

# Responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los tribunales CIADI

---

Christian Carbajal

195

## 1. Introducción

El objetivo del presente artículo es realizar un análisis crítico de un laudo arbitral emitido por un Tribunal constituido bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI), desde el punto de vista de la debida interpretación y aplicación del Derecho a la Controversia. En opinión del autor, el laudo arbitral analizado determinó que el Estado receptor de la inversión incurriera en responsabilidad internacional frente al inversionista extranjero, al interpretar de manera equivocada la relación existente en este tipo de controversias entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional.

El contenido del Derecho Internacional relativo a la inversión extranjera directa (IED) no se encuentra aún totalmente definido. A pesar de lo que comúnmente se piensa, el hecho de no haber sido posible hasta el momento llegar a un consenso final respecto a las reglas sustantivas a ser incluidas en un acuerdo multilateral de inversiones (AMI) se explica por las diferencias que aún existen en esta materia entre países desarrollados y países en desarrollo.

Por un lado, encontramos reglas de Derecho Internacional orientadas a la legítima protección de los derechos de los inversionistas extranjeros, que garantizan la armonización y liberalización de los marcos legales nacionales. Esta es la tendencia que ha prevalecido en los procesos de negociación y suscripción de tratados bilaterales de inversión (BIT), los mismos que incluyen estándares internacionales mínimos tales como los principios de «trato justo y equitativo», «principio de no discriminación», «trato nacional y de la nación más favorecida» y «prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias».

Por otro lado, los países receptores de inversión argumentan en defensa de sus facultades de regulación de la IED a través de su Derecho interno.

La falta de definición en relación con el contenido de las reglas sustantivas aplicables a este tipo de controversias genera una «aparente» tensión entre la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros y la protección de los derechos de regulación nacional de la IED. Este hecho se manifiesta, asimismo, en el rol que deben cumplir los Tribunales CIADI, ya que tienen la importante función de impartir contenido a diversas normas internacionales mencionadas en términos amplios y generales en tratados multilaterales y bilaterales de inversión. Si esta función no es ejercida adecuadamente por los Tribunales CIADI debido a una errónea aplicación del Derecho a la Controversia, graves perjuicios podrían sufrir las partes, tomando en consideración que asuntos de interés público podrían encontrarse directamente involucrados en este tipo de controversias.

196

En los últimos años se ha incrementado la práctica del arbitraje internacional, debido a sus claras ventajas en relación con procesos judiciales como la neutralidad y especialización de los árbitros, y la confidencialidad e informalidad de los procedimientos. En este marco, el rol que desempeñan los Tribunales CIADI debe centrarse en promover confianza mutua en el campo de la IED, mediante un adecuado equilibrio de los derechos de los inversionistas extranjeros y los intereses de los Estados receptores de inversión.

En la primera parte del artículo se menciona el papel que desempeña la IED en el proceso de desarrollo económico y la contribución del arbitraje CIADI en este proceso. La segunda parte tiene por objeto evaluar la controversia teórica relativa al Derecho aplicable.

En la tercera parte, se analiza un laudo CIADI desde el punto de vista del Derecho aplicable. En el caso bajo análisis, en opinión del autor, el Tribunal erróneamente consideró que el Estado receptor de la inversión cometió actos violatorios del Derecho Internacional. El Tribunal interpretó de manera equivocada las disposiciones contenidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) referidas al principio de transparencia y otorgó poca consideración a normas internacionales relativas a la protección del medio ambiente, también contenidas en el Tratado NAFTA.

Se argumenta en la cuarta parte del artículo que, en los arbitrajes CIADI, el principio de «justicia» debería prevalecer frente a los principios de «celeridad» y «finalidad». Debido al hecho de que, dentro del arbitraje CIADI, errores de Derecho no pueden ser objeto de recurso de apelación por encontrarse expresamente excluido este recurso, los legítimos

intereses de los Estados receptores de inversión relativos a asuntos de interés público, como la protección del medio ambiente o la salud pública, se pueden ver negativamente afectados.

En la parte final se formulan algunas propuestas preliminares con el objeto de crear un mecanismo de solución de controversias que satisfaga las expectativas de ambas partes. Se busca, a través de la correcta aplicación e interpretación del Derecho, lograr un equilibrio entre los derechos de los inversionistas extranjeros y los intereses de los Estados receptores de inversión.

## 2. La IED y el arbitraje CIADI

La promoción de la IED es un componente esencial en los procesos de desarrollo económico, pues contribuye al crecimiento económico y del empleo, al desarrollo tecnológico y a la integración de la economía local a los mercados internacionales. Fue sobre la base de este hecho indiscutible que, durante los últimos años, los gobiernos de países en vías de desarrollo liberalizaron sus economías y establecieron marcos legales para la promoción abierta de la IED.

La liberalización del marco legal relativo a la IED no debe considerarse, sin embargo, contradictoria con la necesidad de regular, en forma no discriminatoria, los efectos de la IED por parte de los países receptores de inversión.

197

El propósito de las políticas nacionales relativas a IED debe ser atraer inversión extranjera y asegurar que estas inversiones se realicen conforme a las políticas económicas del Estado receptor, velando asimismo porque los asuntos de interés público se vean debidamente protegidos.

Esta búsqueda de equilibrio tiene directa vinculación con la relación existente entre la aplicación del Derecho Nacional y el Derecho Internacional en controversias relativas a IED, y es, a su vez, uno de los asuntos más controvertidos que los Tribunales Arbitrales CIADI deben resolver.

En 1965 se suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI). Actualmente, son más de 150 los Estados contratantes. El principal objetivo de este convenio fue mejorar el marco legal de inversiones y crear una institución neutral y apolítica que pudiera ser aceptada como imparcial por los Estados receptores de inversión y por los inversionistas extranjeros.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La idea de neutralidad en el arbitraje CIADI es expresada por Jacob Kenneth como sigue: «The Convention offers a compromise between the interests of investors and host countries by giving foreign investors direct access to a neutral forum in which to arbitrate disputes in exchange for precluding the investor's home states from utilizing diplomatic pressure to effect a settlement. This compromise has the effect of depoliticising investment disputes and settling them on a

Al arbitraje CIADI se le denomina mecanismo «autosuficiente» o «de solución exclusiva del conflicto», ya que una vez que las partes han consentido en someter la controversia a esta institución deben aceptar su jurisdicción, así como los recursos establecidos en el convenio. El consentimiento de los Estados receptores de inversión al arbitraje CIADI normalmente está contenido en los acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión, en su legislación interna o en acuerdos particulares de inversión. A su vez, el consentimiento del inversionista normalmente se presta en el acuerdo de inversión suscrito con el Estado receptor o en el momento mismo en que se somete una controversia al CIADI.

Los Estados parte del convenio están obligados a reconocer y ejecutar los laudos CIADI como finales y obligatorios.

Sin duda, el arbitraje CIADI contribuye a la resolución amigable y sin interferencias políticas de las controversias de inversión, y constituye un importante componente en el proceso de fortalecimiento del clima de inversiones. No obstante lo anterior, determinados laudos arbitrales CIADI deben ser objeto de crítica debido a su inadecuada interpretación del Derecho aplicable a la controversia.

### **3. La controversia relativa a la Ley Aplicable en conflictos de inversión extranjera**

198

#### **3.1. Relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional en el contexto de controversias de inversión**

La discusión concerniente al carácter nacional o internacional de la relación existente entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de inversión se encuentra estrictamente relacionada con el tema de la ley sustantiva que debe ser aplicada por un Tribunal en una controversia de inversión. Este es uno de los aspectos más importantes y controvertidos en el campo del arbitraje internacional del CIADI, porque la historia, así como la interpretación del art. 42 (1) del Convenio CIADI relativo a la ley aplicable,<sup>2</sup> son el resultado de discrepancias que aún existen entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, académicos y árbitros, respecto al rol que los gobiernos y los sistemas legales nacionales pueden desempeñar en la regulación de la IED; así como al necesario papel que el Derecho Internacional debe desempeñar en el control de la legalidad de los actos de los Estados receptores de inversión que pudieran afectar los derechos de los inversionistas extranjeros.

---

reasoned basis». En «Reinvigorating ICSID with a New Mission and with Renewed Respect for party Autonomy». *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, 1992, p. 127.

<sup>2</sup> Art. 42 (1) y (2) del Convenio CIADI: «(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables; (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley».

Al mismo tiempo, el art. 42 (1) del Convenio CIADI expresa el grado de libertad con el que aún cuentan los gobiernos nacionales para la regulación de la IED dentro de sus territorios, bajo la condición de que dicha facultad regulatoria sea ejercida en el marco de las limitaciones impuestas por el Derecho Internacional. El problema surge, no obstante, por el hecho de que el contenido del Derecho Internacional relativo a la IED aún se encuentra en proceso de formación; en consecuencia, el alcance de dichas limitaciones resulta poco claro.

La versión final del art. 42 (1) del Convenio otorga primacía a las partes en la selección del Derecho aplicable. El Derecho interno del país receptor de la inversión resultará aplicable únicamente en caso de ausencia de acuerdo entre las partes. Todos los proyectos anteriores de este artículo otorgaban al Tribunal CIADI, a falta de acuerdo entre las partes, competencia para decidir cuál sería la ley aplicable, ya sea el Derecho interno o el Derecho Internacional. No obstante, la versión final del art. 42 (1) limitó esta amplia competencia del Tribunal y reconoció el papel esencial del Derecho Nacional, el mismo que los árbitros deben respetar a fin de evitar innecesarias nulidades de los laudos arbitrales, como se verá más adelante.<sup>3</sup>

Como se ha mencionado, el Convenio CIADI, a falta de acuerdo entre las partes, opta por privilegiar la aplicación del Derecho interno del Estado receptor de la inversión. Al mismo tiempo, el Convenio CIADI reserva al Derecho Internacional una importante función suplementaria y correctiva. Una interpretación correcta de este artículo requiere la aplicación del Derecho Internacional cuando las partes así lo hayan acordado; cuando no se haya logrado un acuerdo; o cuando el Derecho interno no proporcione una solución al caso concreto, es decir, cuando se presente un verdadero vacío legal en el Derecho Nacional o cuando la aplicación de este implique claramente la violación de normas imperativas del Derecho Internacional.

199

Surgen, no obstante, diversas dificultades relativas a la interpretación del art. 42 (1) del Convenio CIADI por el hecho de que el proyecto final del convenio dejó sin solución diversas cuestiones de Derecho Internacional sustantivo, debido a que este convenio se limitó a establecer reglas de carácter procesal. Estas dificultades se ven incrementadas con la ausencia de un acuerdo multilateral de inversiones (AMI), como será discutido más adelante en el presente artículo.

---

<sup>3</sup> Sobre la importancia de este aspecto del arbitraje CIADI, Christoph Schreuer ha señalado lo siguiente: «The relationship of international law to the host State's domestic law has turned out to be the most complex question in the application of the second sentence of Art. 42 [...] The formula of the supplemental and corrective effect of international law has since been widely accepted. Commentators [...] generally agree that the function of international law is to close any gaps in domestic law as well as to remedy any violation of international law which may arise through the application of the host State's law». En «Commentary on the ICSID Convention: Articles 41, 42, 43 and 44». *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, 1997, p. 477.

### **3.2. Rol de los tratados bilaterales de inversión en la creación y desarrollo del Derecho Internacional relativo a la IED**

Una de las fuentes del Derecho Internacional relativo a la IED es el creciente número de tratados bilaterales de inversión. Estos convenios constituyen el marco dentro del cual los contratos de inversión son ejecutados y proporcionan la fuente de diversas reglas y principios de Derecho Internacional aplicables a controversias de IED.

La mayoría de los tratados bilaterales de inversión incluyen estándares internacionales mínimos para el tratamiento de las inversiones extranjeras, tales como «trato justo y equitativo», «prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias», y «protección y seguridad de las inversiones».

La mayoría de las cláusulas de los Tratados Bilaterales de Inversión se refieren a los compromisos de los Estados receptores de inversión para la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros y no a obligaciones sustantivas de los inversionistas extranjeros frente a los Estados receptores de inversión. No obstante lo anterior, la mayoría de los tratados bilaterales de inversión incluyen el deber del Estado receptor de admitir IED solo si las inversiones se realizan de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor.

200

La mayoría de los tratados bilaterales de inversión estipula que el Tribunal decidirá la controversia de conformidad con el mismo Tratado, las leyes internas del Estado receptor y las reglas generales del Derecho Internacional, siguiendo la misma estructura de Derecho aplicable según lo establece el art. 42 (1) del Convenio CIADI.

### **3.3. Falta de acuerdo en relación con el contenido de un acuerdo multilateral de inversiones (AMI) y su relevancia respecto a la ley aplicable en este tipo de controversias**

A pesar del aparente consenso en relación con el contenido de los tratados bilaterales de inversión no ha sido posible hasta el momento alcanzar un acuerdo final a nivel multilateral en relación con el contenido del Derecho Internacional relativo a la IED.

Las negociaciones sobre un acuerdo multilateral de inversiones (AMI) comenzaron en 1995 entre diversos países desarrollados pertenecientes a la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD). Debido a la oposición de determinados sectores de la sociedad civil y de algunos gobiernos nacionales, las negociaciones sobre el AMI fueron suspendidas en 1998.

Diversas razones podrían explicar el fracaso en la suscripción de un tratado internacional en esta materia. Algunas de ellas son de naturaleza procesal; otras, de naturaleza sustantiva. Entre las últimas está el hecho de que el proyecto de AMI abarcaba exclusivamente reglas relativas a la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros

sin establecer disposiciones vinculantes relativas a las obligaciones y responsabilidades de los inversionistas frente a los Estados receptores de inversión.

El proyecto de AMI ha sido objeto de críticas por el hecho de que no autorizaba la adopción de medidas de regulación de la IED por parte de los Estados receptores de inversión, como, por ejemplo, mediante la implementación de medidas de protección del medio ambiente.<sup>4</sup> En otras palabras, el proyecto de AMI no garantizó un necesario balance entre la protección y la regulación de la IED.

Esta falta de consenso respecto al contenido de un eventual y futuro AMI se ve reflejada en el contenido controvertido de determinados laudos arbitrales del CIADI.<sup>5</sup> Corresponde a Tribunales como los del CIADI otorgar contenido a diversas reglas de Derecho Internacional relativas a la IED que son normalmente incorporadas en los Tratados Internacionales, más como estándares flexibles que como reglas inmutables de Derecho.

Esta responsabilidad de los Tribunales CIADI se ve incrementada por el hecho de que el Convenio CIADI no otorga a la parte perdedora un derecho de apelación; en consecuencia, un error en la aplicación del Derecho podría generar un serio perjuicio, por las razones que más adelante se detallan.

#### **4. La debida aplicación del Derecho por Tribunales CIADI: análisis del caso Metalclad**

201

En esta parte del artículo, se analiza un laudo CIADI que tiene directa relación con la debida aplicación del Derecho y la interpretación dada por el Tribunal CIADI al concepto de responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. En atención al específico objeto de este artículo, no todos los hechos o argumentos discutidos en el procedimiento son aquí comentados (p. ej., aquellos relacionados a la jurisdicción del CIADI o al cálculo de la indemnización debida).

---

<sup>4</sup> Peter Muchilinski sintetiza las razones que explican el fracaso en las negociaciones de un AMI, circunstancia que a su vez explica la falta de consenso en relación con el contenido del Derecho Internacional de IED: «The new political environment no longer places «right/left» issues of ownership and control at centre stage. Rather, there has been a transformation in political discourse, which challenges not the legitimacy and value of free private enterprise as such, but its legitimacy as a polluter, an abuser of market power, a corruptor of state officials [...]» En «The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?». *International Lawyer*, Fall 2000 (WestLaw), p. 11.

<sup>5</sup> Sobre este punto, Ibrahim Shihata y Antonio Parra señalan lo siguiente: «[...]the concern was nevertheless expressed during the preparation of the Convention that there were few well-established rules of international law on the subject of investment». En «Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The case of Arbitration under the ICSID Convention». *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, n.º. 2, 1994, p. 194.

## 4.1 Metalclad Corporation frente a México (Caso CIADI N.º ARB (AF) 97/1)<sup>6</sup>

La presente controversia está relacionada con las actividades de la compañía norteamericana Metalclad en el área de la municipalidad de Guadalcázar, en el estado mexicano de San Luis de Potosí. La controversia está referida a la construcción y funcionamiento de una planta de desechos peligrosos y al otorgamiento de los correspondientes permisos federales, estatales y locales.

El caso involucra el ejercicio de facultades regulatorias por parte de los Estados receptores de inversión para la protección del medio ambiente y su relación con las limitaciones impuestas por normas internacionales contenidas en acuerdos multilaterales de comercio como el NAFTA.

### 4.1.1. Hechos del caso

Entre 1990 y 1993, el Gobierno Federal de México y el Instituto Ecológico Nacional de México autorizaron a la empresa mexicana Coterin a construir y operar una planta de desechos peligrosos en la jurisdicción de la municipalidad de Guadalcázar. El gobierno local de Guadalcázar en 1991 y 1992 había denegado a Coterin el permiso de construcción de dicha planta por consideraciones locales de carácter ambiental.

202

En abril de 1993, luego de que Coterin obtuvo determinados permisos federales, la compañía Metalclad suscribió con Coterin un contrato de opción de seis meses para adquirir esta compañía con todos los permisos obtenidos, con el objeto de construir una planta de desechos peligrosos. El contrato se suscribió bajo la condición de que Coterin obtuviera un permiso de construcción municipal o, alternativamente, que Coterin obtuviera un pronunciamiento judicial mexicano definitivo en el sentido de que dicha autorización municipal no resultaba necesaria.

El 11 de mayo de 1993, el gobierno estatal de Potosí otorgó a Coterin un permiso de uso de tierras. Este permiso estatal no autorizaba la construcción de la planta o el funcionamiento del negocio, ya que esta materia se encontraba sujeta a la autorización que debía ser concedida por el gobierno municipal de Guadalcázar. En agosto de 1993, el gobierno federal concedió a Coterin un permiso para la operación de la planta.

Sobre la base de los permisos federales y estatales otorgados, en setiembre de 1993, Metalclad ejerció la opción de compra y adquirió Coterin, así como el terreno superficial en donde se ubicaría la planta y los correspondientes permisos.

En mayo de 1994, Metalclad inició la construcción de la planta, sin haber obtenido la autorización del gobierno local. En octubre de 1994, la municipalidad de Guadalcázar

---

<sup>6</sup> Metalclad Corporation frente a los Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI N.º ARB (AF)/97/1), p. 28. En la página web de CIADI: < <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm> >.



ordenó el cese de todas las actividades de construcción debido a la ausencia de un permiso municipal de construcción, el mismo que no había sido solicitado por Coterin o por Metalclad hasta ese momento. En noviembre de 1994, Metalclad reinició la construcción y presentó por primera vez una solicitud al gobierno local para la obtención de un permiso de construcción municipal. En marzo de 1995, Metalclad culminó los trabajos de construcción de la planta sin contar con el permiso de construcción municipal y con una fuerte oposición local al proyecto debido a consideraciones de carácter ambiental.

Posteriormente, Metalclad y el gobierno federal de México suscribieron un convenio mediante el cual se autorizó la operación de la planta y se establecieron diversas obligaciones de carácter ambiental, ya que el informe pericial que figuraba como anexo al convenio detectó diversas deficiencias ambientales en el proyecto.

En diciembre de 1995 fue denegada la solicitud de autorización municipal de construcción que presentara tardíamente Metalclad. La municipalidad de Guadalcázar alegó que fue inapropiada la construcción de la planta sin haber obtenido previamente la autorización municipal de construcción. Asimismo, el municipio alegó la existencia de graves deficiencias ambientales, así como la oposición abierta de la comunidad local.

En enero de 1997, Metalclad, en su condición de accionista principal de Coterin, inició un proceso arbitral ante el CIADI contra el Estado mexicano, en el marco del capítulo 11 del Acuerdo NAFTA relativo a inversiones, y exigió el pago de una indemnización.

203

En setiembre de 1997, el gobernador de Potosí publicó un decreto ecológico creando un área natural para la protección del cactus, cuyo espacio se superpuso parcialmente al área de la planta de desechos peligrosos. Específicas disposiciones de este decreto preservaban la validez de los permisos otorgados con anterioridad a la publicación de la norma.

#### ***4.1.2. Argumentos de Metalclad y de México***

a. Metalclad alegó que México, a través de sus autoridades locales, interfirió indebidamente en la operación de su planta de desechos peligrosos, hecho que constituía una violación de los arts. 1105 y 1110 del Acuerdo NAFTA,<sup>7</sup> relativos al nivel mínimo de trato a los inversionistas extranjeros y a las medidas de expropiación.

---

<sup>7</sup> Art. 1105 del Acuerdo NAFTA.- Nivel Mínimo de Trato: «1. Cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas».

Art. 1110 del Acuerdo NAFTA.- Expropiación y Compensación: «Ninguna de las partes podrá nacionalizar o expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; c) con apego al principio de legalidad y al Art. 1105 (1), y, d) mediante indemnización [...]».

- b. México argumentó que resultaba estrictamente necesario un permiso municipal y que Metalclad conocía o debía haber conocido que dicho permiso era necesario. En sustento de su posición, México presentó informes de diversos expertos mexicanos en Derecho Constitucional.
- c. En relación con la alegación de expropiación presentada por Metalclad, México señaló que la denegación del permiso municipal constituía un ejercicio válido de las facultades regulatorias del Estado mexicano para la protección del medio ambiente.

#### **4.1.3. Decisión del Tribunal Arbitral y ley aplicable a la controversia**

El Tribunal señaló que un Tribunal establecido al amparo del capítulo 11 del Acuerdo NAFTA debe decidir la controversia conforme a las reglas del propio Acuerdo NAFTA y conforme a las normas aplicables del Derecho Internacional.<sup>8</sup> En el art. 1131 del Acuerdo NAFTA no se hace referencia directa al Derecho Nacional de los Estados receptores de inversión; sin embargo, el artículo 1114 del Acuerdo relativo a medidas medio ambientales preserva las funciones regulatorias de los Estados receptores de inversión en esta materia.<sup>9</sup>

##### *4.1.3.1. Análisis del artículo 1105 del Acuerdo NAFTA.- Nivel mínimo de trato*

- a. El Tribunal señaló que conforme a las disposiciones del Acuerdo NAFTA, este debe interpretarse y aplicarse a la luz de sus objetivos, entre los que se encuentra el de la transparencia.<sup>10</sup>

De acuerdo con el preámbulo del Acuerdo NAFTA, las partes acordaron asegurar un marco comercial predecible para la planificación de negocios y para la inversión.

- b. El Tribunal CIADI interpretó que la Ley Ecológica General de México otorgaba a las municipalidades únicamente facultades relacionadas a desechos inocuos y que la denegación del permiso municipal de construcción fue impropia al haberse fundamenta-

---

<sup>8</sup> Art. 1131 del Acuerdo NAFTA.- Derecho Aplicable: «1. Un Tribunal establecido de conformidad con esta Sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional».

<sup>9</sup> Art. 1114 del Acuerdo NAFTA.- Medidas Relativas a Medio Ambiente: «1. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental; 2. Las partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio».

<sup>10</sup> Art. 102 del Acuerdo NAFTA.- Objetivos: «(1) Los objetivos del presente Tratado, expresados en sus principios y reglas, principalmente los de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia son [...]; (2) Las partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional».

do en consideraciones de impacto ambiental y no en consideraciones relacionadas con defectos en la construcción de la planta.

- c. El Tribunal CIADI falló que debido a la ausencia de reglas claras en relación con la necesidad de un permiso de construcción municipal, así como en relación con la naturaleza de los procedimientos que debía seguir Metalclad, el Estado mexicano efectivamente había violado el artículo 102 (1) del Acuerdo NAFTA, al no haber garantizado un marco legal transparente y predecible. De esta conclusión, el Tribunal CIADI dedujo que Metalclad no había sido objeto de un tratamiento justo y equitativo, y, en consecuencia, México había violado el art. 1105 del Acuerdo NAFTA relativo al nivel mínimo de trato.

#### *4.1.3.2. Análisis de artículo 1110 del Acuerdo NAFTA.- Expropiación y compensación*

El Tribunal sostuvo que el concepto de expropiación bajo el Acuerdo NAFTA incluye no solo la toma deliberada y directa de la propiedad privada sino, también, la expropiación indirecta, tal como la interferencia gubernamental en el ejercicio del derecho de propiedad, al impedir al propietario el goce de los beneficios económicos esperados de la propiedad.

El Tribunal arbitral mencionó que México, al permitir que la municipalidad de Guadalcázar denegase el permiso de construcción de la planta, había adoptado una medida equivalente a la expropiación.

205

El Tribunal interpretó que solo el gobierno federal estaba facultado para denegar el permiso de construcción y operación de una planta de desechos peligrosos. Las medidas de la municipalidad violaron el objetivo de transparencia del Acuerdo NAFTA y constituyeron, en este sentido, una medida indirecta de expropiación en violación del art. 1110 del Acuerdo NAFTA.

#### *4.1.3.3. Efectos del Decreto Ecológico*

El Tribunal consideró la promulgación del Decreto Ecológico como un acto adicional equivalente a la expropiación, en violación del art. 1110 del Acuerdo NAFTA, en la medida que el Decreto Ecológico tenía por finalidad impedir la operación de la planta, al prohibir la realización de cualquier actividad potencialmente contaminante.

#### *4.1.3.4. Imputación de los actos de la Municipalidad de Guadalcázar al Gobierno de México*

El Tribunal concluyó señalando que, conforme al art. 105 del Acuerdo NAFTA,<sup>11</sup> el Gobierno de México era responsable de los actos realizados por la Municipalidad de Guadalcázar, razón por la cual debía pagar una indemnización a Metalclad.

---

<sup>11</sup> Art. 105 del Acuerdo NAFTA.- Extensión de las Obligaciones: «Las partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa».

#### **4.1.4. La decisión de la Corte Suprema de British Columbia**

México presentó un recurso de anulación ante la Corte Suprema de British Columbia, Canadá, a fin de obtener la nulidad del laudo arbitral al haber sido designada la ciudad de Vancouver como sede del arbitraje. Conforme a la legislación de British Columbia, un laudo arbitral no puede ser anulado debido a errores en la aplicación del Derecho.

##### **a. Análisis efectuado por la Corte de British Columbia de los artículos 1105 y 1110 del Acuerdo NAFTA**

La Corte de British Columbia mencionó que, conforme al art. 1117 del Acuerdo NAFTA,<sup>12</sup> el derecho de un inversionista extranjero de demandar a un Estado receptor de inversión debe limitarse a alegadas violaciones de las disposiciones contenidas en el capítulo 11 del Acuerdo NAFTA. Un inversionista extranjero no tiene derecho a demandar a un Estado receptor de inversión por supuestas violaciones de otras disposiciones del Acuerdo, ya que esas otras disposiciones regulan exclusivamente la relación entre Estados parte del Acuerdo NAFTA.

Según la Corte de British Columbia, el Tribunal CIADI cometió un acto de exceso de jurisdicción al considerar que el principio de transparencia, que no está contenido en el capítulo 11 del Acuerdo NAFTA, se había convertido en un principio parte de la costumbre internacional. El Tribunal CIADI aplicó indebidamente el Derecho al considerar que, debido a la supuesta violación del principio de transparencia, los arts. 1105 y 1110 del Acuerdo NAFTA habrían sido igualmente transgredidos.

206

En lo que se refiere al Decreto Ecológico, la Corte consideró muy amplia la interpretación dada por el Tribunal Arbitral al concepto de expropiación, ya que no resultaba claro que el Decreto Ecológico de hecho prohibiera a Metalclad operar la planta.

A pesar del desacuerdo de la Corte en relación con el amplio concepto de expropiación manejado por el Tribunal Arbitral CIADI y a la indebida aplicación de las disposiciones relativas al principio de transparencia del Acuerdo NAFTA, la Corte consideró que estas eran cuestiones de interpretación del Derecho aplicable; en consecuencia, no constituían fundamento válido para anular el laudo arbitral.

#### **4.1.5. Análisis del caso en relación con la ley aplicada por el Tribunal Arbitral**

En opinión del autor, el laudo objeto de análisis refleja la tendencia de diversos laudos CIADI de otorgar poca deferencia a los intereses públicos involucrados en la controver-

---

<sup>12</sup> Art. 1117 del Acuerdo NAFTA.- Reclamo del inversionista de una parte, en representación de una empresa: «El inversionista de una parte, en representación de una empresa de otra parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra parte ha violado una obligación establecida en [...]»

sia. Los principales errores del Tribunal, en relación con la ley aplicable a la controversia, son los siguientes:

**a. Interpretación dada por el Tribunal CIADI al contenido del Derecho Internacional relativo a la IED**

El Tribunal invocó el art. 1131 del capítulo 11 del Acuerdo NAFTA, señalando que la controversia debía ser resuelta de conformidad con el Acuerdo NAFTA y las normas aplicables del Derecho Internacional. A pesar de ello, el Tribunal no otorgó debida consideración al art. 1114 del mismo Acuerdo, que preserva las funciones regulatorias en materia ambiental de los Estados receptores de inversión.

En relación con este importante artículo del Acuerdo NAFTA, el Tribunal simplemente señaló que la suscripción de un convenio entre Metalclad y el gobierno federal mexicano, así como el otorgamiento de permisos federales, demostraban que México consideró que el proyecto era compatible con sus normas de protección ambiental.

El Tribunal no examinó las implicancias del concepto de gobierno federal y los diferentes niveles que se presentan en la toma de decisiones en un estado federal en relación con la protección del medio ambiente. Tampoco examinó los argumentos presentados por expertos constitucionalistas mexicanos en relación con los derechos de la municipalidad de Guadalcázar para objetar la construcción y el funcionamiento de la planta de desechos peligrosos sobre la base de consideraciones de carácter ambiental. Un análisis de esta naturaleza le hubiera dado al Tribunal mayores elementos de juicio para determinar la exigibilidad o inexistencia frente a la Municipalidad de Guadalcázar del convenio suscrito por Metalclad con el gobierno federal.<sup>13</sup>

207

Debe tenerse en consideración que el presente caso no se refirió a la cancelación de un permiso sino a la denegación de dicho permiso debido a consideraciones de carácter ambiental. El caso ilustra la poca consideración otorgada por el Tribunal al derecho de los Estados receptores de inversión de ejercer facultades regulatorias en protección de consideraciones de interés general, como es el caso de la protección ambiental.

**b. Aplicación errónea de las disposiciones del Acuerdo NAFTA**

La interpretación dada por la Corte de British Columbia al objetivo de transparencia dentro del Acuerdo NAFTA es la correcta. Esta no es una obligación incorporada al

---

<sup>13</sup> En relación con el derecho de los estados receptores de inversión de proteger el medio ambiente dentro de sus territorios, el autor Somarajah menciona lo siguiente: «[...]regulatory measures are a feature of modern government and their legality, both within municipal and international law cannot be doubted[...] Cancellation of licenses on environmental grounds will become more frequent with the increasing concern for the protection of the environment». En *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 313.

capítulo 11 del Acuerdo NAFTA y, por consiguiente, su violación no puede ser invocada por inversionistas extranjeros sino solo por otros Estados parte del Acuerdo NAFTA.

Por otro lado, el Tribunal no consideró el hecho de que el contrato de opción de compra de seis meses suscrito entre Metalclad y Coterin fue expresamente condicionado a la obtención de una licencia municipal de construcción de la planta o, alternativamente, a la obtención de una sentencia final e inapelable de la justicia mexicana, en el sentido de que dicha licencia no resultaba exigible. Ninguno de estos supuestos ocurrió.

¿Cómo podía Metalclad alegar que actuó bajo la creencia de que la licencia municipal no era necesaria, si al mismo tiempo incluyó una disposición en el contrato suscrito con Coterin condicionando expresamente la adquisición de esta compañía al otorgamiento de una licencia municipal de construcción y funcionamiento? Era, por lo tanto, predecible para Metalclad la necesidad de este permiso municipal, especialmente tomando en consideración que este permiso municipal ya había sido denegado a Coterin en dos anteriores ocasiones debido a consideraciones ambientales. Si este requisito era por lo menos predecible para Metalclad, resulta por lo menos discutible señalar que el objetivo de transparencia incorporado en el Acuerdo NAFTA fue transgredido por México.

**c. Interpretación impropia de los efectos del Decreto Ecológico como un acto de expropiación indirecta.**

El Tribunal CIADI efectuó una interpretación errónea de los efectos del Decreto Ecológico. Según lo mencionó la Corte de British Columbia, este decreto incluyó una disposición expresa preservando los permisos existentes concedidos antes de su promulgación y respetando los derechos de propiedad otorgados; en consecuencia, no debió ser considerado como un acto de expropiación indirecta. La amplia interpretación dada por el Tribunal a los efectos de este decreto constituyó una interferencia en los derechos de México de regular dentro de su territorio, de manera no discriminatoria y de conformidad con el Derecho Internacional, las actividades que pudiesen afectar la explotación sostenible de sus recursos naturales. Asimismo, este laudo arbitral dejó en evidencia la inexistencia de un consenso en el Derecho Internacional respecto a la distinción entre medidas regulatorias indemnizables y medidas regulatorias no indemnizables.

A pesar de la interpretación inadecuada de los alcances del Decreto Ecológico que efectuó el Tribunal CIADI y la amplia definición de expropiación que la Corte de British Columbia no compartió, esta no estuvo en capacidad de dejar sin efecto el laudo arbitral, debido a que estas eran cuestiones de interpretación del Derecho aplicable no factibles de corrección, que afectaban con ello un importante asunto de interés público como es la protección ambiental.

## 5. Consecuencias de la «no aplicación» y de la «aplicación indebida» de la ley por los Tribunales CIADI

### 5.1. Distinción conceptual entre los recursos de apelación y de anulación

En principio, tanto el procedimiento de apelación como el de anulación tienen como objetivo la revisión del laudo arbitral. No obstante, el estándar de revisión, así como los resultados de ambos procedimientos, difieren. Los laudos CIADI están sujetos al recurso de anulación bajo supuestos específicos y de excepción, mas no están sujetos al recurso de apelación.<sup>14</sup>

En relación con el estándar de revisión, los objetivos del procedimiento de anulación son limitados si son comparados con los objetivos de un procedimiento de apelación. Un laudo podrá ser anulado solamente si este es el resultado de un procedimiento indebido (p. ej., cuando el Tribunal no ha sido debidamente constituido, se ha excedido manifiestamente en sus facultades o no ha observado las reglas fundamentales del debido proceso). Un procedimiento de apelación, en cambio, está vinculado a la correcta determinación de la decisión, en el sentido de una correcta interpretación y aplicación del Derecho.

En cuanto a las consecuencias en el procedimiento de anulación, si el recurso es considerado fundado, el laudo será declarado nulo y las partes, si lo consideran conveniente, deberán iniciar un nuevo proceso arbitral, pues el laudo original pierde su calidad de *res judicata*.

209

En el procedimiento de apelación, en cambio, el laudo original es objeto de confirmación o modificación por la instancia superior. El nuevo laudo que confirma o modifica la decisión original adquiere la calidad de *res judicata*.

En el marco del arbitraje CIADI, la doctrina ha distinguido entre la «no aplicación del Derecho aplicable» y su «aplicación indebida». La «no aplicación del Derecho aplicable» ocurre, por ejemplo, cuando el Derecho Internacional es aplicado a la solución de la controversia, debiendo haber sido aplicado en primera instancia el Derecho Nacional del Estado receptor de la inversión o viceversa. Este supuesto de «no-aplicación del Derecho» ha sido interpretado por los Comités Ad Hoc del CIADI,<sup>15</sup> encargados de resolver recursos de anulación, como un acto de exceso de facultades por parte del Tribunal Arbitral; en consecuencia, como una causa válida para obtener la anulación del laudo arbitral mediante el recurso de anulación, según lo establece el art. 52 (1) (b) del Convenio CIADI.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Art. 53 (1) del Convenio CIADI: «El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio».

<sup>15</sup> Ver los siguientes casos CIADI: «Amco Asia *et al* frente a The Republic of Indonesia» y «Klockner *et al.* frente a The United Republic of Cameroon». *ICSID Reports*, vols. 1 y 2, p. 376.

La «aplicación indebida del Derecho», en cambio, está vinculada a una interpretación errónea de la ley, lo que no constituye causa válida para dejar sin efecto un laudo arbitral, en la medida en que, como se ha señalado, el recurso de apelación se encuentra expresamente excluido del arbitraje CIADI.

Las dos decisiones de los Comités Ad Hoc del CIADI, que distinguen entre la «no-aplicación del Derecho» y la «aplicación indebida del Derecho» mencionadas en la nota 16 del presente artículo, han sido objeto de fuertes críticas, al considerarse que dicha distinción es artificial porque un uso abusivo del procedimiento de anulación afecta negativamente los principios de «finalidad» y «celeridad» del arbitraje CIADI. Este hecho se da porque la anulación del laudo obliga a las partes a iniciar un nuevo arbitraje, con la pérdida de tiempo y recursos que ello implica, y eso resta eficacia al arbitraje CIADI.

## **5.2. Tensión entre los principios de justicia, celeridad y finalidad en los laudos arbitrales CIADI. ¿Qué principio debe prevalecer cuando asuntos de interés público se encuentran involucrados en la controversia?**

La tensión entre los principios de justicia sustantiva, celeridad y finalidad dentro del arbitraje CIADI refleja, de alguna manera, la incertidumbre existente en cuanto al contenido de las normas sustantivas de Derecho Internacional relativas a la IED.

210 El arbitraje internacional ha sido siempre un elemento importante en la promoción y protección de la IED, pues ofrece diversas ventajas si lo comparamos con los procesos judiciales internos tales como celeridad, finalidad, neutralidad y especialización. Los principios de celeridad y finalidad se relacionan con la rápida solución del conflicto mediante un procedimiento informal. Las partes privadas involucradas en una controversia normalmente prefieren la solución rápida de la misma, a fin de mantener vigente la relación comercial subyacente, y pueden sacrificar con ello el principio de justicia dentro del procedimiento. En otras palabras, en atención al principio de celeridad en el arbitraje comercial privado, las partes asumen el riesgo de un posible error que pueda ser cometido por el Tribunal en la aplicación e interpretación del Derecho, y renuncian de antemano a sus derechos de interponer recursos de apelación.

No obstante lo anterior, las controversias relativas a IED no son de naturaleza puramente comercial, ya que en ellas se encuentran involucrados no solo intereses privados sino, también, importantes asuntos de interés público. Debido al hecho de que las controversias relativas a IED se encuentran íntimamente relacionadas con las facultades regulatorias

---

<sup>16</sup> Art. 52 (1) del Convenio CIADI: «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: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción del algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o



de los Estados receptores de inversión, los principios de celeridad y finalidad, sin dejar de ser muy importantes, deben pasar a un segundo nivel y el principio de justicia sustantiva —y por lo tanto, la precisión en la aplicación del Derecho— debe prevalecer.

La idea de que los laudos CIADI no deben estar sujetos al recurso de apelación para evitar demoras en el procedimiento, a pesar de la existencia de serios errores en la interpretación del Derecho por parte de algunos Tribunales CIADI, corresponde a una concepción estrictamente privada del arbitraje CIADI. ¿Qué podría justificar obtener un laudo «rápido» y «final» en lugar de un laudo «correcto» y «preciso» cuando la salud, el medio ambiente o la protección de sitios arqueológicos se encuentran involucrados en la controversia, como de hecho ha ocurrido en diversos procesos arbitrales ante el CIADI?<sup>17</sup>

En el arbitraje comercial privado es legítimo e incluso necesario que las partes renuncien de antemano a sus derechos de apelación y otorguen con ello preferencia a los principios de finalidad y celeridad en el procedimiento. La ausencia de una instancia de apelación es incluso consustancial al arbitraje privado. Sin embargo, el arbitraje CIADI es un mecanismo de naturaleza mixta, que podría ser considerado al mismo tiempo de naturaleza pública y privada. Es de naturaleza privada debido a la relevancia de los intereses del inversionista extranjero, que merece una adecuada y firme protección; pero es también de naturaleza pública porque las facultades regulatorias de los Estados receptores de inversión, así como asuntos de interés general, se encuentran igualmente involucrados en la controversia.<sup>18</sup>

Finalmente, debemos tener presente que la principal motivación de los Estados parte en el Convenio CIADI al suscribir este Tratado no fue, fundamentalmente, encontrar un mecanismo rápido de solución de controversias sino acceder a un mecanismo neutral, imparcial y sin interferencias políticas. El arbitraje ante el CIADI debe evitar la adopción de medidas arbitrarias y discriminatorias por parte de los Estados receptores de inversión que puedan afectar los legítimos derechos de los inversionistas extranjeros, así como el uso de la protección diplomática por parte de los Estados exportadores de capital; todo ello con el objetivo final de promover y fortalecer a la IED. En opinión del autor, este objetivo general de «neutralidad» del Convenio CIADI se encuentra realmente garantizado mediante la protección del principio de «justicia sustantiva» y no necesariamente mediante la protección preferente de los principios de «celeridad» y «finalidad».

---

(e) que no se hubiere expresado en el laudo los motivos en los que se funde».

<sup>17</sup> Ver el siguiente caso CIADI: «Southern Pacific Properties Limited (SPP) frente a The Arab Republic of Egypt», relativo a la construcción de complejos turísticos en sitios arqueológicos ubicados en los alrededores de las pirámides de Egipto.

<sup>18</sup> En relación con la naturaleza mixta del arbitraje CIADI, Okezie Chukwumerije señala lo siguiente: «What then is the status of ICSID Tribunals? [...] the mandate of the tribunal suggest that it is of a mixed character, part private and part public». *Journal of International Arbitration*, vol. 14, p. 82, 1997.

## 6. Conclusiones y propuestas

Del análisis del caso Metalclad y de la discusión teórica sobre el Derecho Internacional relativo a la IED, podemos deducir que el arbitraje internacional ha sido concebido por determinados Tribunales CIADI únicamente como un mecanismo de protección de inversiones, en el que las legítimas facultades regulatorias de los Estados receptores de inversión no han sido igualmente consideradas. Desde mi punto de vista, en el caso bajo análisis no existió un acto de violación del Derecho Internacional por parte del Estado receptor de la inversión que haya sido materializado en actos discriminatorios de regulación.

Conforme al Convenio CIADI, los errores en la interpretación del Derecho no pueden ser subsanados mediante un recurso de apelación, con el resultado de que las funciones regulatorias de los Estados que debieran ser preservadas por el Convenio, conjuntamente con la protección de los derechos de los inversionistas, se ven seriamente afectadas.

Debido a la naturaleza mixta, privada y pública del arbitraje CIADI, y a pesar de las tendencias predominantes en esta materia por las que se busca excluir la revisión del fondo de los laudos CIADI, considero conveniente que el Convenio CIADI contemple la posibilidad de que las partes tengan acceso a un recurso interno de apelación para los casos de seria o manifiesta aplicación indebida del Derecho. Ciertamente, la posibilidad de acceder a un procedimiento de apelación deberá respetar la naturaleza autónoma y «autosuficiente» del mecanismo CIADI, es decir, el procedimiento de apelación deberá ser administrado por un panel permanente de juristas dentro del propio CIADI y no deberá constituir un recurso de apelación a ser interpuesto ante los Tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión. De esta manera, los procedimientos arbitrales CIADI se mantendrán protegidos de cualquier interferencia judicial y el principio de «finalidad» no se vería seriamente afectado.

212

La posibilidad de tener acceso a un procedimiento de apelación interno para resolver asuntos de aplicación del Derecho evitaría las consecuencias negativas de los procedimientos de anulación de laudos arbitrales CIADI. Estas han sido puestas en evidencia por la artificial distinción entre la «no-aplicación» y la «aplicación indebida» del Derecho realizada por los Comités Ad Hoc del CIADI. Las partes no requerirían presentar una nueva demanda ante el CIADI para solucionar la controversia, como ocurre actualmente en los procedimientos de anulación, ya que el laudo a emitirse por el órgano de apelación tendría la calidad de *res judicata*. Contrariamente a la opinión generalizada, los principios de «celeridad» y «finalidad» se verían más protegidos con la posibilidad de acceder a un procedimiento interno de apelación que con el actual uso, muchas veces indiscriminado, del procedimiento de anulación por razones de incorrecta aplicación del Derecho.

Es asimismo previsible que un órgano de apelación interno del CIADI pueda igualmente cometer errores en la interpretación y aplicación del Derecho. Sin embargo, una segunda instancia de revisión al menos podría mitigar la posibilidad de dichos errores. Debido a la

relevancia de los intereses públicos involucrados en las controversias de inversión, considero que resulta conveniente establecer dicha segunda instancia de revisión.

No obstante lo anterior, una debida aplicación del Derecho, que busque equilibrar los intereses de los inversionistas extranjeros y de los Estados receptores de inversión, será posible cuando finalmente se alcance consenso respecto al contenido de las reglas sustantivas del Derecho Internacional relativo a la IED. Este hecho solo tendrá lugar cuando los Estados y la sociedad civil lleguen a un consenso respecto al contenido de un acuerdo multilateral de inversiones (AMI).

Este acuerdo deberá incluir no solo reglas sustantivas de carácter obligatorio relativas a la protección de la inversión extranjera, las mismas que ya existen en los tratados bilaterales de inversión y otros acuerdos multilaterales como el NAFTA. El AMI deberá incorporar, asimismo, normas obligatorias concernientes a la conducta de los inversionistas extranjeros en los Estados receptores de inversión, en salvaguarda de consideraciones de interés público. Actualmente, estas normas se encuentran mencionadas en guías y recomendaciones internacionales sin carácter vinculante. Considero que el AMI podría ser el marco apropiado para crear un nuevo mecanismo de solución de controversias en materia de inversión.

No obstante, antes de que ello ocurra, es necesario que el mecanismo CIADI sea perfeccionado atendiendo a la naturaleza mixta de las controversias sometidas a este organismo mediante el establecimiento de una segunda instancia arbitral autónoma e interna, que garantice el carácter «autosuficiente» del arbitraje CIADI, sin interferencia de las Cortes nacionales y procurando tomar en debida consideración tanto los intereses privados como los públicos involucrados en este tipo de controversias.