

# EL LLANO EN LLAMAS: FUTURO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

*Francisco González de Cossío*

**Resumen:** El rechazo a las instituciones internacionales, incluyendo el arbitraje de inversión, que el autor de este ensayo reportó hace un año en *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera* ha desde entonces arrojado desarrollos delicados. Del género que se procuraba evitar. Aún es tiempo de remediar, sin embargo. Pero ello exige entender los beneficios del arbitraje de inversión, y porqué es producto del derecho internacional que tenemos.

<b>I.</b>	<b>DESARROLLOS.....</b>	<b>2</b>
A.	RECTIFICACIÓN .....	2
B.	MEJORAS EN CIERNES.....	7
	1. UNCITRAL.....	7
	2. CLADI.....	8
	3. Comentario sobre las reformas en ciernes.....	8
C.	RETROCESOS .....	10
	1. Achmea.....	10
	2. El T-MEC.....	11
<b>II.</b>	<b>CONCLUSIÓN: EL LLANO ESTÁ EN LLAMAS .....</b>	<b>11</b>
<b>III.</b>	<b>PROPUESTA.....</b>	<b>13</b>

Hace un año escribí una reflexión en esta misma revista sobre problemas que aquejan al arbitraje de inversión, contextualizando a la luz de cosas diversas que están pasando en el mundo. Lo titulé *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera*.<sup>1</sup> El título busca transmitir el meollo del mensaje: vivimos tiempos difíciles; de cólera. Ello ha motivado cuestionamientos a instituciones diversas, una de ellas el arbitraje de inversión. Como con otras tantas instituciones, dichos tiempos han impactado el arbitraje. Sin embargo, lo hacemos en nuestro detrimento. El (complejo) mundo en el que vivimos necesita arbitraje, como necesita otras instituciones que estamos en vías de denostar y erosionar.

---

<sup>1</sup> Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 42, número 42, Tirant Lo Branch, México, 2018, p. 111.

He recibido una enorme cantidad de observaciones, inquietudes y críticas al mismo. A su vez, he recibido invitaciones a exponerlo en foros diversos.<sup>2</sup> Ello, aunado a acontecimientos recientes, me ha movido a escribir una segunda parte – este ensayo.

En este ensayo deseo comentar brevemente algunos desarrollos que desde entonces han ocurrido y cómo acentúan el mensaje de *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera*. Como se verá, el llano está en llamas: la diatriba e ignorancia han propiciado retrocesos derivados de la preocupación que hacía ver en *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera*. Ello pone en evidencia porqué debemos actuar para rectificar. Para evitar que las instancias aisladas de retroceso se conviertan en un movimiento que tenga por resultado que la siguiente generación tenga que sufrir los efectos de los mismos, y en un par de generaciones nos preguntemos porqué nadie hizo nada para evitarlo. En una frase: que tengamos que re-aprender lecciones que la historia ya nos había enseñado.

## I. DESARROLLOS

Aunque algunos líderes de opinión han rectificado (§A), y se están realizando esfuerzos plausibles (§B) las críticas al arbitraje de inversión han propiciado tropiezos delicados (§C). Ello es de lamentarse pues lo que necesitamos es más—no menos—arbitraje.

### A. RECTIFICACIÓN

El 8 de junio de 2019 *The Economist* publicó dos artículos que comentan positivamente el arbitraje de inversión. Los tituló “*Treaty or rough treatment?*” y “*Kafkaesque?*”. En los mismos reconoce la utilidad del arbitraje de inversión y sugiere su utilización. Sin embargo, sus motivos contienen impurezas.

En *Treaty or rough treatment*,<sup>3</sup> *The Economist* invita a que la Unión Europea reconsidere sus planes para deshacerse de los tratados que protegen la inversión al decir:

With populists corrupting courts, the European Union should rethink plans to ditch treaties that safeguard investors

[Con populistas corrompiendo cortes, la Unión Europea debería reconsiderar el deshacerse de tratados que protegen inversionistas]

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, en el seno del capítulo mexicano del Club Español del Arbitraje el 14 de noviembre de 2018, donde lo titulé: “*El maratón del arbitraje de inversión*”. El título aludía al juego de mesa “Maratón”. El motivo: porque está ganando la ignorancia. Otro foro al que fui invitado el 14 de mayo de 2019 fue la Comisión de Arbitraje de Inversión del capítulo mexicano de ICC México, donde lo titulé “*Il Segreto di Pulcinella del Arbitraje de Inversión*”. El título buscaba transmitir que las críticas existentes eran flacas y las modificaciones al sistema que están en vías de ocurrir no tocan las áreas en que en verdad deberíamos estar trabajando para mejorar el sistema de inversión. Lo cual, en mi opinión, es un secreto a voces: un auténtico *segreto di pulcinella*.

<sup>3</sup> *The Economist*, Junio 8 de 2019, p. 14.

Los motivos que respaldan la sugerencia son:

The desire to resolve disputes at home rather than in an obscure court across the Atlantic would be understandable if courts across the EU could be trusted. But they can't. In parts of central Europe the domestic judicial system is neither fair nor equitable, because it is increasingly under the influence of politicians. ... In light of the politicization of the judiciary in much of central Europe, the thought of BITS being dismantled at the end of the year fills many investors with dread. If the treaties disappear, so will much of the investment from western neighbours of which the region heavily relies.

[El deseo de resolver disputas en casa en vez de en una corte oscura del otro lado del Atlántico sería entendible si pudiera confiarse en las cortes de la Unión Europea. Pero no se puede. En partes de Europa central el sistema judicial no es ni justo ni equitativo, pues está crecientemente bajo la influencia de los políticos. ... en vista de la politización del poder judicial en una buena parte de Europa Central, la idea de que los tratados de inversión sean desmantelados al final del año llena de miedo a muchos inversionistas. Si los tratados desaparecen, también desaparecerá mucha de la inversión de los vecinos de occidente en la que se basa en forma importante la región]

Por dichos motivos, concluye y propone que:

One solution would be the establishment of a EU body, modelled on the ICSID, to specialize in investment disputes. But this would take years to set up. In the meantime, the EU should stick with BITS. If it does not, investors will wither steer clear of countries with unreliable judicial systems or structure their deals from countries outside the bloc that have bilateral treaties with those within it. Either way, Europe would lose.

[Una solución puede ser el establecimiento de un órgano de derecho europeo, modelado en base al CIADI, para especializarse en las disputas de inversión. Pero esto puede tomar años para armar. Mientras tanto, la Unión Europea debería apegarse a los tratados de inversión. De no hacerlo, los inversionistas ya sea evitarán a los países con sistemas judiciales no confiables o estructurarán sus tratos con países fuera del bloque que tengan tratados con aquellos dentro del mismo. De cualquier manera, Europa perdería.]

En *Kafkaesque*<sup>4</sup> *The Economist* dice:

Increasingly ... the region's governments willfully ignore international rules ... Investor's biggest concern is subjugation of local courts by populist rules.

[En forma creciente, los gobiernos de la región ignoran intencionalmente las reglas internacionales. La preocupación más grande de los inversionistas es la subjugación de las cortes locales por gobernantes populistas]

Después de relatar ejemplos diversos en los que inversionistas viven disgustos por abusos de autoridades europeas, explica la iniciativa europea de contar con tratados intra-EU y dice:

---

<sup>4</sup> Id. p. 63.

This assumes that national courts can be trusted to issue impartial verdicts—and governments, to respect them. Opponents of the proposal argue that, in central Europe at least, they do not.

[Esto asume que puede confiarse en las cortes nacionales para emitir veredictos imparciales—y que los gobiernos los respetarán. Los oponentes de la propuesta arguyen que, por lo menos en Europa Central, no se puede.]

La conclusión de *The Economist* es cierta, pero su trasfondo y premisas son cuestionables.

*The Economist* comienza tildando a los tribunales de inversión de “*obscure court across the Atlantic*”. La apreciación es errónea. Los tribunales de inversión no tienen que estar “del otro lado del Atlántico”. Las audiencias de arbitraje ocurren en lugares diversos, muchos de los cuales son en Europa misma (por ejemplo las instalaciones del CIADI en París. Y si se trata de casos *ad hoc* UNCITRAL, ocurren en oficinas y hoteles en ciudades diversas de Europa). El adjetivo “oscuro” es también erróneo. Ambas partes (Estado e inversionista) participan en la constitución del tribunal arbitral designando a sus miembros. Y la existencia y composición del tribunal es incluida por el ICSID en su página de internet. Desde hace tiempo además se ha habilitado la posibilidad de que terceros puedan asistir y presenciarse – algo que la experiencia muestra que, ya que ocurre, la gente pierde interés. Sin duda, el motivo es que las audiencias son aburridas para terceros. (Se trata de ejercicios de discusión jurídica que distan de ser del género que el público encuentra entretenido.) Lo que esto ha demostrado es que lo que se desea no es presenciar la audiencia, sino sencillamente que no deje de ser pública.

Otro error es recomendar *sotto voce* que se siga el modelo de un tratado organismo internacional. Como describí en *Arbitraje en los Tiempos del Cólera*, la rectitud del paso es cuestionable pues implica añadir una capa adicional de burocracia y costo adicional que todos (como contribuyentes) pagaremos, cuando es sólo una porción pequeña de la sociedad la que se beneficia de la institución. Ante ello, propongo en *Arbitraje en los Tiempos del Cólera* que siempre que se pueda, las opciones *user-pays* deben ser preferidas a *taxpayer-pays*. Así ocurre con el arbitraje de inversión: son las partes en disputa las que sufragán el costo del caso.

No todo puede criticarse, sin embargo. *The Economist* tiene el mérito de reconocer que existe una necesidad. Existe un fenómeno que se vislumbra desde antaño en las disputas que involucran capital extranjero: el poder público es usado para capturar a las instituciones locales. Dicho riesgo puede o no ocurrir, pero existe. Y es imposible de zanjarlo *a priori*.<sup>5</sup> En sus palabras:

---

<sup>5</sup> Después de todo, el que un Estado esté hoy libre de captura no asegura que no lo estará en el futuro. El inversor tiene que tomar en cuenta dicha posibilidad.

... courts [can't] be trusted. [When] ... domestic judicial system is neither fair nor equitable, because it is increasingly under the influence of politicians. ... politicization of the judiciary ...

Increasingly ... the region's governments willfully ignore international rules ... subjugation of local courts by populist rulers.

... national courts can't be trusted to issue impartial verdicts

[... no puede confiarse en las cortes. ... Cuando un sistema judicial local no es ni justo ni equitativo, puesto que crecientemente caen bajo la influencia de políticos ... la politicación del poder judicial

En forma creciente ... los gobiernos de la región ignoran las reglas internacionales ... gobiernos populistas subyugan las cortes locales.

... no puede confiarse en que las cortes nacionales emitirán veredictos imparciales]

Como puede verse, *The Economist* reconoce que la experiencia enseña que las cortes pueden ser politizadas. Que puede existir presión política que impida la emisión de resoluciones imparciales. Ello es parcialmente cierto. Es cierto que la imparcialidad de las cortes peligra en casos importantes o cuando ante poderosos. Pero no sólo son las cortes. La experiencia internacional e histórica enseña que son autorizadas *de todos los poderes, niveles y materias* las susceptibles a violar el derecho internacional (contenido en un tratado de inversión).

Ese es el valor que da el arbitraje de inversión: hace responsable al poder público. Ello procura un contrapeso. Y siendo que el prisma es el derecho internacional (que no está a la merced de nadie), el resultado es que se hace en base a principios, no intereses.<sup>6</sup>

Por lo anterior, *The Economist* sólo tiene razón *parcial* cuando aplaude la consecución de los tratados de inversión. Tiene razón en que hay que aplaudirlos y usarlos, pero erra cuando considera que el motivo es que las cortes pueden ser parciales y que ello debe ocurrir mientras se crea un organismo europeo semejante a CIADI o un organismo multilateral semejante a la Organización Mundial de Comercio ("OMC"). Así se lo hice ver en una carta de 11 de junio de 2019 dirigida a *The Economist* donde indiqué:

### **Foreign investment disputes**

Dear Sir:

In "*Treaty or rough treatment?*" (8 June 2019) you make a positive endorsement of investment treaties. In *Kafkaesque* (id.) you make the point that, when it comes to investment disputes,

---

<sup>6</sup> Esto, dicho sea de paso, es algo que abordo tangencialmente en *Arbitraje en los Tiempos del Cólera*, pero merece no ser pasado por alto. El proceso político necesita del arbitraje. Necesita del Estado de Derecho. No por que siempre lo siga (no lo hace) sino por que es un contrafactual contra el cual cotejar y evaluar conducta. Y brinda una opción: los grandes intereses pueden contar con que, de acordarlo, pueden canalizar a los principios, no los intereses, no la fuerza, la resolución de una disputa. Y de hacerlo, pueden cerciorar que así ocurrirá escogiendo como árbitros a personas que son especialistas imparciales. Ell es valioso, y promete serlo cada vez más en el mundo en que vivimos.

national courts cannot be trusted to issue impartial verdicts. Hence, whilst an EU-wide body is crafted, the investment-treaty route should be followed.

Your applause of investment treaties is salutary, but the reasons behind it are questionable.

Investment treaties and investment arbitration are a check on power un beholden to the political process. Because arbitrators do not hail from government nor judiciary, some, like *The Economist*, have questioned them. In your piece you call them “obscure”. In 2014 you called them “secretive”. Doing so neglects that neutral experts are selected *by the parties themselves* precisely because they are not authorities – and hence not enmeshed in politics. If the concern is that these professionals are not judges, this would lead us back to the state of affairs your article criticizes, as well as the reason investment treaties and arbitration was devised for in the first place.

Investment treaties and arbitration are therefore not a lesser evil when compared to domestic courts run amok. They are inherently praiseworthy for the simple reason that it confers an option to channel disputes that is principle-based and non-politicized. In the world we are living, these options should be favored, not done without.

[En *Treaty or rough Treatment* (8 de junio de 2019) usted hace un apoyo positivo de los tratados de inversión. El *Kafkaesque* (id.) argumenta que, cuando se trata de disputas de inversión, no puede confiarse que las cortes nacionales emitirán fallos imparciales. Por ende, mientras se crea un órgano europeo, debe optarse por la ruta de tratados de inversión.

Su aplauso de los tratados de inversión es positivo, pero sus motivos son cuestionables.

Los tratados de inversión y el arbitraje de inversión son un contrapeso al poder que está fuera del control del proceso político. Dado que los árbitros no provienen del gobierno ni el poder judicial, algunos, como *The Economist*, los han cuestionado. En su artículo los llama “oscuros”. En 2014 los llamó “secretivos”. Hacerlo descuida que los expertos neutrales son elegidos *por las partes mismas* precisamente porque no son autoridades – y por ende no están inmiscuidos en el proceso político. Si la preocupación es que estos profesionales no son jueces, esto regresaría al estado de circunstancias que su artículo critica. A su vez, es la razón por la que los tratados y el arbitraje de inversión fueron creados.

Los tratados y el arbitraje de inversión no son un mal menor en comparación con cortes locales descarriladas. Son inherentemente plausibles por la sencilla razón que confieren una opción para canalizar disputas que se basa en principios y no está politizada. En el mundo en que vivimos, estas opciones deben ser favorecidas, no descartadas.]

Sinceramente espero que sea esta visión la que prevalezca. El arbitraje de inversión no es un “mal menor”, es un instrumento inherentemente útil y recomendable pues permite canalizar, ventilar y resolver las controversias en base a principios, no la fuerza. El proceso político necesita tal opción, inclusive cuando decide no ejercerla: la existencia de la posibilidad tiene el efecto encomiable de encausar la discusión y

negociación por el cauce apropiado: el de los principios – inclusive cuando no se usa. Y si se decide usarlo, el ideal será logrado: el guiar nuestro actuar por ideales, no por quién puede más.

Por lo anterior, el ideal merece ser preferido. De lo contrario, mucho me temo que ocurrirán retrocesos – a los que paso, no sin antes resumir esfuerzos loables.

## B. MEJORAS EN CIERNES

Existen esfuerzos para modificar y refinar el arbitraje de inversión. Los comentaré por separado.

### 1. UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“*CNUDMI*”) creó un grupo de trabajo (Grupo de trabajo III) para analizar la cuestión del arbitraje de inversión. Ha estado trabajando en ello desde 2017. Su objetivo es:<sup>7</sup>

... improving the global investment environment in a way that encouraged fairness and promoted investment policies in line with the three pillars of sustainable development

dispute settlement regime should appropriately address the rights and obligations of foreign investors and that the right to regulate and the flexibility of States to protect legitimate public welfare objectives should be respected.

[mejorar el medio ambiente global de una manera que fomente la justicia y promueva políticas de inversión en línea con los tres pilares de desarrollo sustentable

El régimen de solución de controversias debe adecuadamente abordar los derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros y que el derecho y la flexibilidad de regular de los Estados para proteger los objetivos legítimos de bienestar deben ser respetados]

Los temas que el grupo de trabajo está analizando pueden ser agrupados en cuestiones procesales, preocupación sobre los árbitros y tomadores de decisiones, y preocupaciones sobre costo y duración. Son:

#### 1. Procesales:

- (1) Ausencia de coherencia y consistencia: existen interpretaciones divergentes sobre estándares sustantivos, jurisdicción y admisibilidad, y cuestiones procesales.

---

<sup>7</sup> Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October–2 November 2018), United Nations Commission on International Trade Law, Fifty-second session, Vienna, 8–26 July 2019, A/CN.9/964, p. 4.

- (2) Ausencia de marco para enfrentar múltiples procesos
- (3) Limitantes en los mecanismos existentes para enfrentar la inconsistencia y errores en las decisiones arbitrales.

## **2. Preocupaciones sobre los árbitros y tomadores de decisiones:**

- (1) Ausencia o apariencia de ausencia de independencia e imparcialidad
- (2) Límites en los mecanismos de recusación
- (3) Diversidad de los tomadores de decisiones
- (4) Calificaciones de los tomadores de decisiones

## **3. Preocupaciones sobre el costo y duración de los casos de inversión:**

- (1) Procesos largos y costosos, ausencia de mecanismo para enfrentar casos frívolos y no meritorios
- (2) Distribución de costos en casos de inversión
- (3) Preocupaciones sobre la disponibilidad de garantías de costos en casos de inversión
- (4) Preocupaciones sobre fondeadores de casos (*third-party funding*)

La lista contiene de todo; cosas atinadas, cosas cuestionables y omite cosas que deberían estar. El sentido visible de los reportes existentes es que ha existido una atinada depuración de los temas, con un giro constructivo. Es de esperarse que así continúe.

## **2. CIADI**

El Centro Internacional de Arreglo de Disputas de la Inversión (“*CIADI*”) lleva un tiempo analizando cambios a su reglamento de arbitraje. Los temas son: eficiencia, plazos, mociones interlocutorias, arbitrajes expeditos, legitimidad, financiación de terceros, transparencia, medidas precautorias, aporte de garantías, recusación de árbitros.

## **3. Comentario sobre las reformas en ciernes**

La discusión en la UNCITRAL y las reformas del CIADI son loables en que procuran un debate serio, ordenado y constructivo. Uno puede no estar de acuerdo con ciertos temas, pero difícilmente puede no estarse de acuerdo en que se discutan en forma seria, respetuosa e informada. Y sobre todo, con un ánimo de depurar lo digno de atención para luego actuar en consecuencia.



Algo que la discusión en cuestión debe considerar es que, si bien los tratados de inversión son un instrumento peculiar del derecho internacional, son resultado del mundo en que vivimos. No existe un tribunal internacional con jurisdicción obligatoria donde puedan ventilarse los problemas derivados del flujo internacional del capital. En cambio, existe un apetito por atraer dichos flujos. Ello genera una tensión: deseamos lo bueno del fenómeno del tráfico internacional de capital, cerrándonos los ojos a lo malo – los problemas. Siendo que los problemas siempre existen, la respuesta inteligente no es taparse los ojos a los mismos; es adoptar una política pública bien pensada al respecto. Del espectro de opciones disponibles, una que ofrece el derecho internacional lo son los tratados de inversión. Y al hacerlo, asumir con seriedad el contenido de sus disciplinas, buscando que las autoridades locales conozcan el contenido y alcance del compromiso adquirido. Esto no es lo que se observa de mucha de la crítica a los tratados de inversión. En vez de voltear a ver su *statu quo* local y porqué ello ha detonado responsabilidad internacional del Estado, hay quien propone que el contenido de los estándares y normas protectoras de inversión se interpreten estrechamente, o se eliminen de los tratados de inversión que, conforme se gana experiencia, se celebran con nuevos socios comerciales. Esta postura es *en sí* un retroceso. Para evitar subir de peso no sirve quitarle argollas a la báscula; sino comer menos. Para evitar responsabilidad internacional del Estado deben tomarse medidas para que los órganos locales del Estado no la detonen. Procurar lo contrario—que el derecho internacional exija menos—va en sentido contrario a lo que debemos estar propugnando. Al progreso.

La idea de crear una institución internacional permanente modelada en la Organización Mundial de Comercio no es *per se* reprochable; pero sí genera dudas que no se observa que estén siendo analizadas. ¿En verdad queremos crear aún otra burocracia internacional? ¿Es el mejor uso de nuestros escasos recursos (mundiales)? La experiencia enseña que ya que se crea una burocracia, siempre demanda más. Hoy en día existe un problema serio presupuestario de los organismos internacionales. Existen algunos inclusive que difícilmente pueden estar peor financiados; y algunos versan sobre cuestiones contenciosas. Como resultado, su acervo de casos crece, mas no sus resoluciones.

El argumento detrás de la iniciativa parece no haber sido analizado con el suficiente cuidado. Es cierto que el arbitraje cuesta. También es cierto que en casos grandes puede costar mucho. Pero ello es algo que sufragan las partes en disputa. Mudar a un esquema institucional estilo Organización Mundial de Comercio significaría que toda la comunidad internacional paga por una infraestructura que usa menos que la totalidad de la comunidad internacional. Es ante ello que deben considerarse esquemas *user-pays* en vez de *tax-payer pays*. El arbitraje de inversión en su versión actual es *user-pays*. Como resultado, se evita la necesidad que sea la comunidad internacional en su totalidad la que tenga que asumir esta obligación – algo digno de consideración dado el estado actual de la cuestión.

Una implicación adicional de lo anterior es el hecho que, ante una burocracia mal financiada, o demorada, el resultado es *riesgo*. Siendo que el riesgo es un *costo*, y entre más costo hay menos actividad económica ocurre, el resultado (abductivo) de ello es que el esquema institucional que se está proponiendo será menos conducente a propiciar inversión internacional: costaría más.

Permitir la solución *ad hoc* de los tratados de inversión es, dado lo anterior, una mejor solución que desear institucionalizar como se está planteando.

## C. RETROCESOS

Las críticas incorrectas documentadas en *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera* han propiciado retrocesos. Veamos un par.

### 1. Achmea

En *Slowakische Republik v Achmea BV* (“*Achmea*”) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea sostuvo que los tratados de inversión eran inconsistentes con el derecho de la Unión Europea:

Los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.

[Article 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investment between the Kingdom of Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic, under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member States, bring proceedings against the latter Member States before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept.]

(énfasis añadido)

Como puede verse, el (respetado) tribunal europeo concluye que los tratados de inversión son inconsistentes con derecho europeo. La premisa detrás de la conclusión es que el intérprete de derecho europeo es el Tribunal de Justicia.

La conclusion es extraña. En mi opinión, imposible de conciliar en ausencia de aceptar que los jueces de dicha Corte escucharon la diatriba estridente y sucumbieron a presión.

Un tribunal de inversión no dispone de derecho europeo cuando determina si una medida es violatoria de un tratado. De la *quaestio* que se dispone no es un derecho local (europeo). Lo más que puede ocurrir es que se tomen en cuenta las circunstancias del caso, incluyendo qué dice el derecho europeo. Si es que alguien quiere vindicar un derecho que surge de una norma de derecho europeo, debe hacerlo ante el órgano europeo correspondiente.

Lo expuesto no es siquiera una sutileza. Es algo que cualquiera con nociones elementales de derecho internacional sabe. (Y el derecho europeo es un sub-sistema creado en el marco del derecho internacional.) Los tribunales internacionales se enfrentan con frecuencia ante la circunstancia que parte del análisis de su fallo debe tomar en cuenta derecho local. El derecho local es, para efectos de un tribunal internacional, un hecho a considerar como parte de su análisis, mas no un *derecho* a disponer—para eso están los órganos locales.

Por lo anterior, la conclusión que por lo menos a este autor genera la decisión de *Achmea* es que llegó a una conclusión no obligada, cuestionable, y que priva a los miembros de la Unión Europea de una herramienta para gerenciar las controversias de inversión.

## 2. EL T-MEC

El 27 de julio de 2019 salió publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se aprueba el Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (conocido como el “*T-MEC*”). Ello fue para mi un momento muy triste. Se trata de un segundo disparo al pecho a un instrumento internacional que ha sido un ejemplo mundial sobre tratados de inversión, citado como el más importante del mundo, y que mucho ha ayudado para fomentar el desarrollo de México: el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (“*TLCAN*”).

Admito que tenía la esperanza que su ratificación se atorada en las telarañas de la política tan intrincada que estamos viviendo—tanto del lado mexicano como estadounidense. Aunque aún hay esperanza, tanto del lado mexicano<sup>8</sup> como extranjero,<sup>9</sup> el paso nos acerca a la desaparición de dicho trascendente tratado de inversión. Y su sustituto es una versión muy inferior del mismo, tanto sustantiva como procesalmente.

En una palabra, el paso es un *retroceso*.

## II. CONCLUSIÓN: EL LLANO ESTÁ EN LLAMAS

---

<sup>8</sup> Pues aún no concluyen los pasos que la Constitución y Ley de Celebración de Tratados establecen.

<sup>9</sup> A la fecha de estas palabras aún no había sido aprobado por el Congreso de Estados Unidos ni por Canadá.

El llano está en llamas. El paisaje se siente árido. Desolado, como el relatado en los cuentos de Juan Rulfo.<sup>10</sup> Lo que angustia de ello es que no tenía que serlo. A diferencia de la situación vivida en los cuentos de Rulfo, en que la miseria del campesino deviene de algo fuera del control de quien la vive—la situación del México post-revolucionario en que se desarrollan—en este caso la penumbra del paisaje es propiciada por nosotros mismos. Por la falta de ideas. Por entregarnos a nuestras pasiones. Por olvidar las lecciones que la historia nos ha enseñado. Por que quienes deciden no están escuchando a quien deben escuchar; se están guiando por dolor, no por reflexión. Y lo mismo ocurre por quienes los eligen.

La cólera ya nos ha costado caro. Estamos heredando a la siguiente generación un mundo en peores condiciones de como lo recibimos. Y el causante de todo es la ignorancia.

Debemos actuar—y de muchas maneras. Los expertos deben *hablar*; los políticos deben *discernir*; y las masas deben *escuchar y exigir*, pero teniendo cuidado. Me explico.

Los *expertos* necesitamos reconquistar la confianza de quienes nos la dieron, y se arrepentieron. Para lograrlo, para hacernos dignos de confianza, debemos recapacitar sobre lo que ha sucedido y decantar lecciones. Si erramos debemos reconocer y remediar. Pero no podemos callar. Hacerlo hace las veces de consentir.

Lo anterior es cierto siempre, pero es especialmente cierto en el mundo crecientemente complejo en que vivimos. Entre más se sofisticada la realidad, más se necesita de expertos y acción colectiva. Los problemas que aquejan al mundo son tales que nadie puede solo; ni siquiera una nación. Ni siquiera la más rica y poderosa del mundo. Ante ello, debemos privilegiar y adoptar esquemas que canalicen las fuerzas sociales en el camino correcto. Ello exige pericia. Entre menos las usemos, más problemas y costos y retrocesos acaecerán, exigiendo orientación experta, pero ahora para remediar. Y la experiencia enseña que *remediar* es más doloroso y costoso que *evitar*.

Los *políticos* deben replantear su predisposición hacia los expertos, invitando su retroalimentación. Al hacerlo, deben evaluarla sin perder de vista sus incentivos. Pero no porque existan o puedan existir incentivos en el actuar de los expertos debe de obviarse su orientación. ¿O acaso si usted, señora o señor lector, fuera un funcionario público en vías de tomar una decisión sobre política pública relacionada con cáncer, no escucharía a los oncólogos? La postura que le cierra la puerta a los expertos en arbitraje por considerar que tienen que ganar o perder de la decisión que se tome (vgr., continuar usando el arbitraje para remediar los problemas derivados del comercio internacional del capital – el ‘arbitraje de inversión’) es tanto como actualizar el ejemplo descrito. Además, el temor que la motiva está exagerado: los funcionarios son lo suficientemente

---

<sup>10</sup> *El Llano en Llamas*, Editorial RM & Fundación Juan Rulfo, México, 1953.

inteligentes como para discernir opinión que busca servir a un interés, de aquella que busca propiciar un ideal.

Finalmente, las *masas*. El lego debe continuar exigiendo profesionalismo, rectitud y rendimiento de cuentas. Pero al hacerlo debe de empezar por sí mismo. Estoy cansado de corroborar la sabiduría del dicho que advierte que “la gente que más critica es la más criticable”. ¿Cuántos no dirigen sus críticas al funcionario público, para luego no pagar impuestos? ¿Cuántos no se quejan de la ausencia del Estado de Derecho, para luego pasarse un alto? ¿Cuántos se quejan de la falta de civismo, para luego insultar al prójimo desde su vehículo?

“Encarna el cambio que quieres ver en la realidad” decía Gandhi. No se trata de un cliché. Es una verdad que se materializa dado lo ‘pegajoso’ de las normas sociales y la importancia que todos y cada uno de nosotros tenemos al formar parte del todo que criticamos.

Existe una cuestión adicional que se debe tomar en cuenta, cuya coyuntura mundial hace especialmente delicada: *no nos dejemos manipular*. Existe malestar, del género que la historia enseña que puede ser recogido, capturado, por demagogos corrosivos y peligrosos. Cuestiona los motivos de quien te vende soluciones fáciles. De quien te hace enojar. De quien utiliza diatriba. De quien recurre a tus miedos, tu angustia, haciéndote sentir desamparo, para luego sugerir que él lo puede remediar, pidiendo tu apoyo.

Esto último es especialmente difícil, particularmente en las épocas de desinformación que vivimos. *Fakenews* no solo es un fetish pasajero. Es un problema agudo cuya solución está en la capacidad de discernimiento que todos tenemos, siempre y cuando cuidemos nuestras fuentes. ¿De dónde proviene esta noticia? ¿La persona que me hizo sentir es digno del apoyo que me pide?

### III. PROPUESTA

El escenario descrito exige pasos específicos. Para lograr la anterior propuesta genérica, hago las siguientes propuestas concretas:

1. **Clase tecnocrática:** Los expertos deben aprovechar cada oportunidad que puedan para explicar porqué las instituciones jurídicas y liberales que llevábamos 70 años implementando (después de las guerras mundiales del siglo pasado) siguen siendo la senda correcta. No son perfectos, pero ningún instrumento lo es. Debemos decantar las lecciones que la experiencia arroja y paulatinamente mejorar nuestras instituciones.
2. **Al funcionario público:** Detengan la conclusión del resto de los pasos para que el T-MEC sustituya al TLCAN. A su vez, participemos en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI que está en vías de estudiar el arbitraje de inversión, haciendo ver cómo la ruta de los tratados es más deseable que la opción que el modelo OMC.

3. **Público en general:** (i) no nos entreguemos a nuestro dolor. Entendamos que, aunque ha habido errores, es falso que exista una conspiración por parte de las instituciones del capitalismo para defraudarnos. Para sacarnos ventaja. (ii) Aprendamos a discernir entre quienes critican para llamar la atención y usar la ira del pueblo a su favor para (vía su voto) acceder al poder por medios distintos a los idóneos,<sup>11</sup> de quienes desean hacer lo correcto por los motivos correctos. (iii) empecemos por nosotros mismos.

---

<sup>11</sup> El motivo idóneo es escoger líderes, en el sentido puro de la expresión: quienes hacen lo correcto, guiados por ideales, no intereses.