, Volume 32, Issue 3, September 2016
- GENN, Hazel. 1989. *The Effectiveness of Representation at Tribunals*, London: Queen Mary Collegue, University of London.
- GERBAY, Remy. 2014. *Is the End Nigh Again? An Empirical Assessment of the "Judicialization" of International Arbitration*, 25 *Am. Rev. Int'l Arb.* 223.
- GESTEL Rob Van and MICKLITZ, Hans – Wolfgang, *Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?* (*European university Institute Working Papers Law* 2011/05) 2011, 26.
- GIMBLETT, Jonathan and JOHNSON, Thonson Jr. 2012. 'From Gunboats to BITS: The Evolution of Modern International Investment Law' in Sauvants, Karl. (ed) *Yearbook on International Investment Law & Policy* Vol. 2010-2011. Oxford: Oxford University Press.

- GIORGETTI, Chiara, RATNER, Steven, DUNOFF, Jeffrey, HAMAMOTO, Shotaro, NOTTAGE, Luke, SCHILL, Stephan and WAIBEL, Michael. 2020. Independence and Impartiality of Adjudicators in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options, *The Journal of World Investment & Trade*.
- GIORGETTI, Chiara. 2014. *The Arbitral Tribunal: Selection and Replacement of Arbitrators*, in *Litigating International Investments Disputes*, Giorgetti, Chiara, Boston: Nijhoff /Brill Publisher.
- GIORGETTI, Chiara. 2013. Who Decides in International Investment Arbitration, 35 *U. Penn. J. Int'l L.* 431.
- GIORGETTI, Chiara. 2013. Challenges of International Investment Arbitrators: How Does it Work And Does it Work? 2 *World Arb. And Med. Rev.*
- GLENDON, Mary Ann, WRIGHT – CAROZZA, Paolo and PICKER, Colin. 2016. *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*. St. Paul: West Academic Publishing.
- GOLDBERG, David, KRYVOI, Yarik and PHILIPPOV. Ivan 2019. *Provisional Measures in Investor-State Arbitration*, BIICL/White & Case, London
- GORDON, Edward. 2012. "The ICJ: On Its Own" in Nanda, Anjali and Mundt, Alissa (eds), *Perspectives on International Law in an Era of Change*. University of Denver, Sturm College of Law 74.
- GORG, Holger and GREENWAY, David. 2004. Much Ado About Nothing? Do Domestic Firms Really Benefit from Foreign Direct Investment? *World Bank Research Observer* 19. Liu, Kelly et al., 2012. Regional Determinants of Foreign Direct Investment in Manufacturing Industry, 4 *Int'l J. Econ. & Fin.* 178.
- GOULD, Harry. 2011. Categorical Obligation in International Law, 3 *INT'L Theory*
- GREENWOOD, Lucy. 2019. Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings, 36 *J. Int'l Arb.*
- GREENWOOD, Lucy. 2011. Does Bifurcation Really Promote Efficiency? 28 *J. Int'l Arb.*
- GRIGERA NAÓN, Horacio. *Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks*, 21 *Arb. Int'l* 127. (2005).
- GRIGERA NAÓN, Horacio. 2001. Choice-of Law Problems in International Commercial Arbitration, 289 *Collected Courses*, Hague Academy.
- GRISEL, Florian. 2022. Fair and Equitable Treatment: Ordering Chaos through Precedent? In Behn, Daniel, Fauchald Ole Kristian and Langford, Malcolm. *The Legitimacy of Investment Arbitration, Empirical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GROCIO Hugo. 1925 *On the law of war and peace*, translation of the edition of 1646 by Francis Kelsey. Oxford: Clarendon Press;
- GUNTRIP, Edward John. 2016. The 'de-fragmentation' of international investment law and international human rights law: a procedural basis for

- a host state human rights defence in ICSID arbitration. PH.D Thesis (Sin publicar)
- GUZMAN, Andrew. 1998 Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, 38 Va. J. Int'l L. 639, 641.
 - HABEGGER, Phillip. 2017. The Arbitrator's Duty of Efficiency: A Call for Increased Utilization of Arbitral Powers, in Shaughnessy, Patricia and Tung, Sherlin (eds.). The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer. The Hague: Wolter Kluwer.
 - HAGGENMACHER, Peter. 2017. "Sources in the Scholastic Legacy: Ius Nature and Ius Gentium Revisited by theologians" in Besson and D'Áspremont (Eds) The Oxford Handbook of the Sources of International Law. Oxford: Oxford University Press.
 - HALLIDAY, Terence and OSINSKY, Pavel. 2006 "Globalization and law" Annual review of sociology. Chicago: American Bar Foundation.
 - HANNIKAINEN, Lauri. 1988. Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.
 - HART, Henry and SACKS, Albert. (eds). 1994. The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law. Westbury N.Y: Foundation Press.
 - HART, Herbert, 2012. The Concept of Law. Oxford. Oxford University Press
 - HASCHER, Dominique. 1995. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961: Commentary, XX Y.B. Comm. Arb.
 - HELLEINER, Eric. 2014. Forgotten Foundations of Bretton Woods: International Development and the Making of the Postwar Order. New York. Ithaca: Cornell University Press.
 - HELMERSEN, Sondre. 2017. "Delocalisation" Scholarship in ICC Arbitral Awards. 62 Scandinavian Studies in Law 261.
 - HENDERSON, Alastair. Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration – Unraveling the Laws of the Arbitration Process, Singapore Academy of Law, 2014.
 - HEPPNER, Sonja. 2019. Procedural Transparency in Investor-State Arbitration. Trinity College. PH.D Thesis (Sin publicar).
 - HERCZEGH, Geza. 1969. General Principles of Law and the International Legal Order. Budapest: Akademia Kiadó.
 - HERNANDEZ, Gleider. 2017. The Responsibility of the International Legal Academic: Situating the Grammarian Within the "Invisible College". In D'Áspremont and others (eds) International Law as a Profession. Cambridge: Cambridge University Press
 - HIGGETT, Keith. 1989. "The Enigma of the Lex Mercatoria" 63 Tulane Law Rev.
 - HILF, Meinhard. Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law", JIEL, Vol. 4, No 111, 2001.
 - HIMMA, Kenneth. (Ed). 2018. Law as an artifact. Oxford: Oxford University Press.

- HIMMA, Kenneth. 2004. "Inclusive legal positivism" in Coleman, Jules and Himma, Kenneth and Scott, Shapiro (eds) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- HINCHEY, John and HARRIS, Trony. 2018. *International Construction Arbitration Handbook*. New York: Thompson Reuters.
- HIRSCH, Moshe. 2012. *Sources of International Investment Law*. in Bjourklund, Andrea and Reinisch A August. eds. *International Investment Law and Soft Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- HOBBS, Thomas. 2004. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HODGSON Matthew, KRYVOI Yarik and HIRCKA Daniel. 2021 *Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor – State Arbitration*. London British Institute of International and Comparative law
- HOLTZMANN, Howard. 1995. *Streamlining Arbitral Proceedings: Some Techniques of the Iran–U.S. Claims Tribunal*, 11 *Arb. Int'l*
- HOLTZMANN, Howard, NEUHAUS, Joseph, KRISTJANSDDOTTIR, Edda and WALSH, Thomas. 2015. *A guide to the 2006 amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Alphen naan den Rjin: Kluwer Law International.
- International Law Association (2004). *The Bugh House principles on the Independence of the international judiciary, study group on the practice and procedures of international courts and tribunals* (London: International law association).
- HUBER, Max. "Die Sociologischen Grundlagen des Volkerrechts" (1910) *Archiv für Rechts – und Wirstschaftphilosophie*.
- HUDSON, Manley. 1943. *The Permanent Court of International Justice, 1920 – 1942: A Treatise* New York: Macmillan Co.
- HUNTER, Martin. 2006. *Expert Conferencing and New Methods*, in Van den Berg, Albert (ed.), *International Arbitration: Back to Basics?* The Hague: Wolter Kluwer.
- HWANG, Michael and Lim, Kevin. *Issue conflict in ICSID arbitrations*, 8 *Transn'tl Dispute Mgmt*. December 2011.
- INFANTINO, Marta. 2013. *International Arbitration Awards. Reasons: Surveying the State of the Art in Commercial and Investment International Dispute Settlements*. 5 (1) *Journal of International Dispute Settlement* 175
- IRETON, Jessica. 2015. *The Admissibility of evidence in ICSID Arbitration: considering the validity of WikiLeaks Cables an Evidence*, 30 *ICSID Rev*. 1.
- JACKSON, John Howard. 2000. *The Jurisprudence of GATT and the WTO* Cambridge: Cambridge University Press.
- JAMES Harold. 2001. *The Deutsche Bank and The Nazi Economic War against the Jews: The expropriation of Jewish – Owned Property* Cambridge: Cambridge University Press.
- JAMES, Wangelin, *Effective Selection of Arbitrators in International Arbitration*, *Mealy's Int'l Arb. Rep.* 25, Oct. 2002.

- JANIS, Mark Wston. 2010. "The Nature of Jus Cogens" in May, Larry and Brawn, Jeff. (Eds) *Philosophy of Law: Classic and Contemporary readings* New York: Wiley – Blackwell.
- JARVIN. Sigvard and Magnusson. Annette (eds.) 2006. *International Arbitration Court Decisions*. Hungtinton. New York. Jurisnet.
- JELLINECK George. 1880. *Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkrrrechts*. Wien: Alfred Hölder.
- JENSEN, Nathan M. 2006. *Nation-States and the Multinational Corporations: A Political Economy of Foreign Direct Investment*. Princeton. Princeton University Press
- JURATOWITCH, Ben. 2008. *The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties*, 23 ICSID Rev.FILJ P.
- KABRA, Ridhi. 2019. *Jurisdictional Aspects of Multiparty Actions in International Dispute Settlement*. University of Cambridge. PH.D Thesis (Sin publicar)
- KADELBACH, Stefan. 2006. *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules - The Identification of Fundamental Norms*, in Tomuschat, Christian & Thouvenin, Jean-Marc (Eds). *The Fundamental Rules of The International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- KANT, Immanuel. 2017. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KAPLAN, Neil (Ed). 2018. *Jurisdiction, admissibility and choice of law in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- KAPLAN, Neil. 2014. *If It Ain't Broke, Don't Change It*, 2014 SchiedsVZ.
- KARAVIAS, Markos. 2013. *Corporate Obligations under International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- KAUFMAN Natalie and MOSCHER, Steven "General Principles of law and the UN Covenant on Civil and Political Rights" 27 Int'l & Comp LQ 3 596 (1978)
- KAUFMANN – KOHLER, Gabrielle, 2011. *Interpretative Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law*" Bachand, Frederic (ed) *Fifteen Years of Nafta Chapter 11 Arbitration*. Montreal: Juris.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. 2008 "Is Consistency a Myth?," in Banifatemi, Yas (Ed) *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 5, at 137 London: Juris Publishing.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* in: *Arbitration International 2007*, Vol. 23 No. 3.
- KELSEN, Hans. 1979. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, Hans. 1949. *General theory of law and State*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- KENNEDY David. 1986. *Primitive Legal Scholarship*, 27 HARV. INT'L L.J. 1.
- KENNEDY, Duncan, 1976. 'Form and Substance in Private Law Adjudication' 89 Harvard LR 1685.

- KERR, Michael. 1997. *Concordant Conflict in International Arbitration*, 13 *Arb.Int'l*
- KING, Brian. 2005. "Consistency of Awards in Cases of Parallel Proceedings Concerning Related Subject Matters", in Gaillard, Emmanuel, Pinsolle, Philippe, Schlaepfer, Anne Véronique and Degos, Louis (eds), *Towards a Uniform International Arbitration Law*, IAI Series on International Arbitration, No. 3. Paris: Juris Publishing Inc.
- KINNEAR, Meg (Ed) 2016. *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. The Hague: Wolters Kluwer.
- KLEINLEIN, Thomas. 2017. "Customary International Law and General Principles: Rethinking their Relationship", in Lepard (Ed) *Reexamining Customary Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KOCH, Christopher. 2014. *Is There A Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions*, 31 *J. Int'l Arb*
- KOCUR, Michal. 2015. *Witness Statements in International Commercial Arbitration*, in Gessel-Kalinowska vel Kalisz, Beata (ed.), *The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration: Liber Amicorum Professor Jerzy Rajski*. Warsaw: Lewiatan Court of Arbitration
- KOLB, Robert. 2015. *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*. London: Hart Publishing.
- KOREMENOS, Bárbara. 2007. "If only half on international agreements have dispute resolution provisions. Which half needs explaining? *Journal of Legal Studies*. Chicago: University of Chicago Press.
- KORHONEN, Outi. 1996 "New International Law: Silence, Defence of Deliverance?" 7 *EJIL*. 1, 1.
- KOSKENNIEMI, Martin. 2006. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KOTUBY, Charles and SOBOTA Luke. 2017. *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*. Oxford: Oxford University Press.
- KOTUBY, Charles and SOBOTA, Luke. 2013. *Practical Suggestions to Promote the Legitimacy and Vitality of International Investment Arbitration*, 28 *ICSID Rev.*
- KÖNIG, Doris and WOLFRUM Rüdiger. 2008. *International law today: New challenges and the need for reform?* Berlin: Springer.
- KREINDLER, Richard. 2004. *Benefiting from Oral Testimony of Expert Witnesses: Traditional and Emerging Techniques*, in Lévy, Lauren and Veeder, Van (eds.) *Arbitration and Oral Evidence*. Paris: ICC Publishing.
- KRONFOL, Zouhair A. 1972. *Protection of foreign Investment: A Study in International Law*. Leiden: Sijthoff.
- KUMAR SINGHAL, Ashish and MALIK, Ikramuddin 'Doctrinal and Socio-Legal Methods of Research: Merits and Demerits', 2012, Vol.2 (7), *Educational Research Journal*.
- KURKELA, Matti and TURUNEN, Santtu. 2010. *Due Process in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

- KURKELA, Matti and SNELLMAN, Hannes. 2004. *Due Process in International Commercial Arbitration*. Dobbs Ferry: Oceana Publications.
- LAMM, Carolyn, PHAN, Hansel and MEISE Bay Alexandra. 2009 *Consent and Due process of multiparty Investor State Arbitrations*". In Binder, Christina, Kriebaum, Ursula, Reinisch, August and Wittich, Stephan. "International Investments Law for the 21st Century; Essays in Honour of Christoph Schreuer. Oxford: Oxford University Press.
- LANDAU, Taby. 2011. Luncheon Address: Advocacy in International Arbitration, 5 *World Arb. & Med. Rev*
- LANGFORD, Michael, BEHN, Daniel and HILLEREN LIE, Runar. *The Revolving Door in International Arbitration*, 20 *Journal of International Economic Law* 301 (2017).
- LARENZ, Karl and CANARIS, Claus-Wilhelm. 1995. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin/Heidelberg/New York: Springer.
- LEGUM, Barton. 2001. *Federalism, Nafta Chapter Eleven and the Jay Treaty of 1794*. News from ICSID, Washington: ICSID, v. 18, n. 1,
- LEPARD, Brian. 2010. *Customary International Law: A new theory with practical application* Cambridge: Cambridge University Press.
- LESAFFER, Randal 2017. "Sources in the modern tradition: The Nature of Europe's Classical law of Nations" in Besson and D'Aspremont (Eds) *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- LÉVY, Laurent and POLKINGHORNE, Michael (eds.). 2017. *Expedited Procedures in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International
- LI, Quan. 2006. *Democracy, Autocracy, and Tax Incentives to Foreign Investors: A Cross-national Analysis*, 68 *J. Pol.* 62.
- LIE, Runar Hilleren. 2022. *The Influence of Law Firms in Investment Arbitration*. In Behn, Daniel, Fauchald Ole Kristian and Langford, Malcolm. *The Legitimacy of Investment Arbitration, Empirical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LINDERFALK, Ulf. "The Creation of Jus Cogens – Making sense of article 53 of the Vienna Convention". (2011) 71 *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches recht und Völkerrecht*.
- LIU, Kelly. *Regional Determinants of Foreign Direct Investment in Manufacturing Industry*, 4 *Int'l J. Econ. & Fin.* 178. 2012.
- LOCKE, John. 2016. *Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration*. Oxford: Oxford University Press.
- LOVRO Tomasic, 2013. *Effet utile: Die Relativität teleologischer Argumente im Unionsrecht*. München: C.H. Beck.
- LOWENFELD, Andreas. 2008. *International Economic Law* Oxford: Oxford University Press.
- LUHMANN, Niklas. 2005. *Law as a social system*. *Journal of Law and Society*. Vol. 32, No 2
- MACCORMICK, Neil, 2005. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.

- MCARTHUR, Kathleen and ORMACHEA, Pablo. 2009. International Investor-State Arbitration: An Empirical Analysis of ICSID Decisions on Jurisdiction , 28 Rev. Lit. 559.
- MACHIAVELLI, Niccolo. 2003. The Prince. London: Penguin Books.
- MACKENZIE, Ruth, SANDS, Philippe and SHANY, Yuval. 2003. "International Court and Tribunals and the Independence of the international judge" Harvard International law journal.
- MCGREGOR Lorna, 2007. 'Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty', 18 EJIL
- MCNAIR, Arnold. The General Principles of Law Recognized by civilized Nations. 33 Brit Yr. IL (1957).
- MANIRUZZAMAN, Abul. 'The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends'. Journal of World Energy Law and Business, Vol. 1, No. 2, 2008.
- MANTILLA-SERRANO, Fernando. 2004. Towards A Transnational Procedural Public Policy, 20 Arb. Int'l.
- MARMOR, Andrei. 2004. "Exclusive Legal Positivism" in Coleman, Jules and Himma, Kenneth and Scott, Shapiro (eds) The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press.
- MARSHALI, Hedley. 1959 Natural Justice. London: Sweet and Maxwell.
- MASON, Paul. 1994. The Corporate Counsel's View: International Commercial Arbitration, 49 Disp. Resol. J. 22, 23
- MENDELSON, Maurice. 1996. "The International Court of Justice and thee sources of international law", in Lowe and Fitzmaurice (eds) Fifty years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings. Cambridge: Cambridge University Press.
- MERRY, Sally Engle. 2006. Human rights and gender violence: Traslating international law into local justice. Chicago: University of Chicago Press.
- MILES, Kate. 2013. The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the safeguarding of Capital. Cambridge: Cambridge University Press.
- MONTT, Santiago. 2009. State liability in investment treaty arbitration. Oxford. Hart Publishing.
- MORENO RODRIGUEZ, José Antonio. 2019. Arbitraje Comercial y de Inversiones. Marco Normativo Paraguayo y Precedentes Jurisprudenciales. Ley Paraguaya sobre Contratos Internacionales y Arbitraje. Asunción: Intercontinental Editora.
- MOUDATSOU Argiro and KYRKILLIS, Dimitrios. 2011. FDI and Economic Growth: Causality for the EU and ASEAN, 26 J. Econ. Integration.
- MOURRA, Mary Helen 2008. 'The Conflicts and Controversies in Latin American Treaty-Based Disputes', in Mourra, Mary Helen and. Carbonneau, Thomas B. 2008. Latin American Investment Treaty Arbitration: The Controversies and Conflicts, The Hague: Wolters Kluwer
- MOUSOURAKIS, Georg. 2015. Roman law and the origins of the civil law tradition. Berlin: Springer

- MUIR - WATT, Horatia. Nota de jurisprudencia sobre el caso Israel c. NIOC, Cass. Civ. 1ère, 01 de febrero de 2005, en *Revue de l'arbitrage*, 2005, n°3
- NARDIN, Michael. Is There A Future for Tribunal-Appointed Experts, 37 *ASA Bull.* 48 (2019).
- NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, Luis. 2009. *Law and Practice of International Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Hague: Kluwer International Law.
- NEWMAN, Lawrence and RADINE, Michael. Eds. 2014. *Soft Law in International Arbitration*. New York: JurisNet.
- NEWMAN, Laurence and HILL, Richard. 2008. *The leading arbitrator's guide to international arbitration*. Oxford: Jurisnet.
- NIETO NAVIA, Rafael. 2003. *International peremptory norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law in Vorah*, Lal Chand (ed) *Man's Inhumanity to Man: Essays in Honour of A Cassese*. The Hague: Brill Academic.
- NIEUWVELD, Lisa. ICC Rules: What Do You Do When the Respondent Refuses to Pay Its Portion of the Advance on Costs? An Alternative Approach, *Kluwer Arb. Blog* (23 Feb. 2010)
- NUSSBAUM, Arthur. 1947. *A Concise History of the Law of Nations*. The MacMillan Company
- NUSSBAUM, Arthur. 1942. *Treaties on Commercial Arbitration: A test of international Private Law Legislation*. Harvard Law Review.
- NYS. Ernest. 2017. *Le Droit International. Les principes, les théories, les faits*, T I, Paris: Hachette Groupe Livre.
- OLIVER, Robert. 1995. *George Woods and the World Bank*. London: Lynne Rienner.
- OPPENHEIM, Lassa. 1905. *International law: A treatise*, Vol. I – Peace London: Longmans, Green and Co.
- ORAKHELASHVILI, Alexander (Ed). 2020. *Research Handbook on the theory and history of International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- ORAKHELASHVILI, Alexander. 2010 'Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System', in M. Frishman and S. Muller (eds.), *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*.
- ORAKHELASHVILI, Alexander 'State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong', (2007) 18 *EJIL*.
- ORAKHELASHVILI, Alexander. 2006. *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- ORFEO, Fioretos. 2017. "Institutions and time in international relations" In *International Politics and Institutions in Time*. Oxford: Oxford University Press.
- ORTINO, Federico. SHEPPARD, Audley and WARNER, Hugo. (eds). 2006. *Current Issues in Investment Treaty Law*, vol 1 London. (BIICL).
- ÖHLINGER, Teo. 1975. *Der Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtstheoretische und Ideologische Aspekte*. Wien: Manz.

- PAIR, Lara. Cross – 2002. Cultural Arbitration: Do the Differences Between Cultures Still Influence International Commercial Arbitration Despite Harmonization? 9 ILSA J. INT'L & COMP. L.
- PANAGOPOULOS, George. 2005. 'Substance and Procedure in Private International Law', Journal of Private International Law no. 1: 69.
- PAULSSON, Jan. Moral Hazard in International Dispute Resolution, 25(2) ICSID Rev. FILJ. 2010.
- PAULSSON, Jan. The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method, 22 Arb. Int'l. 2006.
- PAULSSON, Jan. 1996. International Handbook on Commercial Arbitration: National Reports and Basic Legal Texts. London. The Hague: Kluwer law international.
- PAPANASTASSIOU, Mariana. 2009. Foreign Direct Investment and Small Countries, 49 Mgmt. Int'l 5.
- PAPARINSKIS, Martins. 2014 'Analogies and Other Regimes of International Law' in Douglas, Zachary, Pauwelyn, Joost and Vinuales, Jorge E (eds), The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice Oxford. Oxford University Press.
- PAUWELYN, John. 2001. "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?" 95 AJIL 535.
- PELCZ, Katia. "Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation?" 10 May 2016, 2.
- PERELMAN, Chaim. 1997. The idea of justice and the problem of argument. London: Routledge & Kegan Paul
- PERRY, Sebastian. Party Appointments are the Keystone of Arbitrations says Veeder, Global Arbitration Review (17 Apr. 2013)
- PETER, Wolfgang. 2004. Witness Conferencing Revisited, in Bond, Stephen (ed.), Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium, Reports of the International Colloquium of CEPANI
- PETERS, Ann and HANDSCHIN, Lukas. (Eds). 2012. Conflict of interest in global, public and corporate governance, Cambridge: Cambridge University Press.
- PETERS, Lena (ed). 2021. International Institute for the Unification of Private Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- PETROCHILOS, Georgios. 2004. Procedural Law in International Arbitration. Oxford: Oxford University Press.
- PHILIPPOPOULOS – MIHALOPOULOS, Andreas. 2013. "The Autopoietic Fold: Critical Autopoiesis between Luhmann and Deleuze" in La Cour, Anders and Philippopoulos – Mihalopoulos, Andreas. Luhmann observed: Radical Theoretical Encounters, Hampshire, Basingstoke.
- PICÓ I JUNOY, Joan. 2003. El Principio de la Buena Fe Procesal. Barcelona: Bosch.
- PIERSON, Paul. 2004. Politics in Time: History, Institutions and Social Analysis. Princenton: Princenton University Press.
- PIPPIN, Robert. 1999, Modernism as a Philosophical Problem: On the Dissatisfactions of European High Culture, Oxford: Blackwell Publishers.

- POLKINGHORNE, Michael and GILL, Benjamin. 2017. Due Process Paranoia: Need We Be Cruel to Be Kind?, 34 J. Int'l Arb.
- PORTERFIELD, Matthew C. 2005. State Practice and the (Purported) Obligation Under Customary International Law to Provide Compensation for Regulatory Expropriations, 37 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.
- POULSEN, Lauge. 2015. Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries Cambridge: Cambridge University Press.
- PRICE, Charles and STANS Yves. 2007. Using Costs as A Case Management Tool in International Arbitration, 25 ASA Bull. 704
- PRYLES, Michael. 2007. Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure, 24 J. Int'l Arb.
- PUIG, Sergio and SHAFFER Gregory. 2018. Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law, 112 Am. J. Int'l. L. 361
- Queen Mary, University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration 7
- Queen Mary, University of London, 2015. International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration 5, 8.
- Queen Mary, University of London, 2013 International Arbitration Survey: Corporate Choices in International Arbitration: Industry Perspectives 8
- RAIMONDO Fabian. 2010. General principles of law, judicial creativity and the development of international criminal law. In: Darcy, Shane, Powderly Joseph (eds) Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals. Oxford: University Press.
- RAIMONDO, Fabian. 2008 General Principles of law in the Decision of the International Criminal Courts and Tribunals. Leiden: Brill/ Nijhoff.
- RAMOS ROMEU, Francisco. 2013. Estudio empírico de algunos paradigmas procesales: La Iglesia, Damaska y Chiovenda, en Joan Pico i Junoy (Director) Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos. Madrid: Bosh Editor.
- RAMOS ROMEU, Francisco. 2009. Proceso Inquisitorial y proceso adversarial Orígenes y funcionamiento en 109 países en Vásquez Sotelo, José Luis. Rigor Doctrinal y Práctica Forense. Barcelona: Atelier Libros.
- RAWLS, John. 1971. A theory of Justice. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- RAVIV, Adam. 2012. No More Excuses: Toward A Workable System of Dispositive Motions in International Arbitration, 28 Arb. Int'l
- RAZ, Joseph. 1980. A Concept of a Legal System. Oxford: Clarendon Press
- REDFERN, Alan. 2008. Stemming the Tide of Judicialization of International Arbitration, 2 World Arb. & Med. Rev. 21.
- REED, Lucy and MARTINEZ, Lucy. 2009. Treaty Obligations to Honor Arbitral Awards and Diplomatic Protection, in Bishop Doak (ed).

- Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns 24 New York: JurisNet LLC.
- REIMANN, Mathias and ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). 2010. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press.
 - REISMAN, Michael, "Cases specific Mandates" versus "Systemic Implications": How Should Investment Tribunals decide? 29 *Arbitration International* (2013)
 - REYMOND, Claude. 1994. The President of the Arbitral Tribunal, 9 *ICSID Rev.*
 - RIPINSKY, Sergey and WILLIAMS, Kevin. 2008. Damages in International Investment Law. London: British Institute of International and Comparative Law.
 - RIVKIN, David. 2012. The impact of international arbitration on the rule of law. Clayton Utz: University of Sydney International Arbitration Lecture.
 - RIXEN, Thomas, LORA Anne Viola, and ZÜRN Michael (Eds). 2016. Historical Institutionalism and International Relations: Explaining Institutional Development in World Politics. Oxford: Oxford University Press.
 - ROBERTS, Anthea. 2013. "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the investment Treaty System" *American Journal of International Law* 107.
 - ROHNER, Thomas and LAZOPOULOS, Michael. 2011. Respondent's Refusal to Pay Its Share of the Advance on Costs, 29 *ASA Bull.*
 - ROSS, Alf. 2019. On law and justice. Oxford: Oxford University Press
 - ROUSSEAU, Jean Jacques. 2009. The Social Contract. Oxford: Oxford University Press.
 - ROWLEY, William and WISNER, Robert, 2011. Party Autonomy and Its Discontents: The Limits Imposed by Arbitrators and Mandatory Laws, 5 *World Arb. & Med. Rev.*
 - RUBINS, Noah and LAUTERBURG, Bernhard. 2010. Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration in Knahr, Christina (ed). *Investment and Commercial Arbitration Similarities and Divergences*. Utrecht: Eleven International Publishing.
 - RUSSELL Korobkin. 2000. 'Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited' 79 *Oregon L Rev* 23.
 - SALACUSE, Jeswald W. 2021. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press.
 - SALACUSE, Jeswald. 2004. "Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain," in Horn, Norbert and Kroll Stephan. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague. Kluwer Law International.
 - SAMUELSON, Robert J The (largely false) Globalization Narrative, *Washington Post*. Aug. 7 2016.
 - SANDROCK, Otto: "The Cautio Judsicatum Solvi in arbitration Proceedings or the duty of an alien claimant to provide security for the

- cost of the defendant” *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No 2, 1997
- SANFORD, Kadish. *Methodology and Criteria in Due Process Adjudication. A Survey and Criticism*. *The Yale Law Journal*. Vol 66 No 3 (Jan, 1957).
 - SASSON, Monique. 2015. *Investment Arbitration: Procedure*. In Bungenberg, Marc, Griebel, Jörrn, Hobe, Stephan and Reinisch, August. Eds. *International Investment Law and Baden – Baden*: C.H Beck, Hart, Nomos.
 - SCHACHERER, Stefanie. *Independence and Impartiality of Arbitrators - A Rule of Law Analysis*. Seminar: *International Investment Law and the Rule of Law*. 2018.
 - SCHACHTER, Oscar. ‘Compensation for Expropriation’, *78 American Journal of International Law*, 1984.
 - SCHACHTER Oscar. *Private Foreign Investment and International Organization*, *45 Cornell Law Quarterly*. 1960.
 - SCHAUER, Frederick. 2003. ‘The Convergence of Rules and Standards’ (NZLR303,305).
 - SCHERER, Matthais, *ICSID Annulment Proceedings Based on Serious Departure from a Fundamental Rule of Procedure*, *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, 2007.
 - SCHERER, Maxi. 2020 *Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework*, *37 J. Int’l Arb.* 407.
 - SCHILL. Stephan W. 2011. *Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, in: *Virginia Journal of International Law* 2011, Vol. 52 No. 1.
 - SCHILL, Stephan W. In *Defense of International Investment Law* (February 23, 2017). Marc Bungenberg (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 7. Cham: Springer, 2016.
 - SCHLAEPFER, Anne Veronique. 2004. *Witness Statements*, in Lévy, Lauren and Veeder, Van (eds), *Arbitration and Oral Evidence*. Paris: ICC Publishing
 - SCHNEIDERMAN, David. 2016, “Listening to Investors (and Others): Audi Alteram Partem and the Future of International Investment Law” (August 2016), *CIGI Investor-State Arbitration Series Paper No. 8*, University of Toronto.
 - SCHNEIDERMAN, David. 2011. *Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self – Restraint?* *2 International Journal of Dispute Management*.
 - SCHREUER, Christoph. 2016. *The Development of International Law by ICSID Tribunals*, *31(3) Foreign Investment Law Journal* 728.
 - SCHREUER Christoph and WEINIGER, Matthew. 2008. *Doctrine of Precedent in Investment Arbitration?* in Muchlinski, Peter, Ortino Federico and Schreuer Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford. Oxford University Press.

- SCHREUER, Christoph. 2007. 'The Dynamic Evolution of the ICSID System' in Hofmann, Rainer and Tams Christian (eds) *The International Conventional on the Settlement of Investment Disputes (ICSID). Taking Stock after 40 years.* Baden – Baden. Nomos.
- SCHREUER, Christoph. 2001. *The ICSID Convention: A Commentary.* Cambridge. Cambridge University Press.
- SCHULTZ, Thomas and DUPONT, Cédric, *Investment Arbitration: Promoting the rule of law or over – empowering Investors? A Quantitive Study (2015) 25(4).*
- SCHWARZENBERGER, Georg. 1976. *A Manual of international law.* London. Stevens.
- SCHWARZENBERGER, Georg. 1969. *Foreign Investments and International law.* London: Stevens.
- SCHWARZENBERGER, Georg. 1957. *International Law, Vol I.* London: Stevens.
- SCHWARZENBERGER, Georg "The fundamental Principles of International Law" offprint from the *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye en ligne Vol 087.* Leiden: Brill / Nijhoff, 1955.
- SCHWARZENBERGER, George. *International Jus Cogens.* (1964/1965) 43 *Texas Law Review.*
- SCOBIE, Iain. 2017. *Legal Theory as a source of International Law, Institutional Facts and the Identification of International Law.* In Besson, Samantha, D'Aspremont, Jean. *The Oxford Handbook on The Sources of International Law.* Oxford. Oxford University Press.
- SEARLE, John. 2010. *Making of the social world: The structure of human civilization.* Oxford: Oxford University Press.
- SERAGLINI, Christophe and BAETEN, Patrick. 2017. *Expedited Rules and the Possibility of Immediate Measures Once A Tribunal Is Constituted,* in Lévy, Laurent and Polkinghorne, Michael (eds.) *Expedited Procedures in International Arbitration.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- SHANY, Yuval. 2009. *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts.* Oxford: Oxford University Press.
- SHANY, Yuval. 2003. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals.* New York: Oxford University Press.
- SHARPE, Jeremy. 2006. *Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence,* 22 *Arb. Int'l* 549.
- SHARPE, Jeremy. 2006. *Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence,* 22 *Arb. Int'l* 549.
- SHAW, Malcolm. 2014. *International Law.* Cambridge: Cambridge University Press.
- SIMON, William. 1983. "Legality, Bureaucracy and Class in the Welfare System" *Yale Law Journal* 92.
- SLAOUI, Fatima – Zahra, 2009. *The Rising Issue of "Repeat Arbitrators": A Call for clarification,* 25 *Arbitration International* 103.
- SMITH, Hans 2010. *The Pernicious Institution of the Party – Appointed Arbitrator,* *Columbia FDI Perspectives* No 33

- SOLUM, Lawrence B. 2004. Procedural Justice. *Southern California Law Review* 181.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2015. *Resistance and Change in International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2010. *The International Law on Foreign Investment* Cambridge: Cambridge University Press.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2008. A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration, in Sauvant, Karl and Chiswick – Patterson, Michael (Eds). *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*. Oxford: Oxford University Press.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2008. *The Neoliberal Agenda in Investment Arbitration: Its Rise, Retreat and Impact on State Sovereignty*. In San, Wenhua (Ed) *Redefining Sovereignty in International Economic Law*. Portland: Hart Publishing.
- SOURGENS Frederic. 2014. Law's Laboratory: Developing International Law on Investment Protection as Common Law, 34 *Nw. J. INTL L. & Bus.*
- SØRENSEN, Max. 1946. *Les Sources Du Droit International: Étude sur la Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*. Copenhagen: Einar Munksgaard.
- SPIERMANN, Ole. 2017. “The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: A purely Platonic discussion? in Besson and D’Aspremont (Eds) *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* Oxford: Oxford University Press.
- ST JOHN, Taylor. 2018. *The Rise of Investor State Arbitration. Politics, law, and Unintended Consequences*. Oxford: Oxford University Press
- ST JOHN . 2012. *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*. Nijhoff : Brill Publisher
- STEIN, Eric. “International integration and Democracy: No love at first Sight”, *AJIL*, Vol. 95, No 489, 2001
- STEINITZ, Maya and GOWDER, Paul. 2016. *Transnational Litigation as a Prisoner's Dilemma*, 594 *N.C. L. Rev.*
- STERN, Brigitte. 2009. ‘The contours of the notion of protection investment», 24 *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*.
- STONE SWEET, Alec and GRISEL, Florian (eds) 2017. *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- SUMMERS, Robert S. 1974. *Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for “Process Values”*. 60 *Cornell Law Review*
- TAI-HENG Cheng, 2007. *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*. 30 *Fordham Int’L L.J* 1014.
- TARJUELO, Javier. 2017. *Fast Track Procedures: A New Trend in Institutional Arbitration*, 11 *Disp. Resol. Int’l* 105.
- TEN Cate, Irene, “The cost of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration; 51 *Columbia Journal of Transnational Law* (2013).

- TEUBNER, Gunther. 2012. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press.
- TEUBNER, Gunther. 1997. *Global Law without a State*, Aldershot. Dartmouth.
- TEUBNER, Gunther. 1988. *Autopoietic Law. A new approach to law and society*. Berlin: De Gruyter.
- THIBAUT, John. and WALKER, Laurens. 1975 *Procedural Justice: A psychological Amalysis*. Hillsdale N.J.: Laurence Erlblaum Associates Publishers.
- THIRLWAY, Hugh. 2014. *The sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- TOYE, John. and TOYE Richard. 2004. *The UN and Global Political Economy. Trade, Finance and Development*. Bloomington: Indiana University Press.
- TRECHSEL, Stefan. 2005. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford. Oxford University Press.
- TWEEDALE, Andrew. TEEDDALE, Karen. 2007. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English law practice*, Oxford: Oxford University Press.
- TWIGG – FLESNER, Christian (Ed). 2022. *Foundations of International Commercial Law*. London: Taylor & Francis Group.
- TYLER, Tom. 2021. *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- ULMER, Nicolas. 2010. *The Cost Conundrum*, 26 *Arb.Int'* I 221, 244.
- UNCTAD, 2005. *International Investment Agreements: A Compendium*, vol. III, 259. Geneve.
- VADI, Valentina. 2016. *Analogies in International Investment Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press
- VAN DEN BERG, Albert Jan. *Charles Brower's Problem with 100 per cent—Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, 31 *Arb. Int'l*. 2015.
- VAN DEN BERG, Albert. 2014. *Organizing an International Arbitration: Practice Pointers*, in Newman, Lawrence and Hill, Richard (eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* Huntington, New York: Juris Publishing.
- VAN DEN BERG, Albert. 1994. *The New York arbitration convention of 1958*. London: Kluwer law international.
- VANDELDE, Kenneth. 2010. *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation* New York: Oxford University Press.
- VANDELDE, Kenneth. 2009. *U.S International Investment Agreements* Oxford: Oxford University Press.
- VANDELDE, Kenneth. 'U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave', 14 *Michigan Journal of International Law*. 1993.
- VANDELDE, Kenneth *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, 21 *Cornell INT'L. L.J* 201. 1988.

- VAN HARTEN, Gustav. Arbitrator Behavior in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, 50 Osgoode Hall Law Journal. 2012.
- VAN HARTEN, Gustav. 2008. Investment Treaty Arbitration and Public Law Oxford: Oxford University Press.
- VAN HARTEN, Gustav. 2007. Investment Treaty Arbitration and Public Law. Oxford: Oxford University Press.
- VEEDER, Van. 2019. Arbitral Reform and Legal History: “The Blank Piece of Paper,” in Asoskov. Anton et al. (eds.), New Horizons of International Arbitration
- VERDROSS, Alfred. “Jus Dispositivum and Jus Cogens in international law” (1966) 60 American Journal of International Law
- VERDROSS, Alfred. Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1957/1958, Vol. 18,
- VERDROSS, Alfred Von, Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner’s Report on “The Law of Treaties” 31 AM. J. INT’L L. 571, 571 (1937).
- VLAVIANOS, George and PAPPAS, Vasilis. 2019. ‘Consolidation of International Commercial Proceedings in the Energy Sector’, in Rowley, William, Bishop Doak and Kaiser, Gordon. (eds) The Guide to Energy Arbitrations, Global Arbitration Review, London: David Samuels.
- VOLGER, Richard. 2012. Due Process in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press.
- WAHAB, Abdel. 2020. What If Parties Don’t Agree on A Virtual Hearing? A Pandemic Pathway, Global Arb. Rev.
- WAIBEL, Michael. 2015. Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility. In Bungenberg, Marc, Griebel, Jörgen, Hobe, Stephan and Reinisch, August. (Eds) International Investment Law and Baden – Baden: C.H Beck, Hart, Nomos.
- WARDLE, Phillip ‘Zhang v Zemin. 251 ALR 707’, (2009) 15 Australian ILJ
- WATERS, Melisa. 2005. “Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law”. Georgeown law journal.
- WATERSTRAAT, Daniel. 2006. ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. Baden – Baden: Nomos.
- WEAVER, Mark. 2014. The proposed transatlantic trade and investment Partnership. (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation and future trade implications, 29 Emory int’l. Rev
- WEBER, Max. 1947. The Theory of Social and Economic Organization. New York: Free Press.
- WEIGAND, Frank Bernd. 2019. Practitioner’s Handbook on international arbitration. Oxford: Oxford University Press.
- WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law? Am J Int Law 77

- WEILER, Todd and BAETENS, Freya (eds) 2010. *New Direction In International Economic Law: In Memoriam Thomas Waelde*. The Hague: Brill.
- WELSH, Nancy and SCHNEIDER, Andrea. 2013. *The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration*, 18 *Harv. Negot. L. Rev.* 71.
- WHITEMAN, Marjorie Millace, 1967. *Digest of International Law*, U.S. Department of State, vol. 8.
- WHITESELL Anne-Marie and SILVA-ROMERO, Eduardo. 2003. 'Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience', in *Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications*, Special Supplement, ICC Ct. Bull. 2003
- WHYTOCK, Christopher Alexander. 2008. "The litigation – arbitration relationship in transnational dispute resolution. Empirical insights from the U.S Federal Courts," *World arbitration & mediation review* 2.
- WIEBECKE, Martin 'Evidence and Proof'. 2018 in *The Investment Treaty Arbitration Review*, London. Law Business Research.
- WOUTERS, Jan, DUQUET, Sanderijn and HACHEZ, Nicolas. 2013. 'International investment Law: The Perpetual Search for Consensus', In De Schuteer Oliver, Swineen, Johan and Wouters, Jan (eds) *Foreign Direct Investment and Human Development, The Law and Economics of International Investment Agreements*. London and New York: Routledge.
- YACKEE, Jason W. 2010. *Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Investment: Hints from Alternative Evidence*, 51 *Va. J. Int'l L.* 397.
- YACKEE, Jason W. 2008. *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment and the Rule of (International) Law*, 42 *Law & Soc'y Rev.* 805
- YANNACA – SMALL, Katia.2008 "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", in Reinisch, August. (Ed) *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press
- ZIMMERMANN, Andreas, TAMS, Christian (Ed) 2019. *The Statute of the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press,
- ZIMMERMAN, Andreas, OELLERS – FRAHM, Karim, TOMUSCHAT, Christian and TAMS, Christian (eds) 2012. *The Statute of the International Court of Justice: A commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- ZUMBANSEN, Peer. "Debating Autonomy and Procedural Justice: The Lex Mercatoria in the Context of Global Governance Debates—A Reply to Thomas Schultz" 2 *Journal of International Dispute Settlement* 2011.