

10-1-2010

El Arbitraje de Inversional en America del Sur: Propuesta de Creacion de un Centro Alternativo de Arbitraje de la Estructura Internacional de la Union de Naciones Suramericanas

Euyelit Adriana Moreno-Paredes

Follow this and additional works at: <http://repository.law.miami.edu/umialr>



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#), and the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Euyelit Adriana Moreno-Paredes, *El Arbitraje de Inversional en America del Sur: Propuesta de Creacion de un Centro Alternativo de Arbitraje de la Estructura Internacional de la Union de Naciones Suramericanas*, 42 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 175 (2010)
Available at: <http://repository.law.miami.edu/umialr/vol42/iss1/7>

El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de Creación de un Centro Alternativo de Arbitraje Dentro de la Estructura Internacional de la Unión de Naciones Suramericanas

Euyelit Adriana Moreno-Paredes¹

| | | |
|------|--|-----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 175 |
| II. | UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS | 177 |
| | A. <i>Objetivos Fundamentales de la Unión de Naciones Suramericanas dentro del Marco de Energía, Estructura y Comercio</i> | 178 |
| | B. <i>Propuestas de Integración para el Desarrollo de Estructuras Energéticas, de Infraestructura y Comerciales dentro de la UNASUR</i> | 180 |
| III. | MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DENTRO DE LA ESTRUCTURA DE LA UNASUR..... | 181 |
| | A. <i>¿Funcionaría el Establecimiento de un Centro Alternativo de Resolución de Controversias dentro de la UNASUR en materia de Inversiones?</i> | 183 |
| | B. <i>¿UNASUR o CIADI?</i> | 189 |
| IV. | LA LUZ FINAL DEL CAMINO: ¿ES REALMENTE VIABLE ESTE CENTRO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS? | 193 |
| V. | CONCLUSIÓN | 194 |

I. INTRODUCCIÓN

En todos los Estados de América Latina ha habido un considerable avance en materia del arbitraje, incluso en aquéllos que han expresado cierta oposición a organizaciones internacionales que cuentan con centros alternos de resolución de conflictos. No podemos olvidar que hasta finales de los años ochenta y principios

1. Abogado, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Juris Doctor, *magna cum laude*, University of Miami School of Law. Agradecimientos especiales al Prof. John Rooney por sus invaluable enseñanzas en el área del arbitraje. Los puntos de vista expresados en este artículo representan únicamente la visión del autor, y no representan la posición de los colaboradores que hicieron posible la redacción del mismo.

de los noventa, América Latina se demostraba renuente a adoptar dichos mecanismos, principalmente basándose en el argumento de que el arbitraje limitaba la soberanía de los Estados, sobre todo en materia de derecho internacional público. Como consecuencia de esto, los Estados de América Latina eran vistos como proteccionistas en materia comercial, y limitaban la resolución de sus disputas al derecho doméstico.

Por otro lado, América Latina, sin duda alguna, se ha destacado por contar con un gran número de organizaciones interregionales.² Desde la época de la independencia, los países latinoamericanos han intentado alcanzar una integración no sólo política, sino también económica.³ La búsqueda de una integración en América del Sur, parecida al modelo de la unión europea, ha sido uno de los objetivos fundamentales de la región.

Algunas de estas organizaciones incluyen dentro de su estructura mecanismos de resolución de conflictos en materia de arbitraje sobre las disputas entre los Estados miembros, siempre y cuando dicha disputa esté al alcance del objeto de tal organización. Por ejemplo, el ámbito de aplicación material del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y del Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional entre Mercosur, Chile y Bolivia, es más restringido que el de los otros tratados internacionales sobre la materia, el cual se aplica solamente al arbitraje derivado de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas de derecho privado.⁴

2. La mayoría de los países de América Latina son miembros de alguna de las siguientes organizaciones: Organización de los Estados Americanos (OEA), Parlamento Latinoamericano, Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), Alianza Bolivariana para las Américas (ALBA), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Comunidad Andina, Comunidad del Caribe (CARICOM), Organización de Estados del Caribe Oriental (OECS), Parlamento Andino, Parlamento Centroamericano (PARLACEN), Conferencia de Autoridades Audiovisuales y Cinematográficas de Iberoamérica (CAACI), Grupo de Río.

3. Véase Jackson Bennett, *The Union of South American Nations: The New(est) Regionalism in Latin America* [*La Unión de las Naciones Suramericanas: el último regionalismo en América Latina*], 32 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 103 (2008).

4. Existen varios instrumentos provenientes MERCOSUR que se refieren a la resolución de controversias, pero que no incluyen al arbitraje entre los particulares. Entre éstos, puede verse al Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, 17 Dic. 1991, MERCOSUR/CMC/ DEC. N° 01/91; Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, 10 Dic. 1998, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 17/98; Mecanismo de Consultas en la Comisión de Comercio del Mercosur, MERCOSUR/CCM/DIR. 17/99; Anexo al Protocolo de Ouro Preto, Procedimiento General para las Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, 17 Dic. 1994. Estos instrumentos regulan las controversias entre los Estados Partes del MERCOSUR y

II. UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS

En la III Cumbre Presidencial Sudamericana, llevada a cabo por los Presidentes de América del Sur el 8 de diciembre de 2004 en Cuzco, Perú, los presidentes de América del Sur iniciaron conversaciones y negociaciones con el propósito de conformar la llamada para ese entonces, Comunidad Sudamericana de Naciones.⁵ La constitución de dicha organización comenzó su evolución por medio de la Cumbre de Brasilia llevada a cabo el 30 de septiembre de 2005, y la Cumbre de Cochabamba, realizada el 9 de diciembre de 2006.⁶

Producto de dichas Cumbres, los mandatarios suramericanos en el año 2007 decidieron cambiarle el nombre a la Comunidad Sudamericana de Naciones por Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR),⁷ en una búsqueda de alcanzar la integración lograda por comunidades como la unión europea,⁸ que se crea sobre una región con raíces comunes, siguiendo los ideales de libertad, igualdad, y fraternidad de la revolución francesa.

Es así como se da inicio a la Unión de Naciones Suramericanas en la Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno, llevada a cabo en la ciudad de Brasilia, República Federativa del Brasil, el 23 de mayo de 2008, país en el cual se suscribe el Tratado Constitutivo de la UNASUR⁹ y se elige a su primera dirigente¹⁰.

Esta comunidad política la conforman doce países independientes de Suramérica: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile,

las reclamaciones de los particulares contra los Estados Partes. Por otro lado, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, 23 Jul. 1998, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 3/98, conjuntamente con el cual se firma el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, Bolivia y Chile, 23 Jul. 1998, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 4/98, tienen por objeto "regular el arbitraje como medio alternativo privado de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado" MERCOSUR/CMC/DEC. N° 4/98, Art. 1.

5. Véase Declaración del Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones, 8 de diciembre de 2004, III Cumbre Presidencial Sudamericana.

6. Véase Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, 23 de mayo de 2008 [en adelante Tratado Constitutivo].

7. Véase Alfredo Seoane Flores, *Unasur: ¿cambio de nombre o de rumbo?*, COMUNIDAD ANDINA (22 Abr. 2007), <http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/larazon22-4-07.htm>.

8. *Ib.*

9. Véase Tratado Constitutivo, *supra* nota 6.

10. Durante la Cumbre realizada en Brasilia, se eligió a la presidenta de Chile, Michelle Bachelet, como presidenta pro tempore de la organización, por un periodo de un año. Véase *¿Qué es Unasur?* (agosto 2009), http://www.telesurtv.net/noticias/afondo/especiales/cumbre_unasur/.

Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.¹¹ La misma, tiene como sedes a la ciudad de Quito y Cochabamba.¹² Actualmente, el Presidente titular pro t mpore al mando de la Unión de Naciones Suramericanas es Rafael Correa, presidente de Ecuador, uno de los países más interesados, junto a Bolivia y Venezuela, en impulsar la creación de un centro alternativo de resolución de controversias en materia de energía e inversiones dentro de la UNASUR.

Desde la creación de la Unión de Naciones Suramericanas, los presidentes de cada uno de los países que la conforman han expresado sus opiniones y objetivos respecto a la misma. De hecho, uno de los aspectos más importantes de la UNASUR es que “se trata del primer Tratado internacional negociado y firmado en conjunto por la totalidad de los países suramericanos.”¹³ Ahora bien, cabe destacar que el primer desafío que encuentra la Unión de Naciones Suramericanas, es su completo establecimiento por medio de la ratificación de por lo menos nueve Estados miembros para que entre en vigencia el Tratado Constitutivo.¹⁴ De lograrse tal número de ratificaciones, este Tratado se enfocaría en ofrecer nuevas posibilidades con objetivos sociales y económicos, en búsqueda de la unión de los países suramericanos.

A. *Objetivos Fundamentales de la Unión de Naciones Suramericanas dentro del Marco de Energía, Estructura y Comercio*

Si bien es cierto que la economía suramericana se ha caracterizado por un bajo crecimiento y competitividad comparada con los mercados emergentes principales, “[e]l tratado [constitutivo de la UNASUR] busca recuperar el ideal europeo de integración solidaria, eliminando progresivamente las asimetrías económicas existentes entre los doce países, de manera que las economías más

11. Véase Tratado Constitutivo, *supra* nota 6.

12. Véase Sitio Oficial de la UNASUR, <http://www.pptunasur.com>.

13. Diego Cardona, *El ABC de UNASUR: Doce Preguntas y Respuestas*, REVISTA DE LA INTEGRACIÓN, LA CONSTRUCCIÓN DE LA INTEGRACIÓN SURAMERICANA, Julio 2008, http://www.comunidadandina.org/public/revista_2.htm.

14. Véase Tratado Constitutivo, *supra* nota 6, en Art. 26. Hasta la fecha de esta publicación, seis países han ratificado el Tratado. Argentina es el sexto país que se adhiere al Tratado Constitutivo de la UNASUR, tras Bolivia, Ecuador, Guayana, Venezuela y Perú. Véase Argentina ratifica Tratado Constitutivo de la Unasur, ANDES, 29 de julio de 2010, *disponible en* <http://andes.info.ec/actualidad/argentina-ratifica-tratado-consultivo-de-la-unasur-24456.html> (“Argentina ratificó este jueves el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) con lo cual se convierte en el sexto país en ratificar el documento.”).

pequeñas y más pobres puedan ser relativamente más beneficiadas.”¹⁵ Se ha incluso determinado que la UNASUR, podría traer beneficios en el área de energía, aunado a un sentido social dentro de los países miembros.

[La UNASUR] genera una nueva entidad geopolítica en una parte del mundo en la que existen vastas reservas de recursos naturales, tales como minerales, agua, tierras cultivables y energía. Esta dotación de recursos naturales — apoyada por una infraestructura de primer nivel y explotada por recursos humanos bien entrenados — puede tornarse en una de las más importantes áreas económicas en un mundo globalizado que consume grandes cantidades de alimentos, materia prima y energía. . . . A su vez, grandes reservas y producción de petróleo, gas natural, hidroelectricidad y biocombustible, permitirán una sólida integración energética regional con beneficios para los doce países, principalmente a los importadores de energía como Chile, Paraguay, Uruguay, Surinam y Guyana.¹⁶

El Tratado Constitutivo de la UNASUR expresa en su preámbulo que “la integración y la unión suramericanas son necesarias para avanzar en el desarrollo sostenible y el bienestar de nuestros pueblos, así como para contribuir a resolver los problemas que aún afectan a la región, como son la pobreza, la exclusión y la desigualdad social persistentes.”¹⁷ Este Tratado, asimismo, contempla dos artículos relacionados a los objetivos que persigue la UNASUR. El primero de éstos establece como objetivo general:

[C]onstruir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales . . . la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica . . . fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.¹⁸

De la lectura de este artículo se resalta el interés de la

15. Uziel Nogueira, *Union Suramericana de Naciones: Desafíos y Oportunidades*, COMUNIDAD ANDINA, Jun. 2008, <http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/mercosurABC-6-08.htm>.

16. *Ib.*

17. Véase Tratado Constitutivo, *supra* nota 6, en Preámbulo.

18. *Ib.* art. 2.

UNASUR en materias de energía, infraestructura y comercio entre los países de América del Sur. El mismo Tratado establece un segundo artículo que contempla ciertos objetivos específicos, entre ellos, “la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región;”¹⁹ “el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables;”²⁰ “la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros;”²¹ y “la cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado . . . promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur”²²

B. Propuestas de Integración para el Desarrollo de Estructuras Energéticas, de Infraestructura y Comerciales dentro de la UNASUR

Después de ya casi diez años de haberse dado el primer paso para la constitución de la UNASUR, “los avances se registran en proyectos estratégicos como el IIRSA,²³ y en dispersas pero importantes iniciativas en materia energética.”²⁴ En materia de políticas de Estado que persiguen promover estrategias de transformación productiva, cabe destacar que “la articulación de los sistemas energéticos entre países, en el ámbito de las subregiones y de la región, es un objetivo de la integración que está en proceso de elaboración.”²⁵ Actualmente existen proyectos de marcada mag-

19. *Ib.* art. 3 lit. d

20. *Ib.* art. 3 lit. e

21. *Ib.* art. 3 lit. f

22. *Ib.* art. 3 lit. l

23. La Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA) es un foro de diálogo entre las autoridades responsables de la infraestructura de transporte, energía y comunicaciones en los doce países suramericanos. IIRSA tiene por objeto promover el desarrollo de la infraestructura bajo una visión regional, procurando la integración física de los países de Suramérica y el logro de un patrón de desarrollo territorial equitativo y sustentable. Para más información, *visite* <http://www.iirsa.org>.

24. Jaime Acosta Puertas, *El Factor Energético en la Creación de la Unión Suramericana de Naciones- UNASUR*, en *EL FACTOR ENERGÉTICO Y LAS PERSPECTIVAS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA DEL SUR*, Abr. 2008, p. 40.

25. Oscar M. Guzmán, *El factor energético en la integración de la Unión de Naciones Suramericanas*, en *EL FACTOR ENERGÉTICO Y LAS PERSPECTIVAS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA DEL SUR*, Abr. 2008, p. 113.

nitud en torno a temas petroleros en Venezuela; hidroelectricidad por parte de Brasil y Paraguay; el carbón en Colombia y energía nuclear en países como Argentina y Brasil.²⁶ Adicionalmente, el desarrollo de fuentes renovables (biocombustibles y otras) demuestra una visión deseable de impulsar un nuevo sector productivo y tecnológico con base en capacidades desarrolladas, tales como las que ha hecho Brasil.²⁷

Uno de los proyectos más resaltantes dentro de la Unión de Naciones Suramericanas es el Fondo para el Desarrollo de la UNASUR (FONASUR), el cual sirve como institución financiera que “subvenciona programas técnicamente sólidos”²⁸ dentro del ámbito de la Unión de Naciones Suramericanas. Cabe destacar, sin embargo, que las donaciones que este Fondo otorga son producto de contribuciones “provenientes de organismos multilaterales, bilaterales o nacionales de carácter público o privado, fundaciones privadas o donantes institucionales.”²⁹

En este sentido, puede inferirse que, uno de los desafíos que encuentra la UNASUR ante la integración energética regional es poder contar con la dotación de capacidad financiera dentro de esta organización para diseñar, poner en marcha y monitorear programas y proyectos derivados de los temas estratégicos con el fin de convertirlos en políticas comunes.³⁰

III. MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DENTRO DE LA ESTRUCTURA DE LA UNASUR

“El arbitraje en Latinoamérica sienta sus raíces en la antigua legislación española y francesa. En sus inicios su desarrollo se vio menguado a consecuencia de las ideas de soberanía nacional fuertemente arraigadas.”³¹ En el siglo XIX y en los primeros años del siglo XX, el abuso político de aquellos países encargados de la exportación de capital en América Latina condujo a continuos desacuerdos.³²

26. Véase Luis Pinguelli Rosa, *Integración energética en América Latina y el efecto invernadero: el caso de Brasil*, en EL FACTOR ENERGÉTICO Y LAS PERSPECTIVAS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA DEL SUR, Abr. 2008, p. 152.

27. Véase Puertas, *supra* nota 24, p. 45.

28. FONASUR, Fondo para el Desarrollo de la UNASUR, Qué Financiamos, <http://www.fonasur.org/home.htm> (última visita 16 de mayo de 2010).

29. *Ib.*

30. Véase Puertas, *supra* nota 24, p. 60.

31. EDUARDO PICAND ALBÓNICO, *ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL* 43 (Ed. Jurídica de Chile 2005).

32. LEONARDO GRANATO, *PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO Y ARBITRAJE*

Basta recordar el cobro compulsivo de la deuda pública mediante el bloqueo de puertos . . . la ocupación de aduanas como forma de garantía, la presentación de reclamos pecuniarios absolutamente exagerados y la imposición del arbitraje para determinar su monto; para comprender la reacción de los países de América Latina manifestada en las denominadas 'Doctrina Drago' y 'Doctrina Calvo'.³³

Para gran parte de los países de América Latina durante la década de los setenta, temas tales como la protección de la propiedad privada, expropiaciones discriminatorias, nacionalizaciones, entre otros, "eran altamente sensibles y debieron pasar muchos años antes de que en la región se comenzaran a negociar y suscribir tratados bilaterales de inversión con otros Estados."³⁴ Ahora bien, uno de los primeros puntos a resaltar en relación al arbitraje de inversiones, es que éste no es necesariamente sobre inversiones. Su esencia es que es un arbitraje en el que hay dos características fundamentales que lo separan del modelo clásico.³⁵

En el arbitraje de inversión el consentimiento de una de las partes, el Estado, está manifestado típicamente en una ley, acto jurídico, o tratado, que no es parte de la operación comercial o financiera que lleva al sometimiento del arbitraje. Por otro lado, la segunda característica es que típicamente los derechos o garantías que se le dan al inversionista no están de manifiesto en los contratos subyacentes a la operación comercial. Al margen de estas consideraciones, podemos hablar así del supuesto de "arbitraje sin vínculo contractual."³⁶

Ha podido verse, sin embargo, que "[b]asados en la doctrina Calvo, la mayoría de los Estados latinoamericanos en el siglo pasado rechazaban toda forma de jurisdicción internacional,

INTERNACIONAL EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN 10 (Biblioteca Virtual de Economía 2005) disponible en <http://www.eumed.net/libros/2005/lglg-pie.pdf>.

33. *Ib.*

34. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *TRATADO DEL ARBITRAJE COMERCIAL EN AMÉRICA LATINA*, p. 179 (Portal Derecho S.A. 2008).

35. Siguiendo la doctrina española moderna, la cual define al arbitraje como: [U]n medio jurídico de arreglo de litigios pendientes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas- por ejemplo, delegando a un tercero imparcial, persona física o jurídica - a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria -el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas.

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA Y LUIS FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL* 19 (Ed. Tecnos 1989).

36. Véase ROZAS, *supra* nota 34, p. 176 (*señalando que* "esta modalidad se escapa del estricto marco contractual . . . para convertirse en una especie de instrumento de control del respeto por parte de los Estados de la legalidad en el ámbito económico").

especialmente cuando una de las partes era el propio Estado.”³⁷ Podía notarse durante esta época, que estas naciones tenían alguna intolerancia y reticencia a los tratados internacionales.³⁸ Sin embargo, “[a] medida que se han ido incrementando las relaciones comerciales e inversoras entre los operadores económicos de América Latina y de los países desarrollados se puede apreciar un reconocimiento gradual del importante papel del arbitraje internacional . . . para la resolución de controversias comerciales”³⁹

Paso a paso, los países en América Latina encuentran una reciente historia sobre su suscripción a tratados que incluyen al arbitraje como medio de resolución de conflictos. Los primeros esfuerzos en actualizar las Reglas Arbitrales en América Latina comenzaron con la Primera Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial reunida en Buenos Aires en el año 1967. Hoy, la gran mayoría de los Estados han suscrito diversos tratados internacionales tales como la Convención de Panamá de 1975, que regula el arbitraje comercial internacional, la Convención de Nueva York de 1958, que regula el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, entre otras.

A. *¿Funcionaría el Establecimiento de un Centro Alternativo de Resolución de Controversias dentro de la UNASUR en materia de Inversiones?*

Debido a los profundos cambios políticos que han experimentado algunos de los Estados de América Latina, de forma particular aquellos que integran el programa de integración Alternativa Bolivariana para las Américas – Tratado de Comercio de los Pueblos: Bolivia, Venezuela y Nicaragua (ALBA-TCP), se observa una vuelta a posiciones del pasado. Dichos países han comenzado a expresar una opinión profundamente crítica con respecto al arbitraje de inversión, centrada en el rechazo al CIADI.

Este rechazo ha podido observarse por medio de demostraciones políticas tales como la ocurrida en la Cumbre Presidencial de la ALBA,⁴⁰ celebrada en Barquisimeto en abril de 2007, en la

37. Véase CALVO CARAVACA Y DE LA GANDARA, *supra* nota 35, p. 19, en el cual el autor cita a SANTIAGO BENAVIDA, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO 185 (Ed. Jurídica Conosur) (1999).

38. Véase Rozas, *supra* nota 34, p. 184.

39. *Ib.* p. 81.

40. La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de

cual los países integrantes del programa de integración ALBA-TCP acordaron retirarse y denunciar de forma conjunta el Convenio de Washington “para garantizar el derecho soberano de los países a regular la inversión extranjera en su territorio nacional.”⁴¹ En este contexto, se ha insistido en la necesidad de un nuevo modelo que cumpla con los objetivos de la región, basado en la defensa y promoción de los derechos humanos (políticos, civiles, económicos, sociales, culturales, ambientales).

Es así que, desde la celebración de la III Cumbre UNASUR en la Isla de Margarita, Venezuela, los presidentes de los poderes judiciales de los países miembros de la Unión de Naciones Suramericanas comenzaron a expresar su interés en establecer un tribunal de arbitraje.⁴² En dicha Cumbre, los representantes del poder judicial de cada país firmaron un documento en el que declararon su interés en “reconocer la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de [la] región, ponderando los intereses comunes de [los] países [miembros de la UNASUR].”⁴³

Posteriormente a estas demostraciones de rechazo por el CIADI, países como Bolivia, Ecuador y Venezuela, actualmente demuestran un profundo interés en la creación de un centro de resolución de controversias dentro de la UNASUR. Venezuela, por un lado, recientemente manifestó mediante sentencia de la Sala Constitucional de su Tribunal Supremo de Justicia que:

[E]l Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la importancia y necesidad de fortalecer los medios alternativos de resolución de conflictos, no sólo a nivel interno sino en el ámbito internacional. En ese sentido, recientemente los Presidentes y Representantes de los Poderes Judiciales de Brasil, Colombia, Chile, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela — así como Panamá en su condición de invitado — reunidos en la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR), conscientes de la importancia que reviste la integración y cooperación en la labor jurisdiccional de

Comercio de los Pueblos o ALBA-TCP es una plataforma de integración enfocada para los países de América Latina y el Caribe que pone énfasis en la lucha contra la pobreza y la exclusión social con base en doctrinas de izquierda. Véase Portal ALBA-TCP, <http://www.alianzabolivariana.org>.

41. Véase Iñigo Iruretagoiena y Nerea Magallón, *Arbitraje Comercial Internacional*, 14 REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES, 2007, p.19.

42. Declaración de Nueva Esparta, Venezuela (3 Oct. 2008), disponible en <http://www.tsj.gov.ve/unasur/declaracionne.shtml>.

43. *Ib.*

impartir justicia en nuestra región, manifestaron en el documento final de la Cumbre — Declaración de Nueva Esparta — su consenso en relación a los: “(. . .) *MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Reconocer la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de nuestra región, ponderando los intereses comunes de nuestros países (. . .). PROPONEMOS a los Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR, que se considere en el temario de sus reuniones: (. . .) b.) la creación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje, que contribuya a la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse con ocasión a las relaciones de los Estados miembros; y éstos y sus respectivos nacionales y los nacionales de otros países (. . .).*”⁴⁴

Esta sentencia exhorta a los pertenecientes de las grandes potencias al establecimiento de centros alternativos, destacándose la iniciativa de los Presidentes de Tribunales Supremos de UNASUR por constituir centros de arbitrajes latinoamericanos. En cuanto al centro de arbitraje propuesto dentro de la estructura de la UNASUR, cabe destacarse que, aun cuando el mismo no se ha establecido oficialmente, el Tratado Constitutivo de la UNASUR únicamente alude a la resolución de controversias en su Artículo 21, el cual establece lo siguiente:

Las diferencias que pudieren surgir entre Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas.

En caso de no lograr una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma.

En caso de no alcanzarse una solución ésta instancia elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión.⁴⁵

De la lectura y análisis de este artículo, se puede observar que hasta ahora, “se ha previsto lo conducente a solucionar solamente

44. Sentencia No. 1.541/08, 17 Oct. 2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, p. 16 [en adelante Sentencia No. 1.541/08].

45. Véase Tratado Constitutivo, *supra* nota 6, art. 21.

diferencias provenientes de la interpretación del Tratado.”⁴⁶ Lo que no se ha previsto dentro de la estructura de la UNASUR, es un mecanismo jurisdiccional, lo cual podría considerarse como un elemento de debilidad,⁴⁷ especialmente considerando que si se busca un mecanismo alternativo de resolución de conflictos ante la UNASUR, se necesitaría de una norma que regule el funcionamiento y procedimiento ante dicho centro para resolver las posibles diferencias que ocurriesen entre los distintos Estados miembros, especialmente considerando los continuos rechazos a mecanismos de resolución de conflictos tales como el CIADI. Como dato curioso, aun cuando América del Sur ha buscado una integración parecida al modelo de la Unión Europea, puede notarse que, en la redacción de dicho artículo sobre resolución de controversias, “no hubo consenso para idear un mecanismo semejante al existente en Europa o en la Comunidad Andina de Naciones.”⁴⁸

El impulso de este centro alternativo de resolución de controversias dentro de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), en principio serviría como un mecanismo de resolución de controversias en materia de energía entre los Estados miembros,⁴⁹ una vez que se promulguen unos lineamientos específicos en relación a la constitución y funcionamiento del mismo. No queda muy claro cuál sería el impacto de este centro dentro de la UNASUR en la región, si eventualmente se establece. Lo que quedaría por verse es que si para poder otorgarle jurisdicción a este cuerpo arbitral sobre controversias en materia de inversión, los Estados miembros tendrían que denunciar tanto el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, así como los numerosos Tratados Bilaterales de Inversión (conocidos por sus siglas en inglés como BITs).⁵⁰

Esta tarea quizás resultaría políticamente difícil, tomando en cuenta que el derecho internacional en materia de inversión contempla estos llamados Tratados Bilaterales de Inversión, los cuales “originalmente se concibieron como instrumentos para pro-

46. Véase Cardona, *supra* nota 13, p. 27.

47. *Ib.*

48. *Ib.*

49. Newsletter, DEVELOPMENT OF THE UNION OF SOUTH AMERICAN NATIONS AND PROPOSAL FOR REGIONAL RESOLUTION OF ENERGY DISPUTES, Summer 2009, White & Case LLP, http://www.whitecase.com/idq/summer_2009_8/.

50. Véase Silvia Noury & Caroline Richard, *International Arbitration in Latin America: Overview and Recent Developments*, THE INTERNATIONAL COMPARATIVE LEGAL GUIDE TO: INTERNATIONAL ARBITRATION, pp. 282, 287 (2009), Global Legal Group Ltd. [Arbitraje Internacional en América Latina: Visión General y Acontecimientos Recientes].

teger la propiedad privada de los inversionistas extranjeros en una coyuntura en la que el nacionalismo económico estaba en boga, y en la que expropiaciones discriminatorias y las nacionalizaciones de destacados sectores productivos eran comunes en los países de desarrollo.”⁵¹

Adicionalmente, tal como lo expresa el abogado argentino *Leonardo Granato*, en relación a las oportunidades de inversión en los países de América Latina, y la seguridad que se le pudiese otorgar a los inversionistas:

Se ha sostenido que los países en desarrollo o mercados emergentes proveen de oportunidades de inversión y atractivas rentabilidades que deben sopesarse frente a ciertas desventajas: un sistema legal no demasiado apto por tener una clara preponderancia del poder administrativo sobre el judicial, sistemas deficientes de protección de derechos, instituciones políticas débiles, entre otras; lo que . . . ha motivado la popularidad de los tratados de protección de los inversores extranjeros, asegurando así el respeto a ciertos derechos . . . y en caso de violación, su juzgamiento por tribunales arbitrales internacionales.⁵²

No obstante, si bien estos países en desarrollo pueden presentar ciertos riesgos para los inversionistas extranjeros, dentro de las cualidades de los Tratados Bilaterales de Inversión encontramos que:

Primero, cada Estado promete que no nacionalizará las inversiones hechas por los nacionales del otro Estado, o que no tomará medidas equivalentes a la nacionalización, sin la compensación correspondiente. Segundo, cada Estado promete que no discriminará a los nacionales del otro Estado. Tercero, cada Estado promete que su conducta frente a los inversionistas del otro Estado se ajustará al concepto de trato justo y equitativo y, en términos más generales, al derecho internacional. Finalmente, estos tres compromisos amplios son reforzados por una cuarta promesa, que consiste en que cada Estado acepta que cualquier reclamación por la violación de las tres promesas sustantivas pueda ser llevada a un arbitraje internacional por el inversor demandante.⁵³

El Banco Mundial desde su creación, concentró “especial aten-

51. Véase Rozas, *supra* nota 34, p. 178.

52. Véase GRANATO, *supra* nota 32, p. 10.

53. Jan Paulsson, *El Poder de los Estados de Hacer Promesas Significativas a los Extranjeros* 11, 6 REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO 7, p. 11 (verano de 2009).

ción [en el fomento del] crecimiento económico y el desarrollo social de [los] países en vías de desarrollo.”⁵⁴ La Convención de Washington de 1965 crea el Centro Internacional CIADI en la búsqueda de un centro de “resolución de controversias sobre inversión extranjera, por la vía del arbitraje, que involucra a un Estado y a un inversionista de otro país.”⁵⁵ El referido Centro ante la UNASUR, por otro lado, tiene como “objetivo fundamental facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones a un procedimiento de conciliación y arbitraje.”⁵⁶

Este tipo de iniciativas, resaltan el hecho de que la “inversión extranjera directa [sea considerada como uno] de los fenómenos más relevantes del proceso de globalización mundial, en particular, por su significativo crecimiento en la década de los noventa y su incidencia en el desarrollo de las economías nacionales y regionales.”⁵⁷ El Estado generalmente se somete al arbitraje otorgando su consentimiento bien sea por medio de su propio derecho interno, el Convenio del CIADI, o por cualquier otro mecanismo por el cual se demuestre su consentimiento a ser objeto del arbitraje. Asimismo, el arbitraje permite reivindicar aquellos derechos sustantivos que se establecen en los referidos Tratados Bilaterales de Inversión.

Típicamente el consentimiento al arbitraje del Estado soberano no se encuentra en documentos o en la relación comercial de la que nace la disputa. Lo mismo ocurre con los derechos que se reivindicán, los cuales tampoco se encuentran en la relación comercial directa entre las partes del arbitraje. Por lo tanto, ha sido necesario que los árbitros diriman dos temas esenciales ante los procesos que conocen, esto es, consentimiento para el arbitraje en particular, y los derechos y garantías específicas que el Estado le ha otorgado al inversor que busca reivindicarlos.

En relación al posible establecimiento de un Centro de Resolución de Controversias por medio de Arbitraje ante la Unión de Naciones Suramericanas, puede notarse que una de sus características básicas sería el mantenimiento del respeto a la soberanía de cada nación,⁵⁸ lo que en cierto modo podría resultar

54. Véase ROZAS, *supra* nota 34, p. 181.

55. Véase *ib.* en 181-82 (el cual cita a J.A. VIVES CHILLIDA, *EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)*, Madrid, 1998).

56. Véase FONASUR, *supra* nota 28, p. 116.

57. Véase GRANATO, *supra* nota 32, p. 1.

58. Jan Paulsson considera que: Así como los individuos deben aceptar que ninguna regla tendría significado si cada uno tuviera el derecho soberano de decidir si

en una inefectiva ejecución de las sentencias arbitrales dictadas por este tribunal, y en la dificultad de reivindicar los llamados derechos sustantivos, considerando que estos países buscan más la idea de un tribunal que dicte decisiones sin fuerza vinculante.

Venezuela, por ejemplo, ha declarado que “la República en ejercicio de su soberanía puede determinar de forma particular los términos y condiciones con base a los cuales se someterán a la jurisdicción arbitral internacional, toda vez que bajo los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* un Estado debe ser lo suficientemente soberano para honrar su promesa de someterse al arbitraje internacional.”⁵⁹ Esto podría presentar cierta inseguridad jurídica para aquellos inversionistas que deban someterse al arbitraje de la UNASUR como medio de resolución de sus conflictos, si las decisiones que emanen de este centro posiblemente no cuenten con fuerza vinculante, sino que su efectivo cumplimiento quedare a la libertad de soberanía de cada nación.

B. ¿UNASUR o CIADI?

“La diferencia esencial del arbitraje del CIADI respecto de la generalidad de los arbitrajes comerciales radica en la completa autonomía e independencia del procedimiento.”⁶⁰ Uno de los aspectos importantes del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, a diferencia del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, es que el primero sí contempla las reglas de arbitraje, y por tanto las mismas “tienen total autonomía de cualquier Derecho nacional . . . [lo cual] se manifiesta en la ausencia de control por parte de los tribunales nacionales siendo irrelevante tanto el lugar donde se realice cada arbitraje en particular, como el Estado en cuyo territorio deba ejecutarse el eventual laudo.”⁶¹

La influencia del CIADI ha sido, hasta la fecha, de suma importancia en América Latina, considerando que existen más de 15 países latinoamericanos que se han adherido a la misma.⁶² Si

es culpable de una conducta criminal, de un comportamiento imprudente o del incumplimiento de un contrato, un Estado también debe aceptar que no puede ser el juez de sus propias controversias ni determinar por sí mismo si ha o no transgredido sus límites legales. Nadie, ni siquiera un Estado, puede ser el juez de su propia causa. Estos conceptos son sencillos pero merecen una reflexión madura. Véase Paulsson, *supra* nota 53, p. 9.

59. Véase Sentencia No. 1.541/08, *supra* nota 44, p. 26.

60. Véase FERNÁNDEZ ROZAS, *supra* nota 34, p. 182.

61. Véase *ib.*

62. Véase *ib.* p. 184 (el cual cita R. Layton, *Changing Attitudes Toward Dispute*

bien es cierto que durante las primeras etapas de conformación del CIADI, América Latina demostró cierta resistencia ante la ratificación, puede verse sin embargo, que durante la época de los noventa la mayoría de estos países ratificaron dicho Convenio.⁶³ Este paso adicional se tomó con el propósito de atraer tanto capital extranjero, como a inversionistas.⁶⁴

En relación a los países miembros de la Unión de Naciones Suramericanas, Brasil y Surinam son los únicos países que no se adhirieron al CIADI. Por su parte, Argentina firmó el convenio en mayo de 1991; Paraguay firmó en julio de 1981; Uruguay en mayo de 1992. En el resto de países de América del Sur, el convenio del CIADI entró en vigencia en agosto de 1969 en Guyana, en octubre de 1991 en Chile, en septiembre de 1993 en Perú, en junio y julio de 1995 en Venezuela y Bolivia respectivamente y en agosto de 1997 en Colombia.⁶⁵

Ahora bien, tal como se ha discutido previamente, América Latina ha manifestado una nueva tendencia que se resume en cierta hostilidad hacia el CIADI. Bolivia, por ejemplo, fue el primer país en el mundo en denunciar la Convención de Washington, y renunciar de esta forma del CIADI, el 29 de abril de 2007. Por otro lado, el 6 de julio de 2009, Ecuador denunció y dio por terminado el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.⁶⁶ Esta tendencia de hostilidad ha sido igualmente expresada por el Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela,

Resolutions in Latin America, 10 J. INT'L ARB. 123, 129 (1993); C. Frutos-Peterson, *El Arbitraje de CIADI y su impacto en el arbitraje internacional Latinoamericano en Materia de Inversión*, REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIACAO, 2004, p. 155).

63. Para mayor información en relación a Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por países de América Latina, véase Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio (al 7 de enero de 2010) CIADI/3, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish> [en adelante Centro Internacional].

64. Véase Ignacio Vincentelli, *The Uncertain Future of ICSID in Latin América*, 20 de Febrero de 2009, p. 3, <http://ssrn.com/abstract=1348016> [El Futuro Incierto del CIADI en América Latina] (en el cual cita a Zachary Elkins, Andrew T. Guzmán, and Beth Simmons, *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties. 1960-2000*, 2008 U. ILL. L. REV. 265, p. 266) [Compiendo por Capital: La Difusión de los Tratados de Inversiones Bilaterales 1960-2000].

65. Véase Centro Internacional, *supra* nota 63.

66. ICSID NEWS RELEASE, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, ECUADOR SUBMITS A NOTICE UNDER ARTICLE 71 OF THE ICSID CONVENTION (9 DE JULIO DE 2009), *disponible en* <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement20>, [Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Ecuador denuncia el CIADI bajo el Artículo 71 del Convenio].

quien recientemente emitió una opinión en la que éste limitaba su sometimiento a la jurisdicción de dicho centro de resolución de controversias.

Los argumentos planteados por Bolivia ante sus diferencias con el CIADI se resumen en que:

[L]os fallos del CIADI son definitivos, no cabe recurso de apelación; no son neutrales . . . la injerencia del CIADI contradice la Constitución política del Estado de Bolivia y el Tribunal constitucional ya lo declaró incompetente . . . sus metodologías serían arbitrarias y poco claras; no acepta audiencias con peticionarios externos, se reuniría a puertas cerradas; la defensa de los Estados en esta instancia resulta ser muy costosa, dada la necesidad de contratar abogados en los Estados Unidos.⁶⁷

Del mismo modo, parece cierto que los argumentos expuestos por Ecuador al momento de su salida fueron los mismos.⁶⁸ Sin embargo, estos argumentos no son los generalmente percibidos por la mayoría de los Estados miembros del referido Convenio,⁶⁹ quienes de acuerdo a expertos en la materia consideran al CIADI aceptable, ya que este centro de resolución de disputas en materia de inversiones es para la opinión de otras naciones, neutral, considerablemente más económico⁷⁰ y estable, en el cual se percibe un ambiente de inversiones transparente.⁷¹

Al respecto, Jan Paulsson ha expresado que,

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

67. DECIO MACHADO, UN NUEVO ACTO DE SOBERANÍA: ECUADOR DENUNCIA AL CIADI 6, COMITÉ PARA LA ANULACIÓN DE LA DEUDA DEL TERCER MUNDO (2009), disponible en http://www.cadtm.org/IMG/article_PDF/article_a4573.pdf.

68. Véase *ib.*

69. La aceptación general del CIADI se evidencia mediante el hecho de que más de 140 naciones han ratificado dicho Convenio. Véase PAUL D. FRIEDLAND, ARBITRATION CLAUSES FOR INTERNATIONAL CONTRACTS 158 (Juris Publishing Inc. 2007) [Cláusulas Arbitrales en Contratos Internacionales].

70. Este sin embargo resulta muchas veces más costoso que otros tipos de arbitraje internacional. Véase *ib.*

71. Véase *ib.*

para dejar de obedecer las normas internacionales.⁷²

Si bien es cierto, por ejemplo, que Venezuela ha emitido diferentes mensajes acerca de una eventual denuncia del convenio del CIADI, cuando emitió por medio del poder legislativo un acuerdo mediante el cual exhortaba al ejecutivo a salirse del CIADI en el año 2008, no cabe duda que, por otro lado, en octubre del mismo año, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, hizo ver que Venezuela es una jurisdicción hospitalaria hacia el arbitraje, haciendo énfasis, dentro de sus razones, de que Venezuela es parte del CIADI.⁷³

Así las cosas, una de las razones que ha causado la polémica sobre ciertas amenazas de Venezuela en relación al CIADI, es lo que establece el derecho interno venezolano en materia de inversiones. La Ley de Protección y Promoción de Inversiones⁷⁴ contempla protecciones sustantivas para promocionar y proteger la inversión en Venezuela, y a su vez contiene como norma específica referida al arbitraje de inversiones en su artículo 22. Algunos sostienen que este artículo contiene una oferta unilateral de arbitraje de inversiones para todos los inversionistas extranjeros en Venezuela, y hay quienes proponen que el mismo no es más que una reiteración de que Venezuela es parte del convenio CIADI, y de que esa posibilidad de arbitraje de inversiones está abierta siempre y cuando medie un consentimiento adicional o ad-hoc.⁷⁵

Ecuador por su parte, se ha mantenido firme con su postura de que dentro de sus intereses principales se encuentra la creación de este organismo regional en la UNASUR que sustituya para los países latinoamericanos el papel del CIADI. Sus argumentos se basan fundamentalmente en que este centro alternativo de resolución de conflictos ante la Unión de Naciones Suramericanas es permitido por la nueva Constitución de Ecuador, la cual considera constitucional aquellos tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y

72. Véase Paulsson, *supra* nota 53, p. 17.

73. Véase Sentencia No. 1.541/08, *supra* nota 44.

74. Decreto No. 1867, publicado en Gaceta Oficial No. 37.489 en fecha 22 de julio de 2002 (Venezuela).

75. Esta postura se basa en el preámbulo del Convenio del CIADI, el cual establece que "Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado." Véase Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 13 de sept. 1994, <http://www.judicatura.com/Legislacion/1770.pdf>.

ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.⁷⁶

Haciendo un análisis sobre el retiro de Ecuador del CIADI, puede notarse que esta nación ha denunciado ocho Tratados Bilaterales de Inversión, y asimismo ha considerado la posibilidad de revisar los otros Tratados Bilaterales de Inversión que tiene vigentes, tomando en cuenta lo que establece la nueva Constitución de dicho país.⁷⁷

Al respecto, cabe mencionar que, tal como lo expresó el juez Keba Mbaye (antiguo vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia y primer presidente de la Corte Suprema de Senegal): “Un Estado no debe estar autorizado a citar las disposiciones de su ley interna para escapar de un arbitraje que ha sido previamente aceptado.”⁷⁸ Esta, sin embargo, no parece ser la postura de países como Ecuador, el cual continúa analizando su orden jurídico interno para denunciar y modificar los Tratados Bilaterales de Inversión que la República mantiene con otros Estados.

IV. LA LUZ AL FINAL DEL CAMINO: ¿ES REALMENTE VIABLE ESTE CENTRO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

Para que un nuevo centro regional de arbitraje ante la UNASUR sea capaz de proteger y estar al alcance de inversionistas extranjeros, el mismo tendría que desplazar ciertas protecciones de derecho internacional previamente establecidas, esto es, los Estados que acuerden someterse al centro alternativo de resolución de controversias que propone la UNASUR, tendrían que adaptar cada nuevo convenio que firme el país con relación a la protección recíproca de inversiones, de manera de que se establezca el sometimiento a esa instancia de arbitraje regional. Esto implicaría, tal como se ha mencionado anteriormente, que los Estados miembros deban denunciar no solo el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, sino también todos aquellos Tratados Bilaterales de Inversión (conocidos por sus

76. Véase Constitución del Ecuador, 7 de octubre 2008, art. 422, Para. 2.

77. El texto constitucional en su art. 422 señala que “no se podrá celebrar ni tratados ni instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.” Véase *ib.* para. 1.

78. Véase Paulsson, *supra* nota 53, p. 16.

siglas en inglés como BITs) que cada Estado haya firmado.⁷⁹ Este desplazo en principio es poco probable, tomando en cuenta que existen centros de resolución de disputas internacionales dentro de otras organizaciones internacionales en los cuales países de América del Sur forman parte, tales como MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones, las cuales han implementado mecanismos exitosos para la resolución de controversias en materia comercial. Resultaría políticamente difícil convencer a los inversionistas sobre una instancia alternativa que aún no tiene unas bases ciertas y unos propósitos establecidos, más allá de declaraciones de que los países de América Latina recuperarían su soberanía jurídica.⁸⁰

Adicionalmente, no debemos olvidar que “[e]l objetivo de la protección de las inversiones es convencer a los inversionistas de invertir durante el máximo de tiempo posible y por la rentabilidad más baja posible.”⁸¹ De tal manera, es imprescindible que se mantenga en todo momento la tradición de respeto al derecho internacional por parte de cada uno de los Estados de América del Sur, tal y como se aplica por los tribunales internacionales, si lo que se busca es conseguir mayor capital extranjero y que los inversionistas continúen invirtiendo en dichos países.

V. CONCLUSIÓN

Si bien es importante el respeto a la soberanía de cada una de las naciones, hay que tomar en cuenta que, cuando se busca obtener capital extranjero dentro de un país, los inversionistas, ante el riesgo de poner sobre la mesa su capital, necesitan que se les otorguen ciertas seguridades y compromisos, de manera de que en un futuro cercano, o probablemente intermedio, no se vean a la deriva, o perjudicados por el Estado en el que ellos han invertido.

Aquellos Estados miembros de la Unión de Naciones Suramericanas que buscan la creación de este centro alternativo de arbitraje en materia de inversiones, deberán tomar en cuenta que si bien los intereses de sus países son importantes, por otro

79. Véase Noury & Richard, *supra* nota 50, p. 287.

80. Véase Grupo del Banco Mundial, Bolivia se va del CIADI (según declaraciones del titular de Minas y Petróleos de Ecuador, Galo Chiriboga, el cual declaró durante el I Consejo Energético de Suramérica que se celebró en Caracas, que con la UNASUR, “los países de América Latina recuperan la soberanía jurídica”), <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/BOLIVIAINSPANISHEXT/0,,contentMDK:21567378~pagePK:141137~piPK:141127~print:Y~theSitePK:500410,00.html> (última visita 21 de Feb. 2010).

81. Véase Paulsson, *supra* nota 53, p. 15.

lado los inversionistas cuentan con un gran número de derechos y garantías que se le deben respetar. Estos inversionistas necesitan más que el mero capricho de establecer otro centro alternativo de resolución de conflictos. Lo que los inversionistas quisieran ver, en su lugar, es que dichos mecanismos funcionen mejor o igual a aquellos ya establecidos. De otra manera, sería muy difícil confiar e invertir en tales naciones si, ante un eventual conflicto, los inversionistas se vieran en todas las de perder.

Pese al protagonismo que ha adquirido el arbitraje del CIADI con la evolución del denominado arbitraje unilateral, no ha de descuidarse la importancia de los demás sistemas arbitrales existentes. Todavía queda ver si efectivamente, en principio, el Tratado Constitutivo de la UNASUR entrará en vigencia, tomando en cuenta que, tal como se ha explicado anteriormente,⁸² se necesitan de nueve Estados que ratifiquen dicho Tratado para que el mismo comience a tener aplicación legal. La experiencia nos dice que quizás esto no ocurra en un futuro cercano. Puede verse por ejemplo, que la Convención de Washington la cual nació en 1968, fue finalmente ratificada por la mayoría de los países de Suramérica en los años noventa.⁸³

Si países como Ecuador, Bolivia y Venezuela mantienen un interés genuino en impulsar la creación de este centro alternativo de resolución de controversias en materia de arbitraje de inversiones para desplazar al CIADI, es importante que tales países se preocupen en convencer a sus homólogos suramericanos para que primero, ratifiquen el Tratado, y segundo, la Unión de Naciones Suramericanas establezca ciertas pautas más claras sobre las cuales se base este centro de resolución de conflictos.

El mero rechazo al CIADI no puede ser una excusa viable y aceptable. Los inversionistas en los países que participarían en este centro, necesitan obtener mayores protecciones y transparencia, así como la seguridad de que los eventuales conflictos se sometan a un tribunal de arbitraje neutral, en el cual gane aquel que tenga la razón, no simplemente el Estado, por el respeto a la llamada soberanía de las naciones.

82. Véase Tratado Constitutivo, *supra* nota 6, art. 26.

83. Véase Centro Internacional, *supra* nota 63.