

ARTÍCULOS

Sistema de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) en crisis: Estados Unidos y la Unión Europea

*Investor-State Dispute Resolution System (ISDS) in Crisis:
United States and European Union*

Andrés Urzúa Farías 

Abogado, Chile

RESUMEN Este artículo analiza las principales posturas respecto al sistema de solución de controversias inversionista-Estado o *investor-state dispute settlement* (ISDS) en Estados Unidos y la Unión Europea. En un inicio se hace referencia a la discusión del TPP-11 en Chile, repasando las principales características del ISDS y las críticas que se han esbozado durante los últimos años. Posteriormente se procede a estudiar los ámbitos espaciales mencionados, identificando en cada uno de ellos su postura tradicional con respecto al sistema, las nuevas propuestas y, finalmente, los tratados de nueva generación que han suscrito.

PALABRAS CLAVE Arbitraje de diferencias inversionista-Estado, CPTPP, Estados Unidos, Unión Europea, Sistema de Corte de Inversiones.

ABSTRACT This article analyses the main positions on the investor-state dispute settlement system (ISDS) in the United States and the European Union. First, reference is made to the discussion of the TPP-11 in Chile, reviewing the main characteristics of ISDS and the criticisms that have been outlined in recent years. It then proceeds to study the aforementioned spatial spheres, identifying in each of them their traditional position with respect to the system, the new proposals and finally the new generation treaties they have signed.

KEYWORDS Investor-State dispute settlement, TPP-11, United States, European Union, invest court system.

Introducción

Este artículo tiene por objetivo estudiar las principales posturas de Estados Unidos y la Unión Europea frente a la reforma del sistema de solución de controversias inversionista-Estado o *investor-state dispute settlement* (ISDS).

La elección del tema responde a la necesidad de generar una mayor discusión al respecto, puesto que, si bien las posibles reformas al ISDS son uno de los tópicos en boga dentro del derecho económico internacional, la mayoría de las publicaciones académicas en las que se debate este asunto son hechas en lengua inglesa y muy pocas en lengua española, lo que es aún más acusado en nuestro país.

El estudio está limitado geográficamente a Estados Unidos y la Unión Europea por lo representativo de estas propuestas dentro de la discusión. El país norteamericano históricamente ha sido uno de los más decididos impulsores y defensores del ISDS, sin embargo, durante los últimos años se ha desarrollado un interesante debate en cuanto a la legitimidad del mecanismo, el que se intensificó durante la negociación del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP, por sus siglas en inglés). Por otro lado, la Unión Europea, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, ha realizado importantes cambios, estrenando un nuevo mecanismo de solución de controversias denominado *investment court system* (ICS), el cual reemplazará al ISDS, y que incorpora grandes cambios.

En definitiva, en las siguientes páginas se busca principalmente dar respuesta a la interrogante sobre cuáles han sido las posturas de Estados Unidos y la Unión Europea frente a las críticas que se le han formulado al ISDS. Para comprender de mejor manera esto, se exponen las posturas tradicionales, como también los tratados de nueva generación que han celebrado esas potencias.

Sistema de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS)

Durante los últimos años se ha discutido en el Congreso de nuestro país la aprobación del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP o TPP-11, por sus siglas en inglés), el que engloba a Chile junto a otras diez naciones, entre ellas Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Perú. Solo en los primeros tres meses este año el gobierno de Sebastián Piñera ha otorgado en cuatro ocasiones el carácter de suma urgencia al proyecto que busca aprobar el acuerdo para que se discuta en el Senado.

La negociación del TPP-11, desde los primeros años de la década de 2010, significó un cambio en cuanto a la postura tradicional frente al ISDS en Chile, puesto que a lo largo de esas tratativas comenzaron a aparecer las primeras críticas al sistema (Polanco, 2017: 138). Su tramitación en ambas cámaras del Congreso ha llamado la atención de la opinión pública, desde la sociedad civil hasta partidos políticos y *think*

tanks. Para los sectores que apoyan esta iniciativa, su aprobación se traduciría en efectos positivos para nuestra economía, debido a que se rebajarían los aranceles para la exportación e importación de bienes con los países del acuerdo (Libertad y Desarrollo, 2021: 3). Para sus detractores, en cambio, significaría una amenaza a nuestra soberanía, ya que las políticas públicas que adopte nuestro país podrían generar una eventual responsabilidad ante tribunales internacionales.¹

Este último punto hace referencia precisamente al *sistema de solución de controversias inversionistas y Estados o investor-state dispute settlement* (ISDS). Mediante este dispositivo se ofrece una alternativa a la tradicional protección diplomática, confiriendo la oportunidad para que los inversores extranjeros puedan demandar directamente al Estado receptor de la inversión mediante arbitraje ante un foro internacional. El sustento de dicha demanda es la violación de ciertas cláusulas que incorporan tratados internacionales con capítulos de inversión, como el TPP-11, que otorgan ciertas garantías a los inversionistas.²

Así, en el caso del TPP-11, los inversionistas extranjeros de Canadá o Nueva Zelanda podrían eventualmente demandar directamente al Estado chileno ante un arbitraje internacional por la violación de alguna de las cláusulas de dicho tratado. Este arbitraje puede tener lugar en el marco de diferentes instituciones y reglas aplicables. Lo típico, como se establece en el TPP-11, es que el arbitraje sea implementado según las reglas y mecanismos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).³

Según los defensores de este sistema, mediante el ISDS se logra un procedimiento «despolitizado» frente a las alternativas de protección diplomática, puesto que el inversionista extranjero no tiene que recurrir a su propio Estado de origen para buscar la solución del conflicto (Johnson y otros, 2018: 10). En este sentido, sería también un mecanismo clave para hacer responsable al Estado receptor de las conductas que no cumplan ciertas normas básicas, sin tener que accionar (exclusivamente) mediante las vías judiciales internas, que podrían no estar disponibles en el momento en que se necesite zanjar una diferencia de modo imperioso (Hinderlang, 2014: 40).

1. Véase José Gabriel Palma, «El TPP-11 y sus siete mentiras: de democracia protegida a corporaciones protegidas», *Ciper Chile*, 26 de marzo de 2019, disponible en <https://bit.ly/3iq4Koc>.

2. Estas cláusulas, denominadas *estándares de protección*, se encuentran generalmente en tratados bilaterales de inversión (TBI) y en tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversión.

3. En este sentido, no existe en el ISDS un convenio o marco multilateral que establezca o regule el arbitraje entre inversionistas y Estados receptores de manera universal. Por el contrario, el mecanismo evolucionó a lo largo de décadas, a través de muchas fuentes y actores. Sin embargo, el CIADI es el ente de arbitraje internacional en esta clase de asuntos más importante actualmente. Hasta junio del 2020, 163 Estados habían firmado el Convenio, y contaba con más de setecientos casos sometidos a su jurisdicción, de los cuales un 60% corresponden a TBI (CIADI, 2020: 8).

Además, el mecanismo del ISDS ofrecería árbitros que son expertos y altamente cualificados en la materia de las disputas, condiciones que los tribunales nacionales no dispondrían, proporcionando también confidencialidad, aspecto que puede ser muy deseable para evitar los riesgos de revelar información comercialmente sensible de los contendientes (Saha, 2016: 41).

Sin embargo, un grupo cada vez mayor de Estados, académicos y movimientos sociales de todo el mundo, tildan al régimen como proinversor, prooccidental e incoherente jurisprudencialmente (Langford y Behn, 2018: 553). Desde comienzos de este siglo existe cierto consenso en cuanto a que el ISDS atraviesa una crisis de legitimidad (Langford y Behn, 2018: 556).

Una de las principales críticas es por la falta de transparencia de los procedimientos. Esto se debe a que el arbitraje que se ocupa en este mecanismo es en gran medida derivado del arbitraje comercial, por lo cual es bastante común que el procedimiento sea secreto para el público, implicando opacidad en su desarrollo (Begic, 2016: 253). La ausencia de transparencia en estos asuntos resulta sensible debido a que, a diferencia del arbitraje comercial internacional, donde suelen estar en juego intereses privados, en aquellos de inversión intervienen entidades públicas. Estas, al manejar recursos estatales, quedan afectas a deberes de publicidad que, en el desarrollo de estos costosos y dilatados procesos internacionales, pueden verse infringidas.

Otra crítica recurrente al ISDS es la falta de consistencia de sus fallos. Esta problemática se ha evidenciado en casos con hechos similares y bajo un mismo tratado bilateral de inversión (TBI) que se han resuelto de modo diverso, debido a que los tribunales de arbitraje *ad hoc* han estado integrados por diferentes miembros, que revisan los hechos de cada caso por separado (Grenness, 2018: 149). La principal causa de esto se encuentra en que el mecanismo funciona con un gran número de árbitros independientes entre sí que no tienen un superior jerárquico, a diferencia de los tribunales nacionales de composición permanente de primera y segunda instancia, estructura que ayuda a mitigar tales discrepancias (Schreuer, 2014: 313).

También se ha juzgado la falta de imparcialidad de los árbitros. En el ISDS los abogados pueden ejercer además como árbitros y peritos (*expert witness*) en distintos casos, lo que deriva en un intercambio de roles (Sand, 2011: 24). Cuando los abogados ejercen estas funciones simultáneamente, la literatura académica ha denominado esta circunstancia como *double hatting*. Si bien no es una práctica común o muy difundida, que atraviese toda la red de casos, es desarrollada de manera frecuente por un núcleo muy visible y poderoso de algunos de los actores más influyentes del sistema (Langford, Behn y Hilleren, 2017: 316). Esto, evidentemente, puede generar conflictos de interés y eventualmente repercutir en la imparcialidad.

Ahora bien, dentro de las críticas, la que mayor discusión ha generado es la posibilidad de que las políticas públicas, decisiones administrativas y leyes de los Estados sean analizadas por tribunales arbitrales extranjeros bajo el ISDS (Begic, 2016: 252).

Las tensiones entre la legislación nacional y los tratados internacionales de inversión se generan cuando el origen de la responsabilidad del Estado tiene lugar por cambios en su sistema legal que impactan un TBI, un permiso, licencia o autorización emitida por el gobierno a una entidad privada extranjera (Johnson y Volkov, 2014: 3).

Existe un potencial significativo de que se produzcan consecuencias indirectas como resultado del efecto que tiene el ISDS en la forma en que los Estados anfitriones ejercen sus poderes de regulación (Tienhaara, 2018: 233). Esto conllevaría una merma en la atribución de los Estados a normar con fines públicos, incluyendo aspectos como la protección de la salud y el medioambiente (Jennings, 2016: 132).⁴

Uno de los laudos más emblemáticos al respecto fue *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, de 1998. En dicho caso una empresa estadounidense demandó al Gobierno canadiense debido a la prohibición de comercialización del compuesto químico que la primera producía (MMT), invocando la infracción de disposiciones del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, por sus siglas en inglés), exigiendo una indemnización de 251 millones de dólares a Canadá (Swan, 2000: 159). Si bien dicho Gobierno alegó que la prohibición del MMT obedecía a una medida medioambiental, terminó levantando la restricción y pagando la suma de 13 millones de dólares a la corporación.

Otro caso más reciente fue *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, en el que una empresa de cigarrillos impugnó la legalidad de una serie de decisiones que regulaban la industria tabacalera en Uruguay. En esta disputa, sin embargo, el tribunal desestimó todas las peticiones de la parte reclamante, obligando a la compañía a pagar la suma de siete millones de dólares al Estado latinoamericano por concepto del costo de su defensa.

En este sentido, cabe recalcar que nuestra región no ha sido ajena a las críticas al sistema. Este rechazo puede atribuirse, en parte, al número de casos en que los Estados latinoamericanos han sido denunciados ante tribunales arbitrales constituidos en el marco del Convenio del CIADI (Luque, 2014: 301). Muchas de las demandas han tenido su origen en cuestionamientos a la legislación doméstica de los países, relativa a sectores sensibles, como el petróleo, gas y minería, energía eléctrica, aguas y servicios de saneamiento, finanzas, instrumentos de deuda, entre otros (Bas, 2015: 242). Así, Ecuador fue acusado ante el CIADI principalmente por empresas ligadas al sector de los hidrocarburos (mayoritariamente petróleo) y la electricidad (Rodríguez, 2010: 239). Argentina también comenzó a ser demanda por empresas multinaciona-

4. Es necesario recalcar que los tratados internacionales más modernos que incorporan el ISDS tienen cláusulas que otorgan excepciones para las políticas públicas (*public policy exceptions*), lo que significa que no se puede demandar al Estado receptor de la inversión por regulaciones o medidas adoptadas en ciertos sectores como salud o medioambiente.

les debido a las medidas adoptadas como consecuencia de la crisis económica que atravesó a comienzos del milenio (Rodríguez, 2010: 198). En el caso de Venezuela, la reestructuración de la industria petrolera impulsada por el Gobierno del presidente Chávez, que incluyó nacionalizaciones, derivó, de igual forma, en una gran cantidad de litigios (Sornarajah, 2010: 75).

Por otro lado, la relación entre los TBI y los flujos de inversión extranjera directa (IED) ha sido un punto controvertido en la doctrina. Para Salacuse y Sullivan, tomando en cuenta las diversas variables que influyen en las decisiones de inversión, resulta imposible determinar con precisión el efecto de un TBI en la decisión de un sujeto de invertir en un país determinado (2009: 139). Vale la pena tener en cuenta que, para un sector, el sistema de TBI e ISDS es parte de un nuevo constitucionalismo impulsado por las empresas transnacionales para expandir el capitalismo, reordenando las leyes y políticas de los Estados, como también las políticas de instituciones globales, limitando las restricciones a la inversión y al financiamiento extranjero, incurstando el riesgo de estas actividades en el dominio público (Cutler, 2018: 64-65). Esto repercutiría en la elaboración futura de políticas públicas al restringir la soberanía de los Estados y con ello beneficiando a las corporaciones en desmedro de los países menos desarrollados (Faunce, 2015: 596-601).

Durante la pandemia de covid-19, numerosos Estados han adoptado medidas extraordinarias en busca de paliar los efectos de la crisis. Estas podrían afectar negativamente a muchos negocios y, por esa razón, eventualmente podrían ser impugnadas por los inversores extranjeros ante tribunales arbitrales internacionales (Chaisse, 2020: 164). Sin lugar a duda, si se opta por promover controversias de ese tipo se puede generar un intenso debate al respecto.

Las respuestas de los Estados para abordar estas problemáticas han sido variadas: las iniciativas han ido desde la denuncia del Convenio del CIADI, el fin de los tratados de inversión o la elaboración de nuevos tratados modelo, hasta la sustitución del arbitraje por un Sistema de Corte de Inversiones y la reforma sustantiva de los tratados existentes (Giorgetti y otros, 2020: 304).

A continuación, se expondrán las principales posturas de Estados Unidos y la Unión Europea.

Estados Unidos

Postura tradicional

La postura tradicional de Estados Unidos se ha caracterizado por promover y potenciar el uso del ISDS mediante el arbitraje, específicamente a través del CIADI. Tras el éxito europeo con los TBI, a fines de 1970 se creó el Programa de Tratados Bilaterales de Inversión (U.S. Bilateral Investment Treaty Program) para negociar con otros

países. Dicho programa estableció un modelo de acuerdo que serviría como texto base para futuras tratativas, que se iría actualizando con el paso de los años.

La principal innovación de ese nuevo modelo de TBI fue garantizar a los nacionales y las empresas de una parte el derecho al arbitraje vinculante en las controversias relacionadas con las inversiones efectuadas en la otra parte, es decir el ISDS, puesto que los anteriores tratados relacionados con la inversión celebrados por Estados Unidos solo habían previsto la solución de controversias Estado-Estado (Vandevelde, 2009a: 4). La decisión de negociar tratados bilaterales de inversión estuvo motivada principalmente por el deseo de crear una red de tratados internacionales que adoptaran una norma de indemnización pronta, adecuada y efectiva ante una eventual expropiación, ligada al pago del valor justo de mercado (Vandevelde, 2009a: 16).

El ISDS se fue perfeccionando en los modelos de TBI durante la década de 1980, hasta que en 1994 se sentó un precedente relevante con el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el cual amplió las disposiciones que se estipulaban usualmente en los TBI que firmaba Estados Unidos (Van Duzer, 1997: 267). En dicho capítulo se estableció el derecho de que los inversionistas de los tres países integrantes del tratado pudieran llevar al Estado receptor de la inversión a un mecanismo de solución de disputas empleando un conjunto de reglas que crearon una interfaz entre el TLCAN, el Convenio CIADI y las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (Vega y Winham, 2002: 679).

El propósito de este acuerdo, en esta materia, era resolver las eventuales disputas que surgieran cuando un inversionista considerase que el Gobierno del Estado receptor no otorgó a su inversión el trato que correspondía de acuerdo con las obligaciones estipuladas en la sección A del capítulo 11 del TLCAN, sufriendo como consecuencia de ello pérdidas o daños (Posadas y Vega, 2005: 155).

Atendido que el TLCAN resultó un acuerdo de gran envergadura, y aun cuando ciertas disposiciones sobre protección a las inversiones no coincidían con el referido modelo de TBI que Estados Unidos también había publicado en 1994, dicho pacto trilateral ganó prestigio y, a partir de ello, fue ocupado como modelo para los futuros tratados comerciales, entre ellos el celebrado con Chile en 2003 (Gantz, 2016: 310).

Con posterioridad, el nuevo modelo de TBI, que fue presentado en 2004, buscó mejorar el proceso de solución de controversias a través de una serie de medidas: mayor transparencia en el procedimiento de arbitraje, selección más eficiente de los árbitros, instauración de mecanismos para disuadir y eliminar las reclamaciones frívolas y, por último, la implementación de un mecanismo de apelación. En definitiva, la mayoría de estas disposiciones buscaban hacerse cargo de las preocupaciones específicas para lograr procedimientos de arbitraje más eficaces y transparentes en la esfera de las inversiones (Muchlinski, 2009: 16).

No obstante, el modelo de 2004 no cambió en su esencia las líneas centrales del anterior, sino que más bien buscó solucionar sus carencias. Las disposiciones que se refieren al mecanismo de apelación no suponen la creación de un tribunal de segunda instancia y un procedimiento específico. Muchos de estos cambios se basaron en innovaciones que aparecieron en el TLCAN y que se incluyeron en los TBI para lograr una conciliación con dichas disposiciones (Vandeveldel, 2009b: 341).

Nuevas posturas

El actual modelo de TBI de Estados Unidos fue presentado en 2012 durante la administración de Barack Obama. En comparación con su primer modelo, que contenía un único artículo sobre el arbitraje entre inversionistas y Estados, en esta nueva versión se contemplan trece artículos, que abarcan más de doce páginas del tratado. Estos preceptos incluyen disposiciones detalladas sobre los elementos de consentimiento al arbitraje, consolidación de reclamaciones que comparten cuestiones similares de hecho y de derecho, medidas para promover la eficiencia y la transparencia de los procedimientos, determinación de la ley aplicable a las disputas, etcétera (Kizer y Sharpe, 2015: 177). Si bien se realizaron mejoras con respecto al texto del año 2004, este nuevo modelo, se ha dicho, mantiene intacto el ISDS (Johnson, 2012: 2).

Durante la década de 2010 se tramitó la aprobación del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) y la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés). El TPP, al igual que los TBI anteriores de Estados Unidos, mantuvo el ISDS. Constaba de un procedimiento obligatorio previo de negociación y consulta (TPP, artículo 9.18) y del sometimiento de la reclamación a arbitraje bajo la normativa del Convenio del CIADI y de las reglas de su Mecanismo Complementario, así como de las reglas de arbitraje de la CNUDMI o cualquier otra institución arbitral que las partes acuerden (TPP, artículo 9.19, núm. 4.)

Siguiendo la misma línea que el modelo de TBI de 2012, los avances que había incorporado el TPP hacían referencia a mejores medidas de transparencia, como audiencias públicas para el procedimiento de arbitraje, el acceso al público general y a partes no contendientes a una amplia gama de documentos, sin perjuicio de existir varios de estas con carácter reservado (TPP, artículo 9.24). Sin embargo, no establecía un código de conducta para los árbitros ni preveía un mecanismo de apelación.

Ahora bien, Estados Unidos no ha sido ajeno a los debates sobre la conveniencia o no del sistema ISDS, discusión que se vio acrecentada con la tramitación del TPP. En efecto, en 2012 más de cien abogados de distintas nacionalidades, varios de ellos estadounidenses, firmaron una carta en la cual postulaban la conveniencia de rechazar

el ISDS.⁵ Para algunos autores la mayoría de las críticas contra el ISDS no toman en cuenta que su utilización ha servido más para proteger a los inversionistas norteamericanos en el extranjero que para atraer la inversión extranjera a los Estados Unidos, dado que la mayoría de los inversionistas estadounidenses que buscan expandirse en los mercados en desarrollo evaluarían cuidadosamente las protecciones jurídicas vigentes antes de invertir (Velarde y Farhadi, 2017: 5).

Uno de los mayores defensores del sistema ISDS ha sido el juez y árbitro Charles N. Brower. A su juicio, gran parte de las acusaciones corresponden a *fake news*, puesto que la gran mayoría de las estadísticas demostrarían que los Estados ganan la mayoría de los casos en el ISDS, existiendo una sobrerreacción a ciertos casos icónicos que impugnaron regulaciones adoptadas por los Estados (Brower y Ahmad, 2018: 1157-1165). El ISDS junto a los TBI potenciarían los flujos de inversión extranjera en los países; es necesaria la protección de estas inversiones debido a la gran cantidad de expropiaciones directas e indirectas que se han registrado en los últimos años (Brower y Blanchard, 2014: 700-708).

Otros autores, como Jason Webb, proponen un derecho internacional de las inversiones acotado (*minimalist system of international investment law*), en donde los Estados e inversionistas precisen las normas que rijan la relación de inversión específica entre ellos, y el Estado receptor de la inversión sea el encargado de definir el contenido de sus obligaciones con respecto a los inversionistas y juzgar si estas obligaciones han sido violadas en una primera instancia (Webb, 2009: 321). Esto no significa que el derecho internacional de las inversiones deba desaparecer, sino que ocuparía un papel menos importante en la solución de conflictos entre inversionistas y Estado, dando a este último mayor protagonismo. En el mismo sentido, este autor, a diferencia de Brower, ha criticado la efectividad de los TBI para reducir los riesgos de los inversionistas, proponiendo regular dichas relaciones mediante una estructura creativa de inversión (*creative investment structuring*) utilizando seguros de inversiones o contratos de inversión con el Estado (Webb, 2018: 137).

Para otros especialistas, las dificultades que los Estados tienen con el ISDS se relacionan más con las protecciones sustantivas de inversión —es decir, los estándares de protección, que se encuentran en los TBI—, que con aspectos relativos al procedimiento (OCDE, 2012: 5). De esta forma, se debería poner el foco en perfeccionar tales

5. Los principales argumentos eran que el sistema permitía a los profesionales del derecho rotar entre las funciones de árbitros y defensores de los inversionistas de una manera que no sería ética para los jueces, excluía el derecho a participar de los no inversores y otras partes afectadas, y no cumplía con los principios básicos de transparencia, coherencia y garantías procesales de los sistemas jurídicos. Para más detalles, véase Elizabeth Evatt y otros, «Open letter from lawyers to the negotiators of the Trans-Pacific Partnership urging the rejection of Investor-State Dispute Settlement», *TPP Legal*, 8 de mayo de 2012, disponible en <https://bit.ly/3kxBIOY>.

estándares, por ejemplo, mediante interpretaciones vinculantes para los tribunales, más que en cambios netamente procesales (OCDE, 2012: 5).

Las negociaciones del TPP fueron interrumpidas con la llegada de Donald Trump a la presidencia de Estados Unidos. El 24 de enero de 2017, en su primer día de mandato, firmó una orden ejecutiva en la que retiró oficialmente a ese país del acuerdo, de modo tal que los debates sobre el particular fueron disipándose (BBC News, 2017). A pesar de esta automarginación, los once países restantes continuaron con la iniciativa bajo el nombre de Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TPP-11), suscrito el 8 de marzo de 2018 en Chile, manteniendo el ISDS como mecanismo de solución de controversias.

Tratados de nueva generación

Durante la administración de Trump se desarrolló la renegociación del TLCAN. En cuanto a la inclusión o no del ISDS había bastante incertidumbre, toda vez que el representante comercial de Estados Unidos, Robert Lighthizer, en una presentación ante el Congreso de ese país manifestó su falta de apoyo al sistema.⁶ Sin embargo, el 29 de enero de 2020 fue suscrita la versión definitiva del United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), también conocido como nuevo NAFTA o T-MEC. En este acuerdo, al igual que en su predecesor, se contempla un capítulo dedicado a la protección de las inversiones (capítulo 14), el cual, pese a todo el debate de los años anteriores, mantuvo el sistema de solución de controversias en análisis.

Con todo, existen diferencias con respecto al capítulo 11 del TLCAN. La principal novedad fue la retirada total de Canadá del ISDS. Esto puede explicarse por múltiples factores. Canadá fue el país que más demandas enfrentó conforme a esa normativa, en treinta y ocho oportunidades, de las cuales doce fueron por leyes de protección del medioambiente (Ansari y Babu, 2018: 395). Otro elemento importante es que, a diferencia de Estados Unidos, la discusión respecto a los eventuales mecanismos de solución de controversias fue cubierta ampliamente por los medios (Baker y Keiser, 2019: 2). Sumado a esto, en los últimos años el país no se ha decantado por una única alternativa para la solución de controversias entre inversionistas y Estados receptores, puesto que en su tratado con la Unión Europea (CETA, por sus siglas en inglés), de 2017, se adoptó un Sistema de Corte de Inversiones. No obstante, no podemos dejar de mencionar que el ISDS quedó aplicable entre Canadá y México a través del TPP-11, que ya se encuentra en vigor entre esas dos economías y otras..

Por lo tanto, en el acuerdo trilateral el ISDS se mantiene en vigor solo entre Estados Unidos y México mediante una serie de anexos complementarios. Ahora bien, esta

6. Véase Simon Lester, «Brady-Lighthizer ISDS Exchange», *International Economic Law Policy Blog*, 21 de marzo de 2018, disponible en <https://bit.ly/3wIGPhC>.

protección se redujo mediante la especificación de los estándares de protección que pueden invocar los inversionistas y también a través de cambios en el procedimiento de arbitraje que limitan su uso.⁷ No obstante, ciertos sectores específicos (petróleo y gas, energía, infraestructura, telecomunicaciones y transportes), denominados en su conjunto «áreas cubiertas», tienen un régimen especial de mayor protección bajo el ISDS (Puig, 2019: 56).

El USMCA también incluyó disposiciones de transparencia en los procedimientos arbitrales, como audiencias públicas y el acceso a los documentos (USMCA, artículo 14.D.8). Lo recalable es que podemos encontrar avances en cuanto a la regulación de la conducta de los árbitros, habida consideración de que estos deben cumplir las directrices de la Asociación Internacional de Abogados sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, incluidas aquellas relativas a los conflictos de intereses directos o indirectos, o cualquier otra directriz o norma suplementaria adoptada por Estados Unidos y México (USMCA, artículo 14.D.6, núm. 5). Además, en un aparente esfuerzo por mejorar la transparencia del proceso de toma de decisiones y terminar con el *double hatting*, no se permite a los árbitros actuar como asesores, expertos o testigos asociados a las partes en ningún arbitraje pendiente mientras duren las actuaciones para las cuales han sido designados.⁸

En definitiva, el USMCA recogió variados cuestionamientos que, a lo largo de los años, se le habían formulado al ISDS, delimitando algunos conceptos trascendentales y fijando relevantes exigencias habilitantes en la línea de buscar un equilibrio en la relación entre inversionistas extranjeros y Estado receptor, como también en la relación que se da entre inversionistas locales y extranjeros (Gallegos, 2019: 177).

Por otra parte, en 2019 se renegoció el TLC con Corea del Sur (KORUS FTA, por sus siglas en inglés), firmado por la administración anterior y que Trump había tildado, en 2017, como un acuerdo desastroso e inaceptable.⁹ Sin embargo, el texto definitivo (KORUS 2.0) efectuó pequeños cambios con respecto a la versión anterior y mantuvo el ISDS como mecanismo de solución de controversias siguiendo, en gran medida, al TPP-11 (Lester, Manak, y Kim, 2019: 4).

Con respecto a los futuros tratados de inversión de Estados Unidos, no existe plena certeza de si seguirán usando el ISDS como mecanismo de solución de controversias, pero, como hemos podido apreciar, se ha mantenido en los últimos acuerdos suscritos por ese país.

7. Véase Robert Landicho y Andrea Cohen, «What's in a Name Change? For Investment Claims Under the New USMCA Instead of NAFTA, (Nearly) Everything», *Kluwer Arbitration Blog*, 5 de octubre de 2018, disponible en <https://bit.ly/36OXpSc>.

8. Véase Niyati Ahuja, «USMCA: An Analysis of the Proposed ISDS Mechanism», *Kluwer Arbitration Blog*, 26 de noviembre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3z9Jfor>.

9. Véase Stephen Adler, Jeff Mason y Steve Holland, «Exclusive: Trump vows to fix or scrap South Korea trade deal, wants missile system payment», *Reuters*, 27 de abril de 2017, disponible en <https://reut.rs/3xQXPn4>.

Unión Europea

Postura tradicional

En la Unión Europea (UE) la protección dada a los inversionistas extranjeros está asegurada por un régimen de tres sistemas normativos que coexisten y otorgan diferentes grados de cobertura: la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el derecho de la Unión Europea y los tratados internacionales de inversión que incluyen el ISDS. La CEDH protege a los inversionistas, principalmente mediante el aseguramiento del derecho de propiedad, la protección contra la discriminación, el derecho a un juicio justo y el principio de certeza legal y legítimas expectativas (Taton y Croisant, 2019: 74). El derecho de la Unión Europea está determinado por diferentes cuerpos normativos que se desarrollan bajo la lógica de la Política Comercial Común (PCC) en un mercado interno basado en las cuatro libertades fundamentales: el libre movimiento de bienes, personas, capitales y servicios (que incluye la libertad de establecimiento). Bajo ciertos presupuestos, las medidas de los Estados miembros que obstaculicen una inversión pueden constituir un impedimento contrario al derecho comunitario.¹⁰

Con respecto a los TBI y el ISDS, en un principio, en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) la regulación de las inversiones se consideraba una competencia nacional de los Estados miembros, por lo que estos celebraron TBI con terceros países ajenos al bloque, de forma independiente (Hinojosa, 2015: 883). En efecto, durante la década de 1990 muchos de ellos firmaron numerosos TBI, de manera autónoma, con terceros países fuera de la Unión, sin existir para ello un modelo uniforme.¹¹ En la mayoría de estos tratados se incorporó el ISDS.

Las cosas comenzaron a cambiar en 2009 cuando entró en vigor el Tratado de Lisboa, el que modificó los tratados bases de la Unión Europea. Una de las principales reformas de ese acuerdo fue que se otorgó a la Unión personalidad jurídica propia, confiriéndole atribuciones para firmar acuerdos internacionales dentro de los ámbitos de su competencia y de la PCC. Lo relevante para los efectos de nuestra exposición es que, en el ámbito de dichas competencias, se establecieron «las inversiones extranjeras directas» (Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 207.1).

En Europa también se desarrolló un fuerte debate sobre el ISDS. La falta de trans-

10. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) juega un papel fundamental, puesto que ostenta el poder judicial supremo y exclusivo para la resolución de todas las cuestiones relativas al derecho de la Unión, interpretando, desarrollando y controlando su aplicación tanto por sus instituciones como por los Estados miembros y los particulares (Borchardt, 2011: 75-76).

11. Así, por ejemplo, la República Federal Alemana firmó 132 TBI, el Reino Unido 105, Francia 103, Luxemburgo 96, los Países Bajos 94, Bélgica 94, Italia 84 y España 79 (UNCTAD, 2020).

parencia de los procedimientos bajo ese mecanismo era un tema bastante criticado por la sociedad civil y la doctrina, puesto que la mayoría de los TBI que habían firmado los veintiocho Estados miembros no contenían normas que exigieran transparencia al procedimiento (Reinisch y Stifter, 2015: 23). Así también, se criticaba la independencia de los miembros de la comunidad de arbitraje (árbitros, abogados) por incurrir en la práctica del *double hatting* (Wolkewitz, 2016: 296).

Sin embargo, la mayor crítica al ISDS en la UE era la falta de consistencia del sistema (Clodfelter, 2013: 173). Este problema afectaba su legitimidad y eficacia, puesto que no aportaba predictibilidad y estabilidad (Tams, 2014: 595).

Todo este debate se dio en medio de la negociación del TTIP con Estados Unidos y el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por su sigla en inglés) con Canadá. En un inicio, el CETA contemplaba el ISDS, sin embargo, esto cambió radicalmente luego de una consulta pública realizada en 2014 por la Comisión Europea. Los resultados indicaron que, para una gran mayoría de personas y organizaciones no gubernamentales, el ISDS era percibido como una amenaza para la democracia, las finanzas y las políticas públicas, y considerado innecesario en virtud de los sistemas judiciales de los países del viejo continente (Comisión Europea, 2015).

En virtud de tales resultados, el Parlamento Europeo pidió que se definiera un nuevo sistema de solución de controversias, con jueces designados, por lo que el comisario europeo de comercio propuso el modelo de un nuevo tribunal de inversiones para el TTIP, que también se hizo extensible al acuerdo con Canadá (Puccio y Harte, 2017: 11). Finalmente, en 2015, se optó por reemplazar el ISDS para resolver las eventuales disputas entre inversionistas y los Estados receptores por un nuevo mecanismo con un tribunal permanente que se denominó Investment Court System (ICS) o Sistema de Corte de Inversiones.¹²

La Comisión Europea planteó la implementación del ICS en los diferentes tratados bilaterales de inversión de la UE (Comisión Europea, 2015: 11). Esta medida tiene como objetivo evaluar dicho régimen, en una primera fase, para la futura creación de una Corte Multilateral de Inversiones o Multilateral Investment Court (MIC) para la resolución de disputas entre inversionistas y Estados, en reemplazo del ISDS (Bun-gerberg y Reinisch, 2019: 11-12).

Nuevas posturas

El Sistema de Corte de Inversiones fue estrenado en el CETA, que entró —provisionalmente— en vigor en 2017. En comparación con el ISDS, el ICS marcó un cambio

12. Véase «La Comisión propone un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI y para otras negociaciones comerciales y de inversión de la UE», comunicado de prensa de la Comisión Europea, 16 de septiembre de 2015, disponible en <https://bit.ly/3injZM>.

radical al introducir una serie de importantes novedades, que buscan que la solución de controversias sea, en general, más coherente, transparente y avanzada que aquella alcanzada por los tradicionales tribunales arbitrales especiales constituidos en el marco de los TBI (Pantaleo, 2019: 70).

En primera instancia debe conocer un Tribunal Permanente compuesto por quince miembros, cinco nacionales de cada parte, más cinco nacionales de un tercer Estado que no forme parte del acuerdo (CETA, artículo 8.27), quienes ejercen el cargo por un plazo fijo (CETA, 8.27, núm. 2). El hecho de que los miembros del tribunal sean elegidos en razón de su nacionalidad, sumado a la forma como se compone y deciden, implica una clara diferencia si se le coteja con el arbitraje bajo el ISDS tradicional, el cual se basa en la autonomía de las partes para elegir a los árbitros (Lenk, 2016: 667-669).

Otra de las novedades es la creación de un Tribunal de Apelación, compuesto por seis miembros, que se designan y resuelven siguiendo la misma lógica del Tribunal de Primera Instancia (CETA, artículo 8.28.5). El Tribunal de Apelación puede confirmar, modificar o revocar un laudo del tribunal *a quo*.¹³ Como se anticipó, las razones que motivaron la creación de un Tribunal de Apelación responden a la necesidad de mejorar la coherencia y la previsibilidad del sistema de solución de controversias (Pantaleo, 2019: 85).

El CETA también supuso una innovación al contener disposiciones con respecto a los requisitos que deben cumplir los miembros del tribunal para ejercer los cargos, como también ciertas normas sobre la ética que deben seguir. Asimismo, se establecen provisiones sobre la independencia y posibles conflictos de interés (CETA, artículo 8.36).

Finalmente, es destacable que en el mismo apartado se contemplan ciertas reglas con respecto a la transparencia del procedimiento, que se basan en el reglamento sobre la materia de la CNUDMI con algunas modificaciones (CETA, artículo 8.36).

Una de las principales críticas que se han formulado con respecto al mecanismo de la ICS es que «no rompe el cordón umbilical» con las principales instituciones del antiguo ISDS (Fach, 2017: 300). Así, se configura un mecanismo administrado por la Corte Permanente de Arbitraje o por el CIADI; se admite que la reclamación se plantee siguiendo reglas como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el Convenio del CIADI, y se remite a la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras a la hora de valorar el consentimiento de las partes respecto de la intervención del tribunal (Fach, 2017: 301).

13. Las causales que se pueden invocar son las siguientes: a) errores en la aplicación o interpretación del derecho aplicable; b) errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación del derecho nacional pertinente; c) los motivos contemplados en el artículo 52, apartado 1, letras a) a e), del Convenio del CIADI, en la medida en que no estén considerados en las causales precedentes.

Otra crítica se refiere a que, si uno de los principales objetivos del sistema ICS es aumentar la consistencia y previsibilidad de los fallos del ISDS, cabe la duda de por qué no adoptar una regla de obligatoriedad de los precedentes, tanto para el Tribunal de Primera Instancia como para el Tribunal de Apelación, de manera que se sigan los lineamientos consignados previamente (Schwieder, 2016: 194). Un modelo sin precedentes vinculante hace difícil prever cómo un tribunal decidirá finalmente el fondo de la controversia, lo que dificulta la obtención de acuerdos y compromete a las partes en costosos litigios antes de que puedan ver resuelta su disputa (Zuleta, 2015: 416).

También se han criticado los métodos de elección y composición de los tribunales. La integración aleatoria de los miembros configurada en el marco del CETA no garantizaría que este cuerpo sea más neutral con respecto al ISDS (Heppner, 2016: 58). En efecto, no se asegura que la mayoría de sus miembros no provengan de las mismas universidades de élite europeas que se especializan en derecho comercial, como ocurre con muchos jueces de los Tribunales Superiores de los Estados de la Unión Europea (Sornarajah, 2016). Debido a los requisitos de experiencia establecidos, el grupo de individuos potencialmente elegibles se reduciría a un pequeño grupo selecto no heterogéneo (Franck, 2019: 9). Por otro lado, varias autoras han criticado la falta de una perspectiva de género en el nombramiento de las y los árbitros, puesto que el CETA no contempla ninguna disposición relativa a esta materia (Polonskaya, 2018: 287). En este mismo sentido, un informe de la American Bar Association también expresó su preocupación por la falta de disposiciones expresas sobre inclusión en la ICS (Appleton y Stephenson, 2016: 27-28).

Por último, se ha criticado el alto costo que tendría el funcionamiento de la ICS, debido a su mecanismo de apelación, como también por la participación de terceros (*amicus curiae*). Este costo sería similar al de funcionamiento del CIADI, el que debe ser pagado íntegramente por las partes del litigio, o por aquella perdedora en ciertos casos, aspecto que limitaría el acceso a pequeñas y medianas empresas a este sistema (Baetens, 2016: 380). Además, se ha esgrimido que contar con una estructura de apelación naturalmente extendería el período de tiempo antes de llegar a una decisión definitiva (Charris, 2019: 109).

Tratados de nueva generación

Durante la última década, la Unión Europea ha estado negociando varios tratados internacionales con capítulos de inversión. Además del CETA, ha discutido con Estados Unidos el aludido acuerdo de Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP) y también ha mantenido tratativas con diferentes países del sudeste asiático, como Singapur, Vietnam, Malasia y Tailandia, o con economías de otras zonas geográficas, como Corea del Sur, Japón, México, Chile (con las cuales se procura modernizar los convenios ya existentes), Nueva Zelanda y Australia.

El primer TLC que se celebró con un país del sudeste asiático fue con Singapur, en 2015, pero por un conflicto de competencia vinculado a la ratificación del instrumento correspondiente, se dilató su aprobación definitiva hasta 2019.¹⁴

En 2017, el Tribunal de Justicia Europeo dictaminó que en el TLC con Singapur solo las inversiones directas eran de competencia exclusiva de la UE; los demás tipos de inversión y la implementación de mecanismos de solución de controversias quedaron para futuros TLC como atribución compartida con los Estados miembros (TJE, dictamen núm. 2/15). Este dictamen provocó que la UE cambiara la forma de afrontar los acuerdos internacionales de comercio e inversión, puesto que el Consejo y la Comisión de la Unión Europea recomendaron dividir en acuerdos separados las disposiciones relativas a la inversión, que requieren la aprobación de la UE y de todos sus Estados miembros, y otras disposiciones comerciales que son competencia exclusiva de la UE.¹⁵ Dependiendo del tipo de convenio y su contenido, el Consejo decidirá si se instaura una negociación separada para el ámbito comercial y para el de la protección de las inversiones —como en el caso de los TLC con Singapur y Vietnam— o si se mantiene una negociación mixta —como en la actualización de los acuerdos con México y Chile y aquella que se desarrolló con Mercosur (Consejo de la Unión Europea, 2018).

Con respecto a la inclusión del ICS en estos tratados, el texto del TLC con Singapur, negociado el año 2015, no incorporaba este nuevo mecanismo, manteniendo el antiguo ISDS. Sin embargo, al igual que el TLC con Vietnam, este se terminó incorporando. Así, en ambos instrumentos se incluyó un acuerdo aparte para la protección de las inversiones, cuyo mecanismo de solución de controversias es estructuralmente idéntico al ICS del CETA. En ambos tratados, de igual modo, se estableció un mandato para crear una Corte Multilateral de Inversiones. La misma fórmula también fue ocupada en la modernización del convenio con México, cuyas negociaciones terminaron en el 2020.¹⁶

En el caso de Japón también fueron separadas las negociaciones según comercio y protección de las inversiones. El acuerdo comercial entró en vigor el 1 de febrero del 2019, mientras que el tratado relativo a la protección de las inversiones aún está

14. El Consejo de la Unión Europea y veinticinco de los Estados miembros respondieron que el TLC con Singapur debía celebrarse como un acuerdo mixto, es decir, por la UE y por cada uno de sus miembros, con Singapur, puesto que algunas de sus disposiciones eran competencia compartida de la organización o competencia exclusiva de los Estados miembros, entre ellas, la inclusión de mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estado (Yotova, 2018: 29).

15. Véase «El Consejo adopta un nuevo planteamiento para la negociación y celebración de acuerdos comerciales de la UE», comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea, 22 de mayo de 2018, disponible en <https://bit.ly/2USW4ar>.

16. Véase «La UE y México concluyen las negociaciones de un nuevo acuerdo comercial», comunicado de prensa de la Comisión Europea, 28 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/3hLqtAz>.

discutiéndose.¹⁷ En relación con Nueva Zelanda y Australia, las negociaciones están en su fase inicial y se están llevando por la Comisión Europea de forma unitaria, sin existir tratativas aparte para materias de inversión, puesto que, hasta ahora, solo se limitan a temas netamente comerciales.¹⁸

Con respecto a Mercosur, la Unión Europea negoció un Acuerdo de Asociación consistente en un tratado marco que incluye un pilar político, para el que se alcanzó acuerdo en junio del 2018, y un pilar comercial, que se acordó en junio del 2019; queda pendiente la ratificación por parte del Parlamento Europeo y de los Estados miembros.¹⁹ Ahora bien, este acuerdo marco no contempla un tratado relativo a la protección de las inversiones, por lo que nada se dice con respecto a un sistema de solución de controversias entre inversionista y Estado. Las principales razones para esto, desde la perspectiva del bloque sudamericano, fueron la postura de Brasil frente al régimen de protección internacional de inversiones y las críticas a las disputas que involucraron temas de derechos humanos ante tribunales arbitrales (Bas, 2019: 6-14).

Desde el 2017 la Unión Europea está en negociaciones con Chile para la modernización del Acuerdo de Asociación suscrito por ambos países en 2002. La Comisión Europea ha declarado explícitamente que la modernización de ese pacto debe ser compatible y comparable con el CETA y el TTIP (Polanco y Torrent, 2016). Esto significa que la UE buscará implementar el ICS y MIC en el futuro acuerdo. Según el último reporte disponible sobre lo que se discute, aún no se llega a un consenso definitivo sobre el tema: «Las partes también siguieron intercambiando opiniones sobre sus respectivos enfoques de la propuesta de sistema de solución de controversias inversionista-Estado/Sistema de Corte de Inversiones».²⁰

La implementación de una Corte Multilateral de Inversiones será un tema complejo de negociar, puesto que, a largo plazo, significará convencer a las grandes potencias en el ámbito de la protección de la inversión extranjera (como China o Estados Unidos), además de la UE y sus actuales veintisiete Estados miembros con sus respectivas redes de acuerdos internacionales de inversión, de las ventajas de dicho sistema (Bungenberg y Reinisch, 2019: 13).

Como señala el profesor Esplugues, actualmente existe una tendencia por parte de los Estados de imponer más controles frente a los flujos de IED, lo cual se ha manifestado en la Unión Europea con la aprobación, por parte del Parlamento y el Con-

17. Véase «Entra en vigor el acuerdo comercial entre la UE y Japón», comunicado de prensa de la Comisión Europea, 31 de enero de 2019, disponible en <https://bit.ly/36Z9CUR>.

18. Véase «El Consejo adopta...»

19. Véase «Entra en vigor...».

20. Véase Report on the 7th round of negotiations between the EU and Chile for the modernisation of the trade part of the EU Chile association agreement, reporte sobre la negociación con Chile de la Unión Europea, 9 de junio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3BMRiwn>. La traducción es propia.

sejo Europeo, de un reglamento destinado a proteger los activos críticos europeos frente a inversiones que serían perjudiciales para los intereses legítimos de la Unión o de sus Estados miembros (2020: 618), aspecto que puede llevar a que inversionistas disconformes promuevan disputas y, con ello, traigan al centro del debate la manera en que perciben la protección de sus derechos dentro del mercado interior del viejo continente.

Conclusiones

En definitiva, tomando en cuenta los ámbitos geográficos estudiados, podemos sistematizar en dos las principales posturas: realizar cambios superficiales al mecanismo, como se verifica en el caso de Estados Unidos, u optar por el reemplazo del ISDS, como promueve la Unión Europea.

Durante la administración de Joe Biden, en Estados Unidos, es previsible que se publique el nuevo modelo de TBI, que será la base para los futuros tratados con capítulos de inversión que celebre el país. Al respecto, es esperable que el ISDS siga incorporándose con las mejoras introducidas en el USMCA, al igual de como sucedió con el TLCAN y los modelos de TBI posteriores. No hay que olvidar que el actual presidente de los Estados Unidos fue vicepresidente de Barack Obama, cuya administración fue la principal impulsora del TPP.

La alternativa propuesta por la Unión Europea es definitiva y constituye la opción de reemplazo del ISDS más concreta hasta el momento, con diferencias importantes: la principal de ellas la designación permanente de los miembros del tribunal por parte de los Estados por un plazo de tiempo determinado, que va más allá de la resolución del conflicto puntual. Es de prever que el bloque instaurará este nuevo mecanismo en todos sus futuros tratados internacionales con capítulos de inversión. En este sentido, en las negociaciones por la renovación del TLC con Chile, la agrupación del viejo continente ha planteado explícitamente su intención de implementar la ICS.

Resulta a todas luces evidente que deben realizarse cambios al ISDS. El sistema presenta problemas a nivel estructural, que han desencadenado una crisis de legitimidad. Esta crisis difícilmente se solucionará con cambios superficiales, como dotar de mayor transparencia al procedimiento o establecer excepciones para ciertas políticas públicas. Además, es difícil justificar el nivel de protección que se da a los inversionistas extranjeros con el sistema tradicional, sobre todo cuando existen otras alternativas para disminuir el riesgo de las inversiones, como garantías o seguros.

Entre las dos alternativas estudiadas, la postura de la Unión Europea parece ser la más acertada, haciéndose cargo en gran medida de los problemas de legitimidad del mecanismo, aportando un dispositivo equitativo como alternativa. Es destacable que su punto de partida fue una consulta ciudadana sobre la conveniencia de mantener el ISDS. Esta alternativa aún tiene un largo camino por delante, puesto que existen

cuestiones que deberán ser solucionadas en la implementación de estos nuevos mecanismos, como el costo de funcionamiento de los tribunales y la elección de miembros de manera inclusiva y heterogénea.

Con respecto a Chile, si bien en el último tiempo ha existido cierta discusión respecto al tema por la tramitación del TPP-11, el debate aún está lejos de alcanzar el de los ámbitos geográficos estudiados. A esto hay que sumar que en nuestro país tampoco existe demasiada doctrina sobre el particular. La mayor oportunidad, hasta el momento, de contar con una alternativa frente al ISDS se presenta en las negociaciones que se llevan a cabo con la Unión Europea, ya que esta ha dejado claro que si se incorpora un mecanismo de solución de controversias será la Corte de Inversiones.

En vista de un proceso constituyente en el presente año es importante contar con un mayor nivel de análisis. Aún queda bastante camino por recorrer si deseamos plantear una real alternativa al ISDS, y no proponer meras reformas superficiales.

Referencias

- ANSARI, Salamah y Rajesh Babu (2018). «North American Free Trade Agreement (NAFTA)». *Yearbook of International Environmental Law*, 29: 390-397. DOI: [10.1093/yiel/yvz032](https://doi.org/10.1093/yiel/yvz032).
- APPLETON, Barry y Sean Stephenson (2016). Investment Treaty Working Group: Task Force Report on the Investment Court System Proposal. Disponible en <https://bit.ly/3hNrkkh>.
- BAETENS, Freya (2016). «The European Union's proposed investment Court System: addressing criticisms of investor-state arbitration while raising new challenges». *Legal Issues of Economic Integration*, 43 (4): 367-384. Disponible en <https://bit.ly/3rw2DMi>.
- BAKER, John y Lindsey Keiser (2019). «NAFTA/USMCA Dispute Settlement Mechanisms and the Constitution». *University of Miami Inter-American Law Review*, 50 (1): 1-58. Disponible en <https://bit.ly/3rF3tGH>.
- BAS, Magdalena (2015). «Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur». *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 3 (5): 233-253. DOI: [10.16890/rstpr.a3.n5.233](https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233).
- .(2019). «Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado». Documentos de trabajo (Fundación Carolina), 21. Disponible en <https://bit.ly/3mTVz8x>.
- BEGIC, Taida (2016). «Investor-State Arbitration: Between Private and Public Interests». *Manchester Journal of International Economic Law*, 13 (3): 250-263. Disponible en <https://bit.ly/2TwyUGw>.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter (2011). *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

- BROWER, Charles y Jawad Ahmad (2018). «Why the Demolition Derby That Seeks to Destroy Investor-State Arbitration». *Southern California Law Review*, 91 (6): 1139-1196. Disponible en <https://bit.ly/3eSJXkM>.
- BROWER, Charles y Sadie Blanchard (2014). «What's in a Meme? the truth about Investor-State Arbitration: why it need not, and must not, be repossessed by States». *Columbia Journal of Transnational Law*, 52 (3): 689-777. Disponible en <https://bit.ly/2Tz7otD>.
- BUNGENBERG, Marc y August Reinisch (2019). *From bilateral arbitral tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court: options regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*. Berlín: Springer. DOI: 10.1007/978-3-662-59732-3.
- CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (2020). Carga de casos del CIADI-estadísticas. Washington D.C.: CIADI. Disponible en <https://bit.ly/3BMO2B9>.
- CHAISSÉ, Julien (2020). «Both possible and improbable - could COVID-19 measures give rise to Investor-State Disputes?». *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 13 (1): 99-184. Disponible en <https://bit.ly/3zoCwd4>.
- CHARRIS, Juan (2019). «The proposed Investment Court System: does it really solve the problems». *Revista Derecho del Estado*, 42: 83-115. DOI: 10.18601/01229893.n42.04.
- CLODFELTER, Mark (2013). «The future direction of investment agreements in the European Union». *Santa Clara Journal of International Law*, 12 (1): 159-182. Disponible en <https://bit.ly/3y2IDUc>.
- COMISIÓN EUROPEA (2015). *Investment in TTIP and beyond – the path for reform enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court, concept paper*. Bruselas: Comisión Europea. Disponible en <https://bit.ly/3iHaNgZ>.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2018). Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre la negociación y la celebración de acuerdos comerciales de la UE–Adopción, 8622/18. Disponible en <https://bit.ly/3wP5Bwo>.
- CUTLER, Claire (2018). «The judicialization of private transnational power and authority». *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 25 (1): 61-96. Disponible en <https://bit.ly/3eTojwW>.
- ESPLUGUES, Carlos (2020). «Adiós a la libre circulación de inversiones... ¿sólo en tiempos de coronavirus?». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 (2): 614-623. Disponible en <https://bit.ly/2TxxdbU>.
- PUCCIO, Laura y Roderick Harte (2017). *From arbitration to the Investment Court System (ICS): The evolution of CETA rules*. Disponible en <https://bit.ly/3B9ALSC>.
- FACH, Katia (2017). «Unión Europea e inversiones Internacionales: El futuro de los mecanismos de resolución de controversias Inversor-Estado». *Revista Española de*

- Derecho Internacional*, 69 (1): 295-302. Disponible en <https://bit.ly/3BBxopi>.
- FAUNCE, Thomas (2015). «Australia's embrace of investor-state dispute settlement: a challenge to the social contract ideal?». *Australian Journal of International Affairs*, 69 (5): 595-609. DOI: 10.1080/10357718.2015.1048781.
- FRANCK, Susan (2019). «Between myth and reality: the 9th John E.C. Brierly Memorial Lecture». *McGill Journal of Dispute Resolution*, 5 (1): 1-29. Disponible en <https://bit.ly/3kU7lTo>.
- GALLEGOS, Jaime (2019). «Algunos cambios que incorpora el T-MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el capítulo XI del TLCAN». *Arbitraje*, 12 (1): 167-179. Disponible en <https://bit.ly/3zyZGOo>.
- GANTZ, David (2016). «Introduction to U.S. Free Trade Agreements». *British Journal of American Legal Studies*, 5 (2): 299-314. DOI: 10.1515/bjals-2016-0010.
- GIORGETTI, Chiara, Laura Létourneau-Tremblay, Daniel Behn y Malcom Langford (2020). «Reforming international investment arbitration: an Introduction». *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 18 (3): 303-313. DOI: 10.1163/15718034-12341406.
- GRENNES, Esther-Jane (2018). «Let's Have a Souffle Instead: Selective Reform of the Investor-State Dispute Settlement Regime». *University of Baltimore Journal of International Law*, 6 (1): 138-169. Disponible en <https://bit.ly/3zvEqIT>.
- HEPPNER, Sonja (2016). «A critical appraisal of the investment court system proposed by the European Commission». *Irish Journal of European Law*, 19 (5): 38-63. Disponible en <https://bit.ly/3kQLQCi>.
- HINDERLANG, Steffen (2014). Study on Investor-State Dispute Settlement (ISDS) and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law, vol. 2. Bruselas: Parlamento Europeo. Disponible en <https://bit.ly/36MLjZU>.
- HINOJOSA, Luis (2015). «El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52: 871-907. DOI: 10.18042/cepc/rdce.52.02.
- JENNINGS, Mark (2016). «The International Investment Regime and Investor-State Dispute Settlement: States Bear the Primary Responsibility for Legitimacy». *Business Law International*, 17 (2): 127-152. Disponible en <https://bit.ly/3x13O7O>.
- JOHNSON, Lise (2012). «The 2012 US model BIT and what the changes (or lack thereof) suggest about future investment treaties». *Political Insurance Risk Newsletter*, 8 (2): 1-5. Disponible en <https://bit.ly/3y3uIxd>.
- JOHNSON, Lise y Oleksandr Volkov (2014). «State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law». *Investment Treaty News*, 5 (1): 3-6. Disponible en <https://bit.ly/36YpO8F>.
- JOHNSON, Lise, Lisa Sachs, Brooke Güven, y Jesse Coleman (2018). «Costs and benefits of investment treaties practical considerations for states Columbia Center on Sustainable Investment». DOI: 10.2139/ssrn.3277965.

- KIZER, Karen y Jeremy Sharpe (2015) «Reform of Investor-State Dispute Settlement: The U.S. experience». En Jean E. Kalicki y Anna Joubin-Bret (editoras), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (pp. 172-182). Leiden: Brill Nijhoff. DOI: 10.1163/9789004291102_008.
- LANGFORD, Malcolm y Daniel Behn (2018). «Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?». *European Journal of International Law*, 29 (2): 551-580. DOI: 10.1093/ejil/chy030.
- LANGFORD, Malcolm, Daniel Behn y Runar Hilleren (2017). «The Revolving Door in International Investment Arbitration». *Journal of International Economic Law*, 20 (2): 301-322. DOI: 10.1093/jiel/jgx018.
- LENK, Hannes (2016). «An investment court system for the new generation of EU trade and investment agreements: A discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada». *European Papers*, 1 (2): 665-677. DOI: 10.15166/2499-8249/64.
- LESTER, Simon, Inu Manak y Kyoung-hwa Kim (2019). «Trump's first trade deal: the slightly revised Korea-U.S. Free Trade Agreement». *Cato Institute Free Trade Bulletin*, 73: 1-6. Disponible en <https://bit.ly/3zAA9Un>.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2021). TPP-11: el acuerdo de libre comercio pendiente. Santiago: Libertad y Desarrollo. Disponible en <https://bit.ly/3iJD7PJ>.
- LUQUE, María (2014). «Current Approaches to the International Investment Regime in South America». En Christoph Herrmann, Markus Krajewski y Jörg P. Terhechte (editores), *European Yearbook of International Economic Law 2014* (pp. 285-308). Berlín: Springer. DOI: 10.1007/978-3-642-40913-4_12.
- MUCHLINSKI, Peter (2009). «The Framework of Investment Protection: the content of BITs». En Karl P. Sauvant y Lisa E. Sachs (editores), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (pp. 37-72). Nueva York: Oxford University Press. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780195388534.003.0002.
- OCDE (2012). Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May–23 July 2012. París: OCDE. Disponible en <https://bit.ly/2UHQaJq>.
- PANTALEO, Luca (2019). *The Participation of the EU in International Dispute Settlement: Lessons from EU Investment Agreements*. La Haya: T.M.C. Asser Press. DOI: 10.1007/978-94-6265-270-5.
- POLANCO, Rodrigo (2017). «The Chilean experience in South-South investment and trade agreements». En Fabio Morosini y Michelle Sánchez (editores), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South* (pp. 95-144). Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/9781316996812.004.
- POLANCO, Rodrigo y Ramón Torrent (2016). *Analysis of the prospects for updating the trade pillar of the European Union-Chile Association Agreement*. Bruselas: Parlamento Europeo. DOI: 10.2861/46519.

- POLONSKAYA, Ksenia (2018). «Diversity in the investor-state arbitration: Intersectionality must be a part of the conversation». *Melbourne Journal of International Law*, 19 (1): 259-298. Disponible en <https://bit.ly/3x9i5zq>.
- POSADAS, Alejandro y Gustavo Vega (2005). «El capítulo 11 del TLCAN: protección a la inversión extranjera». En Jorge Witker (coordinador), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después* (pp. 125-158). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <https://bit.ly/3iO5lsR>.
- PUIG, Sergio (2019). «The United States-Mexico-Canada Agreement: a glimpse into the geoeconomic world order». *American Journal of International Law Unbound*, 113: 56-60. DOI: 10.1017/aju.2019.6.
- REINISCH, August y Lukas Stifter (2015). «European investment policy and ISDS». *ELTE Law Journal*, 1: 11-26. Disponible en <https://bit.ly/3kRNjs5>.
- RODRÍGUEZ, Sonia (2010). «El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización». En Sonia Rodríguez y Herfried Wöss (coordinadores), *Arbitraje en materia de inversiones* (pp. 191-276). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <https://bit.ly/372sEJT>.
- SAHA, Himaloya (2016). «A Critical Analysis of the Commonly Recommended Reforms of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)». *Legal Issues Journal*, 4 (1): 39-54. Disponible en <https://bit.ly/3kQEWNo>.
- SALACUSE, Jeswald y Nicholas P. Sullivan (2009). «Do BITs really work?: an evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain». En Karl P. Sauvant y Lisa E. Sachs (editores), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (pp. 109-170). Nueva York: Oxford University Press. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780195388534.003.0005.
- SAND, Philippe (2011). «Conflict and conflicts in investment treaty arbitration: ethical standards for counsel». En Chester Brown y Kate Miles (editores), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (pp. 19-41) Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9781139043809.007.
- SCHREUER, Christoph (2014). «Investment Arbitration». En Cesare R. Romano, Karen J. Alter y Yuval Shany (editores), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (pp. 295-315). Oxford: Oxford University Press. DOI: 10.1093/law/9780199660681.003.0014.
- SCHWIEDER, Robert (2016). «TTIP and the Investment Court System: a new (and improved?) paradigm for Investor-State adjudication». *Columbia Journal of Transnational Law*, 55 (1): 178-227. Disponible en <https://bit.ly/2WiBHnV>.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.

- . (2016). «An International Investment Court: panacea or purgatory?». *Columbia FDI Perspectives*, 180. DOI: [10.7916/D8RN389W](https://doi.org/10.7916/D8RN389W).
- SWAN, Alan (2000). «Ethyl Corporation v. Canada, Award on Jurisdiction (under NAFTA/UNCITRAL)». *American Journal of International Law*, 94 (1): 159-166. DOI: [10.2307/2555239](https://doi.org/10.2307/2555239).
- TAMS, Christian (2014). «Procedural aspects of Investor-State Dispute Settlement: the emergency of a european approach». *Journal of World Investment & Trade*, 15 (3/4): 595-611. Disponible en <https://bit.ly/36XLGAX>.
- TATON, Xavier y Guillaume Croisant (2019). «Judicial protection of investors in the European Union: the remedies offered by investment arbitration, the European Convention on Human Rights and EU law». *Indian Journal of Arbitration Law*, 7 (2): 61-145. Disponible en <https://bit.ly/3BNdPsS>.
- TIENHAARA, Kyla (2018). «Regulatory chill in a warming world: the threat to climate policy posed by Investor-State Dispute Settlement». *Transnational Environmental Law*, 7 (2): 229-250. DOI: [10.1017/S2047102517000309](https://doi.org/10.1017/S2047102517000309).
- VANDEVELDE, Kenneth (2009a). «A brief history of international investment agreements». En Karl P. Sauvant y Lisa E. Sachs (editores), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (pp. 3-36). Nueva York: Oxford University Press. DOI: [10.1093/acprof:oso/9780195388534.003.0001](https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195388534.003.0001).
- . (2009b). «A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests». En Karl P. Sauvant (editor), *Yearbook on international investment law & policy 2008–2009* (pp. 282-316). Nueva York: Oxford University Press. Disponible en <https://bit.ly/3eSdQSa>.
- VAN DUZER, Anthony (1997). «Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11: the shape of things to come». *Canadian Yearbook of International Law*, 35: 263-290. Disponible en <https://bit.ly/3hZMyLR>.
- VEGA, Gustavo y Gilbert Winham (2002). «The Role of NAFTA dispute settlement in the management of Canadian, Mexican and U.S. Trade and investment relations». *Ohio Northern University Law Review*, 28 (3): 651-706. Disponible en <https://bit.ly/3iNZGD7>.
- VELARDE, Luis y Amir Farhadi (2017). «Lessons from the deathbed of the Trans-Pacific Partnership (TPP): are recent critiques of the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) system warranted». *Dispute Resolution International*, 11 (1): 3-22. Disponible en <https://bit.ly/3zrF7CW>.
- WEBB, Jason (2009). «Toward a minimalist system of International Investment Law». *Suffolk Transnational Law Review*, 32 (2): 303-350. Disponible en <https://bit.ly/36Ws7cr>

- . (2018). «Do we really need Bits? Toward a return to contract in International Investment Law». *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 3 (1): 121-146. Disponible en <https://bit.ly/3kSo2ez>.
- WOLKEWITZ, Mathias (2016). «Transparency and Independence of Arbitrators in Investment Arbitration: Rule of Law Implications». *European Investment Law and Arbitration Review*. DOI: [10.1163/24689017-00101015](https://doi.org/10.1163/24689017-00101015).
- YOTOVA, Rumiana (2018). «Opinion 2/15 of the CJEU: Delineating the scope of the new EU competence in foreign direct investment». *The Cambridge Law Journal*, 77 (1): 29-32. DOI: [10.1017/S000819731800020X](https://doi.org/10.1017/S000819731800020X).
- ZULETA, Eduardo (2015). «The challenges of creating a standing International Investment Court» En Jean E. Kalicki y Anna Joubin-Bret (editores), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (pp. 403-423). Leiden: Brill Nijhoff. DOI: [10.1163/9789004291102_017](https://doi.org/10.1163/9789004291102_017).

Sobre el autor

ANDRÉS URZÚA FARIAS es abogado por la Universidad de Chile. Su correo electrónico es andres.urzua.farias@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-4107-1249>.

