ARBITRAJE DE INVERSIONES VERSUS ARBITRAJE UNCITRAL: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL

Investment Arbitration Versus Uncitral Arbitration: an Analysis from the Procedural Perspective

Arbitragem de Investimento Versus Arbitragem Uncitral: uma Análise na Perspectiva Processual

Dr. Tomás J. Aliste Santos
Universidad Internacional de La Rioja, España
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4792-5871

Fecha de recepción: 24/10/2024
Fecha de aceptación: 12/12/2024

Resumen
Desde hace más de sesenta años, el derecho internacional de inversiones se ha consolidado como una herramienta clave para generar seguridad jurídica en el desarrollo económico de un mundo cada vez más globalizado. En este sentido, los tratados de inversiones han desempeñado un papel fundamental al incorporar cláusulas ISDS, que establecen un sistema para la solución de controversias entre las corporaciones empresariales internacionales y los diversos Estados, que ofrecen garantías de neutralidad y seguridad procedimental en la gestión del conflicto. Este artículo presenta un análisis crítico del arbitraje de inversiones, en el que se comparan las diferencias significativas entre el arbitraje Uncitral y el arbitraje de inversiones, además de exponer algunos de los problemas asociados con el modelo actual de arbitraje de inversiones.

Palabras clave: inversiones, corporaciones, arbitraje, estados, conflicto.

Abstract
For more than sixty years, international investment law has been consolidated as a key tool to generate legal certainty in the economic development of an increasingly globalized world. In this regard, investment treaties have played a fundamental role by incorporating ISDS clauses, which establish a system for resolving disputes between international business corporations and various States, which offer guarantees of neutrality and procedural security in conflict management. This article presents a critical analysis of investment arbitration, comparing the significant differences between Uncitral arbitration and investment arbitration, as well as exposing some of the issues associated with the current model of investment arbitration.

Keywords: investments, business corporations, arbitration, states, dispute.

Resumo
Há mais de sessenta anos, o direito internacional de investimentos se consolidou como uma ferramenta essencial para gerar segurança jurídica no desenvolvimento econômico de um mundo cada vez mais globalizado. Nesse sentido, os tratados de investimentos desempenharam um papel fundamental ao incorporar cláusulas ISDS, que estabelecem um sistema para a resolução de controvérsias entre corporações empresariais internacionais e os diversos Estados, que oferecem garantias de neutralidade e segurança processual na gestão de conflitos. Este artigo apresenta uma análise crítica da arbitragem de investimentos, comparando as diferenças significativas entre a arbitragem Uncitral e a arbitragem de investimentos, além de expor alguns dos problemas associados ao modelo atual de arbitragem de investimentos.

Palavras-chave: investimentos, empresas, arbitragem, estados, conflitos.

1. Introducción

Desde hace décadas asistimos a un inquietante replanteamiento del Estado como agente de autoridad normativa en pugna con otras autoridades de naturaleza pública y privada. Todo ello se enmarca en las procelosas aguas de la globalización, fenómeno en el que lo jurídico es solo un rasgo caracterizador entre otros muchos, sobre todo los socioeconómicos. Pues bien, en este con-

texto, el papel protagonista de los Estados —y también de las autoridades supranacionales— tiende a disminuir en beneficio de otros actores privados de relevancia internacional y, como consecuencia de ello, se produce una constante erosión de la propia autoridad estatal, particularmente incisiva en el ámbito de la jurisdicción.

2. Solución de disputas fuera del control del Estado: las cláusulas ISDS

Hoy en día es innegable el preocupante retroceso de la jurisdicción. Este fenómeno, que ha sido denominado huida o fuga de la potestad jurisdiccional, resulta llamativo, y requiere un análisis desde una perspectiva más amplia, considerando el influjo de la globalización sobre el derecho actual.

La intensidad de este proceso pone de manifiesto una interconexión comercial entre las regiones del planeta como nunca antes en la historia. La estandarización de la economía mundial ha llevado a la aceptación de una serie de principios que no podemos eludir sin menoscabar el bienestar común: economía de mercado, competitividad, eficiencia y desregulación[1]. Todos ellos son conceptos dogmáticos aceptados en el mundo actual.

Un ejemplo muy claro de esta huida de la jurisdicción son las cláusulas ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*), que se han convertido en un sofisticado mecanismo para canalizar las controversias de inversiones internacionales entre las grandes corporaciones multinacionales o grupos empresariales de inversión transnacional y los Estados receptores de la inversión.

Todo ello, como desarrollamos a continuación, implica un esfuerzo doctrinal que permita un correcto entendimiento del paradigma de solución de controversias de inversión, cuya complejidad exige abrirnos paso en un terreno conceptual novedoso, excediendo en gran medida el tradicional monopolio que, en materia de solución de disputas, han ejercido los órganos jurisdiccionales, tanto estatales como supraestatales.

1 Sobre este tema, puede consultarse Gema Marcilla Córdoba, «Desregulación, estado social y proceso de globalización», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.° 28 (2005): 242 y ss.; Nancy Fraser, «Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado», *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, n.° 39 (2005): 68 y 69. Igualmente, Tomás Aliste Santos, «Crisis de los presupuestos epistemológicos de la justicia en el mundo actual», en *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*, coords. Tomás Javier Aliste Santos y María Luisa López Huguet (Barcelona: Atelier, 2017).

2.1. El papel del Estado en el ámbito jurídico globalizado

La globalización ha dinamizado exponencialmente el flujo de las relaciones económicas a nivel mundial, lo que ha dado lugar, en las últimas décadas, al surgimiento de nuevas ramas del derecho, como el derecho de inversiones, que superan con creces los estrictos márgenes establecidos por los Estados para resolver controversias jurídicas entre las partes implicadas. En este contexto, el papel de los Estados ha evolucionado progresivamente, adaptándose a medida que la globalización jurídica se ha expandido hacia ámbitos que, hasta hace poco, eran controlados casi exclusivamente por los sistemas judiciales estatales. Estos sistemas podían ser los propios órganos de justicia de los Estados o, en su defecto, la compleja articulación de formas de cooperación jurisdiccional desarrolladas a través del derecho internacional privado, que emplea los clásicos criterios de *lex fori* y *lex causae*.

Este proceso ha supuesto una redefinición del papel de los Estados en el ámbito internacional, pues deben convivir con otros actores normativos, tanto públicos, como las entidades supraestatales, como privados, incluidos las grandes corporaciones de negocios, que en ocasiones tienen mayor capacidad financiera que muchos Estados. En términos generales, esta redefinición ha implicado una transformación profunda de la jurisdicción estatal, que enfrenta una crisis a la hora de dar respuesta a las disputas de los grandes negocios de inversión.

2.1.1. Transformaciones en la jurisdicción estatal

Al calor de las corrientes de análisis económico del derecho, una renovada autonomía privada comienza a expandirse donde antes eran claramente reconocibles los límites de lo privado. La antigua impronta de lo público se desvanece en un universo jurídico cada vez más marcado por la aguda crisis de autoridad normativa que atraviesan los Estados, en un marco general definido por un derecho dúctil, líquido, como la propia posmodernidad. Este derecho, de carácter posestatal y postsoberano, se somete a los vaivenes caprichosos de una voluntad convencional, que se erige como elemento fundamental del paradigma jurídico sin necesidad de sujeción alguna a elementos de orden público que puedan condicionar dicha voluntad. Es decir, estamos en el dogma del acuerdo por el acuerdo en sí mismo considerado. El consenso se impone como la única norma reconocible, que desaparece en la subjetividad completa que inspira la voluntad de acordar, la cual se configura de forma

casi independiente de toda precondición de racionalidad o justicia que pueda limitar la libertad de pacto.

Por ello, no resulta extraña la aguda crisis de la jurisdicción en la actualidad. Evidentemente, los tribunales siguen gozando de autoridad formal y ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Pero esto se reduce a un mero reconocimiento formal. Fijémonos bien que la atmósfera jurídica de nuestro tiempo se caracteriza por una intensa huida de la jurisdicción.

2.1.2. La crisis de la jurisdicción en los negocios internacionales

Desde luego, admito que estas palabras pueden recibir una durísima crítica basada en la fuente, supuestamente inapelable, de los datos que ofrece año tras año la estadística judicial oficial. Así sucede en el caso español, donde los informes reflejan una alta tasa de litigiosidad, ascendiendo a un total de 6,999,477 los asuntos ingresados en el conjunto de órdenes jurisdiccionales españoles durante 2023[2], al tiempo que nuestros tribunales resolvieron otros 6,440,940 asuntos. Lejos de ser un reflejo de desinterés por la jurisdicción, estos datos podrían sugerir que, más bien, somos un país amante de la litigiosidad, y que a los españoles nos gustan los tribunales tanto como al viejo molinero de Potsdam, que en garantía de sus derechos llegó a hacer frente a espurias pretensiones del gran soberano de Prusia, recordándole que aún existían jueces en Berlín[3].

2.1.3. La refutación de la huida de la jurisdicción

Sin embargo, la bondad de esta refutación es aparente y descansa en una perspectiva cuantitativa de la litigiosidad, cierta pero no suficiente para desmentir el fenómeno de la *huida de la jurisdicción*, porque cierra el debate de manera incompleta al no tomar en cuenta una perspectiva más sutil, de carácter netamente cualitativo, que ha sido convenientemente relegada ante la

2 Cfr. Consejo General del Poder Judicial, *La justicia dato a dato - Año 2023. Estadística Judicial* (Madrid, 2023), 38. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/

3 Sobre la anécdota, véase Reinhold Koser, *Geschichte Friedrich des Grossen*, vol. III, 4.ª ed. (Stuttgart: J.G. Cotta, 1913), 414 y ss.; Andrés Ibáñez cita a Radbruch, y señala que el filósofo alemán se hace eco en su obra de tal anécdota, cuestión que no podemos confirmar, teniendo, sin embargo, plena certeza en la obra de Koser. Perfecto Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción* (Buenos Aires: Del Puerto, 2007), 74.

luz cegadora de los datos de conflictos judiciales. Lo cierto es que el mundo de los grandes negocios internacionales hace tiempo decidió alejarse de la jurisdicción[4]. A esa distancia progresiva se han ido sumando cada día más sujetos, conformándose un conglomerado heterogéneo de actores internacionales —privados y públicos— que integran el denominado *global business* sobre bases cada vez más reconocibles en la autonomía privada y menos sujetas a elementos de orden público[5].

2.1.4. El derecho internacional de inversiones y las cláusulas ISDS

En este sentido, a lo largo de las últimas décadas ha surgido el derecho internacional de inversiones como una nueva rama del conocimiento jurídico, habitualmente reconocida en el mundo de los grandes negocios internacionales por su denominación en inglés: *international investment law*. Este campo tiene perfiles propios, pues no es ni derecho internacional privado, ni derecho comercial internacional, sino algo innovador y diferenciado que busca ordenar con pocas reglas el entorno más adecuado para el desarrollo seguro de inversiones extranjeras con la mayor autonomía posible de cualquier sometimiento a las normas jurídicas de los Estados en los que se pretende realizar la inversión[6].

Los inversores internacionales cuentan con un marco jurídico autónomo que confiere cierta seguridad a sus operaciones y les permite tratar de igual a igual a los Estados u organizaciones supranacionales —con la excepción de la Unión Europea— ante eventuales controversias relacionadas con el estado de sus activos. La lógica del derecho de inversiones implica la necesidad de recurrir a organismos independientes para la resolución de conflictos , que no dependen de instancias jurisdiccionales estatales o de carácter supranacional[7].

---

4 Sobre los problemas de la protección judicial de los derechos en una dimensión transnacional, ver Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*, trad. Maximiliano Aramburo Calle. Colección: Proceso y Derecho (Madrid: Marcial Pons, 2009), 37 y 38.

5 Tomás Aliste Santos, «Conjunciones y disyunciones procesales entre el nuevo y el viejo paradigma de justicia global». En *Justicia informal*, coords. Tomás Javier Aliste Santos, Juan Ramón Liébana Ortiz y Armando Alvares García Júnior (Barcelona: Atelier, 2018), 73-75.

6 En este sentido, Bernardo Cremades, *El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica*. Discurso pronunciado el 19 de marzo de 2018 con motivo de su incorporación como miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, 18 y 19. https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1413/El%20arbitraje%20internacional%20en%20la%20encrucijada%20de%20la%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1&isAllowed=y

7 Para un análisis sintético y panorámico general de este tema, puede consultarse a Darío Sandoval Shaik, «Arbitraje de inversiones y globalización», en *Justicia informal*, coord. Tomás

Este régimen se plasma en la multitud de tratados internacionales de inversión mediante un tipo de cláusulas muy peculiares: las cláusulas ISDS (recordemos que son el acrónimo en lengua inglesa de la expresión *Investor-State Dispute Settlement*). Es importante destacar la novedad de este instrumento, ya que introduce, a través del régimen convencional internacional, tribunales privados habilitados por los propios Estados para transferir parte de su potestad jurisdiccional a tribunales *ad hoc*, que conocen en exclusiva las controversias que, en ausencia de estas cláusulas ISDS, *prima facie*, estarían bajo la sujeción de la jurisdicción estatal.

2.2. El derecho internacional de inversiones y la autonomía privada

Cuando hablamos del derecho internacional de inversiones, nos adentramos en una rama jurídica que impulsa de manera especial la autonomía privada, pero que también trasciende la clásica dicotomía entre lo público y lo privado. En su núcleo, confluyen elementos del derecho público y privado, logrando un sincretismo conceptual entre ambas esferas, aunque con una clara inclinación hacia el enfoque privatista.

2.2.1. La influencia del derecho internacional de inversiones en la economía global

El derecho internacional de inversiones está condicionando la economía de la globalización de forma innegable. A su vez, la modalidad de resolver las eventuales disputas de inversión condiciona el mantenimiento del paradigma de justicia tal y como lo hemos conocido hasta nuestro tiempo. Este proceso desvincula el derecho de su primitivo asentamiento público, basado en la soberanía jurisdiccional estatal, y lo traslada a un nuevo ámbito más fluido y abierto a la autocomposición y la heterocomposición subjetiva y privada de controversias, sin freno alguno a toda suerte de negocios procesales dispositivos que consideren conveniente las partes en litigio.

Javier Aliste Santos, Juan Ramón Liébana Ortiz y Armando Alvares García Júnior (Barcelona: Atelier, 2018).

2.2.2. Los tratados multinacionales y bilaterales de inversión

Los grandes tratados multinacionales de comercio internacional albergan en su seno capítulos llenos de cláusulas ISDS verdaderamente sofisticadas. Véanse el *non nato* MAI de 1998 (*Multilateral Agreement on Investment*); el NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) o Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México; el DR-CAFTA (*Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement*) o Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos; el TPP (*Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement*) o Acuerdo de Asociación Económica entre Brunéi, Chile, Singapur y Nueva Zelanda; el CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) o Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Canadá; y la célebre propuesta del *non nato* TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) o Acuerdo Transatlántico de Libre Comercio entre los Estados Unidos y la Unión Europea.

2.2.3. El mecanismo de resolución de conflictos y el papel del CIADI

Este mecanismo de resolución de conflictos ha ganado relevancia con la inclusión de cláusulas ISDS en los tratados bilaterales de inversión. Estos acuerdos, que han proliferado desde la década de 1960, permiten que los inversores extranjeros y los Estados receptores resuelvan sus disputas a través del arbitraje internacional. En este marco, el CIADI juega un papel clave al administrar estos arbitrajes, brindando un mecanismo neutral e independiente que promueve la seguridad jurídica y la estabilidad para los inversores. A continuación, se detallan tanto el funcionamiento de las cláusulas ISDS como el rol específico del CIADI en la resolución de disputas internacionales, y se destaca su impacto en el derecho internacional de inversiones.

El mecanismo de resolución de conflictos en los tratados de inversión

Junto a los acuerdos comerciales internacionales, debe considerarse también la vasta colección de tratados bilaterales de inversión (TBI) con cláusulas ISDS, que, como bien documenta el CIADI[8], comprometen a unos 165 países desde 1960, año de entrada en vigor del primer tratado internacional de inversiones

8 En la propia web del CIADI, se recoge un listado muy exhaustivo de estos tratados bilaterales de inversión. Cfr. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Base de datos de Tratados Bilaterales de Inversión,* https://icsid.worldbank.org/es/recursos/base-de-datos/base-de-datos-de-Tratados-Bilaterales-de-Inversi%C3%B3n

entre Alemania y la República Dominicana, hasta la fecha. Esta serie histórica suma un total de 5,770 acuerdos bilaterales en materia de inversiones[9].

El papel del CIADI en la resolución de disputas de inversión

En este contexto, observemos el mecanismo de resolución de conflictos de inversiones usualmente establecido en los textos de dichos tratados. En todos ellos, como denominador común se encuentra la inclusión de cláusulas ISDS, que atribuyen la jurisdicción para la solución de controversias de inversión al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones (CIADI) —en inglés, es el *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID)—, centro que, desde hace varias décadas, se ha consolidado como el organismo clave para el desarrollo del derecho internacional de inversiones[10].

Pues bien, a través de las célebres cláusulas ISDS se establece que, en caso de disputas entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, ambas partes se someterán al fuero electivo del inversor. Este podrá optar por la tutela judicial de los tribunales del Estado receptor o, de forma alternativa, por el arbitraje practicado por el CIADI conforme a su propia reglamentación interna, o bien, por cualquier otro tipo de arbitraje internacional *ad hoc*, siguiendo en este último caso el Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (Uncitral).

Por supuesto, la segunda opción suele ser la más común, y los arbitrajes del CIADI se han convertido en el mecanismo más relevante para la resolución de disputas de inversiones internacionales, promoviendo la seguridad inversora y el dinamismo de la actividad económica global, más allá de las reglas de juego ofrecidas por los Estados receptores y, sobre todo, sin interferencia de las reglas de solución de disputas tradicionales. Es decir, el arbitraje del CIADI es independiente de cualquier control jurisdiccional interno de los

9 Cfr. CIADI. *Base de datos de Tratados…*; International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Other Investment Treaties Database*, https://icsid.worldbank.org/resources/databases/other-investment-treaties

10 Cfr. CIADI, *Página principal*, https://icsid.worldbank.org/es Sobre el arbitraje que desarrolla el CIADI tras las últimas reformas, véase Susana Pérez Escalona, «El arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: la reforma del CIADI y el papel de la Unión Europea», en *Justicia informal*, coord. Tomás Javier Aliste Santos, Juan Ramón Liébana Ortiz y Armando Alvares García Júnior (Barcelona: Atelier, 2018).

Estados. Sencillamente, estos no tienen injerencia alguna, pues han transferido expresamente, a través del régimen convencional, ya sea de forma bilateral o multilateral, la solución heterónoma de disputas a un organismo internacional cuya naturaleza resulta difícil de adscribir al ámbito de lo público o privado.

Esa transferencia confiere al organismo capacidad de emitir respuestas vinculantes que cierran la posibilidad de reabrir la controversia en otra instancia e, incluso, de controlar la validez de sus propios laudos por parte de cualquier autoridad judicial de los actores que en su momento celebraron este tipo de tratados[11]. Así, el arbitraje se aleja de la órbita tradicional del derecho procesal históricamente desarrollado por los países de *civil law* y *common law*, aunque en el segundo caso existe una clara relación de dependencia, ya que las reglas de arbitraje del CIADI actúan como un receptáculo de la lógica que impregna el sistema de justicia estadounidense, caracterizado por el fenómeno del *vanishing trial*, como tendremos ocasión de analizar.

2.3. El impacto de las cláusulas ISDS en el paradigma de justicia

El fomento de las cláusulas ISDS cuestiona el paradigma internacional de justicia tal y como lo hemos conocido hasta nuestros días[12]. El problema no radica tanto en huir de la jurisdicción, sino en el cuestionamiento de un enfoque tradicional de justicia. Es importante advertir esto para evitar caer en un burdo maniqueísmo respecto al arbitraje de inversiones, que no es más que un instrumento internacional creado por los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, para resolver disputas de inversión en un contexto económico cada vez más global[13].

El problema se centra en evaluar las consecuencias de abandonar el dicho enfoque. Este paradigma se fundaba en el ejercicio de la acción por parte de

11 Armando Alvares García, «La renuncia jurisdiccional del Estado en las controversias sobre inversiones internacionales y el arbitraje CIADI», en *Justicia informal*, coords. Tomás Javier Aliste Santos, Juan Ramón Liébana Ortiz y Armando Alvares García Júnior (Barcelona: Atelier, 2018).

12 Para un análisis exhaustivo de los problemas en torno al cambio de paradigma de justicia, puede consultarse a Silvia Barona Vilar, «Proceso civil y penal ¿líquido? en el siglo XXI», en *Justicia civil y penal en la era global* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017).

13 En este sentido, comparto la reflexión de Cremades sobre la injustificada demonización que se está haciendo al arbitraje de inversiones. Cremades, *El arbitraje internacional*…, 17-20.

los justiciables, quienes acudían a la jurisdicción, legítima poseedora de la potestad jurisdiccional, y utilizaban el cauce racional del proceso como instrumento lógico para la exposición de pretensiones, argumentos y pruebas. Todo ello buscaba una respuesta jurisdiccional a la que, metodológicamente, conducía el proceso.

Así, el debate presente afecta directamente al papel que el derecho procesal, entendido como derecho público, puede desempeñar en las próximas décadas, y también a los fundamentos epistemológicos sobre los que históricamente se ha sustentado. El momento actual, caracterizado por la huida de la jurisdicción impulsada por los grandes negocios de inversión internacional, reabre el viejo análisis sobre la naturaleza del derecho procesal. Este oscila nuevamente, como es evidente, entre lo público y lo privado.

Veamos detenidamente este proceso de cambio de paradigma del derecho procesal, ya que su análisis nos permitirá comprender mejor los rasgos del nuevo modelo de justicia informal. También ayudará a entender las razones por las que las célebres cláusulas ISDS son calificadas como la caja de Pandora del derecho procesal contemporáneo.

3. La tendencia a centrifugar el derecho procesal actual

El derecho procesal, desde su codificación hasta el presente, ha sido un derecho público. Sin embargo, el poderoso influjo globalizador ha sometido todas las ramas del tradicional derecho público estatal a una extraordinaria transformación, cuyos efectos comienzan a vislumbrarse en la actualidad, especialmente en aquellos ordenamientos jurídicos más permeables a procesos de integración normativa, como es el caso paradigmático de los Estados que forman la Unión Europea (en adelante, UE).

En este contexto, una de las ramas más afectadas ha sido el derecho procesal, que atraviesa un proceso intenso de despublificación bajo la confluencia de dos fenómenos distintos. Por un lado, la disolución de la soberanía jurisdiccional ha incentivado la huida de la jurisdicción estatal. Por otro, se constata una crisis y una centrifugación del derecho procesal estatal. En este sentido, la incidencia de ambos factores está contribuyendo a un auténtico cambio de paradigma de la justicia global, situando el momento actual como un periodo de transición entre un modelo de justicia autoritativa y otro de justicia informal. Pero vayamos por partes.

3.1. La disolución de la soberanía jurisdiccional

La disolución de la soberanía jurisdiccional de los viejos Estados es un fenómeno nítidamente apreciable en el mundo actual, especialmente en aquellos más expuestos a procesos externos e internos de integración normativa[14]. Curiosamente, el vaciamiento del concepto de soberanía jurisdiccional se produce tanto por encima como por abajo del Estado.

Por encima, este proceso se refleja en la disolución de la exclusividad jurisdiccional mediante la creación de jurisdicciones supranacionales de carácter postsoberano, la renuncia al ejercicio de la exclusividad jurisdiccional a través de convenios internacionales —como el caso de los tratados de arbitraje de inversiones—, o la adaptación del derecho estatal al *soft law* sugerido por las entidades postsoberanas. Por abajo, el propio Estado se convierte en promotor de la resolución privada o semiprivada de controversias, fomentando una cultura jurídica basada en medios alternativos de solución de conflictos, en detrimento del proceso jurisdiccional estatal[15].

La disolución progresiva de la soberanía jurisdiccional del Estado conlleva la expansión de la autonomía privada en el campo procesal, históricamente dominado por el derecho público durante los últimos dos siglos. No sorprende, por tanto, la creciente huida de la jurisdicción[16], y la consiguiente búsqueda y oferta de medios privados para resolver conflictos, diseñados como eficaces alternativas al proceso jurisdiccional estatal.

Se dirá que no hay razones para ser tan alarmista sobre el futuro del derecho procesal. En los sistemas de *civil law*, a tenor de las estadísticas judiciales, las partes siguen desarrollando una intensa litigiosidad, a pesar de los incentivos para la resolución extrajudicial de disputas. Sin embargo, en los sistemas de *common law*, particularmente en el estadounidense, donde el Estado ha contribuido a incentivar vías extraprocesales de solución de conflictos —muchas veces con el apoyo activo de los tribunales públicos—, el número de casos judiciales ha descendido drásticamente.

---

14 Federico Carpi, «La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 70, n.° 3 (2016).

15 Andrés de la Oliva, «ADR, o la riscoperta dell`acqua calda», *Rivista Trimestrale di Diritto* e *Procedura Civile*, vol. 70, n.° 2 (2016).

16 Michele Taruffo, «Aspectos de la crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (AFDUAM), n.° 3 (1999).

El ejemplo paradigmático de este fenómeno en los Estados Unidos es la adopción entusiasta del concepto de *Multi-Door Courthouse*. Este enfoque ha provocado una huida de la jurisdicción que ha derivado en el fenómeno conocido como *vanishing trial*[17], ampliamente analizado por juristas de *common lawyers*[18]. Estos expertos llevan tiempo estudiando las consecuencias que podría traer la penetración excesiva de la autonomía privada en la salvaguarda del orden público procesal, tal y como lo conocemos.

3.2. El concepto de *vanishing trial*

El *vanishing trial* describe el arrinconamiento del proceso jurisdiccional. Esto no significa que se ponga en duda la validez epistemológica del proceso como instrumento para resolver controversias, sino que se desprecia su relevancia práctica. El proceso, sencillamente, ya no importa. Aunque se reconoce su existencia, se prefiere no recurrir a él, ofreciéndose una multitud de alternativas a los litigantes para evitar el proceso jurisdiccional.

¿Quién promueve este cambio de paradigma? Si nos fijamos en los Estados Unidos, principal núcleo de este fenómeno, podemos identificar varios factores que se conjugan en ese esfuerzo. Estos factores, analizados cuidadosamente por Chase en su célebre libro[19], son los siguientes: la crítica del hiperlegalismo, la contracultura estadounidense de las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX, la exaltación de lo privado frente a lo público y, quizás sea el aspecto más relevante, la pérdida de la certidumbre jurídica (que genera desconfianza en el derecho tradicional).

Este conjunto de factores genera una batería de argumentación crítica dirigida a debilitar el paradigma de justicia tradicional en favor de uno nue-

17 Priscila Refo, «The Vanishing Trial», *Litigation. The Journal of the Section of Litigation American Bar Association*, vol. 30, n. º 2 (Winter 2004): 1-3. También véase Teresa Armenta Deu, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* (Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012), 164-166.

18 Thomas Stipanowich, «ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution" », *Journal of Empirical Legal Studies* 1, n.° 3 (2004). https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2004.00025.x; Robert Ackerman, «Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital», *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2006, n.° 1 (2006). https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2006/iss1/13; William Yound, «Vanishing Trials, Vanishing Juries, Vanishing Constitution», *Suffolk University Law Review*, vol. XL, n.° 1 (2006).

19 Oscar Chase, *Derecho, cultura y ritual*, trad. Fernando Martín Diz (Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011), 146-155.

vo —de carácter informal— que ha sido desarrollado por diversos actores concretos. Por un lado, el poder legislativo, especialmente en su variante estatal, que ve con buenos ojos alentar a los litigantes hacia las alternativas de solución de conflictos, como la mediación o el arbitraje, y legisla al efecto bajo una concepción que privilegia estos métodos en detrimento del proceso jurisdiccional. En este contexto, cabe destacar la profunda influencia de los *lobbies* de presión sobre los legisladores, quienes son condicionados para idear marcos normativos que reduzcan la participación del poder judicial en la resolución de conflictos.

Por otro lado, los jueces estadounidenses desempeñan un papel activo en este proceso, al concebir el ejercicio de su función jurisdiccional como la de meros gestores de solución de conflictos. Para ello, promueven instrumentos tan pintorescos como los *Multi-Door Courhouse*, en los cuales se invita abiertamente a los litigantes a optar por una variedad de métodos alternativos al proceso jurisdiccional. Esta práctica presenta el *adversary system litigation* como algo retrógrado, propio de una etapa superada de civilización basada en litigiosidad y conflicto.

3.3. El impacto de las nuevas tecnologías y el *soft law*

Además, téngase en cuenta que tanto en los sistemas de *common law* como en los de *civil law*, entidades supraestatales y postsoberanas como la UE son un potente factor corrosivo del derecho procesal estatal, al contribuir eficazmente a su desregulación y privatización. Esto se realiza en aras de un enfoque utilitarista y eficientista de la administración de justicia, dominado por una vaga y problemática aplicación de la libertad de mercado. En este escenario, los valores de eficiencia y rapidez en la resolución de conflictos prevalecen sobre el de alcanzar una resolución justa con todas las garantías procesales. Por tanto, no resulta extraño que desde los poderes públicos se aliente toda una revolución tecnológica dirigida a transformar estructuralmente el derecho procesal.

Paradójicamente, las nuevas tecnologías también contribuyen a la desregulación del derecho procesal. Aunque bajo una concepción optimista su propósito parece ser acercar la administración de justicia al ciudadano, su implementación genera un efecto contrario. En este contexto, el proceso jurisdiccional influido por las nuevas tecnologías adopta progresivamente una naturaleza privatista de carácter contractual. Según esta visión, la ciudadanía

se convierte en una de las partes y la administración de justicia en la otra, actuando ambas bajo la idea común de concebir el derecho procesal como un orden jurídico negociado. Este marco otorga amplios márgenes a la autonomía privada y permite una elección real entre el proceso jurisdiccional y una pluralidad de opciones de resolución de litigios[20].

Así las cosas, las nuevas tecnologías no solo contribuyen a resucitar la tesis contractualista del proceso jurisdiccional, sino que además las empujan hacia un alejamiento de la racionalidad intrínseca del proceso jurisdiccional. Esto se manifiesta a través de una intensa *desformalización* y *desmaterialización* de los procedimientos, fenómenos sobre los cuales ha venido alertando la doctrina internacional[21].

3.4. La transformación del modelo de justicia: hacia la desmaterialización y la justicia informal en la UE

El nuevo modelo de justicia se abre paso transformando la faz del paradigma tradicional, especialmente en los países europeos vinculados en la UE. Un notorio ejemplo de ello es Francia, que desde hace algunos años avanza en un proceso de intensa digitalización de su sistema de justicia, concibiéndolo cada vez más como un enfoque antiformalista y abierto a multitud de vías de solución de disputas extraprocesales.

3.4.1. El caso francés: transformación hacia una justicia informal y digitalizada

20 Loïc Cadiet, «Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia», en *Civil Procedure Review*, vol. 3, n.° 3 (aug.-dec., 2012). Resulta oportuno reproducir las siguientes palabras del autor: «La reflexión que se realiza desde hace unos quince años en torno a la contractualización de la justicia, al proceso, o más en general, a los modos de resolución de conflictos, se inscribe en la corriente que explica la emergencia de un orden jurídico negociado entre los actores sociales, al lado del orden jurídico impuesto por el Estado, que identificamos actualmente por referencia al concepto de postmodernidad. Esto tiene que ver con el aumento de la importancia de las lógicas del "*management*" en el seno de la institución judicial, influido por la ideología liberal que lleva a pensar la justicia como un modelo competitivo; se puede hablar de la "mercantilización" de la justicia». Cfr. Cadiet, «Los acuerdos procesales…», 5 y 6.

21 Soraya Amrani-Mekki, «El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, trad. Clara Hervás, eds. Federico Carpi y Manuel Ortells, vol. I (Valencia: Universitat de Valencia, 2008).

Fijémonos en el caso francés, cuyo modelo de justicia civil está experimentando desde hace años una transformación profunda, en el contexto de un proyecto legislativo denominado desmaterialización de los procedimientos. En esta atmósfera, se han promulgado dos importantes leyes en Francia, dirigidas a la implantación de un sistema de justicia informal: la *Loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* y la *Loi organique du 23 mars 2019 relative au renforcement de l'organisation des juridictions*.[22]

Estas normativas abogan por la simplificación de los procedimientos judiciales civiles, promoviendo los denominados medios adecuados de solución de conflictos (MASC), conocidos entre los juristas angloamericanos como ADR, y permitiendo a los litigantes actuar sin abogado hasta una cuantía máxima de 10,000 euros. Esta medida se justifica, supuestamente, en facilitar a la población el acceso a la justicia. Además, se fomenta la desmaterialización de los procedimientos relacionados con la vida cotidiana de los ciudadanos, siempre que las partes acuerden que el juez dicte sentencia sin necesidad de audiencia, lo que limita significativamente el principio del contradictorio. En casos de pequeñas disputas, estos conflictos se vinculan a un procedimiento completamente digital.

Todo ello se presenta bajo la engañosa coartada de adaptar la justicia a la sociedad del conocimiento mediante las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Sin embargo, esta transformación encubre un propósito más oscuro: alejar la jurisdicción de la ciudadanía. Paradójicamente, mientras el legislador promueve una reforma de la justicia para hacerla más efectiva, fomenta fórmulas que alientan la evasión del sistema judicial. Una vez más, confirmamos que el papel todo lo aguanta.

No en vano, en un mundo caracterizado por el dominio del pensamiento débil de la modernidad líquida, lo propio es que el sistema de justicia sea líquido también. Se ofrece así una justicia pública, desmaterializada y de fácil acceso para las partes a través de las nuevas tecnologías, pero con un coste significativo: la pérdida de garantías procesales fundamentales, como el derecho a la asistencia letrada; además de la reducción de principios procesales

22 Sobre las mismas tuvo ocasión de disertar el profesor Loïc Cadiet en una interesantísima conferencia titulada *Tendencias de las reformas procesales en Francia*, durante las «Jornadas Hispano-Francesas sobre Justicia Civil», organizadas por el profesor De la Oliva Santos durante los días 23 y 24 de mayo en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (Madrid).

básicos, como el contradictorio, que ahora queda constreñido a los avatares propios de su configuración y condicionamiento en una vulgar aplicación informática.

3.4.2. La UE: influencia de la desmaterialización y las alternativas a la jurisdicción

El caso francés es un claro exponente de la radical transformación del paradigma de justicia estatal en el ámbito europeo. Sin embargo, dicha transformación no podría entenderse únicamente a partir del análisis específico de los cambios o singularidades introducidas en los sistemas de justicia nacionales, ya que es necesario considerar las diversas iniciativas que la UE ha desarrollado desde hace años en calidad de *soft law*, con el objetivo de armonizar los sistemas de justicia nacionales sobre fundamentos cada vez más homogéneos en todo el territorio de la Unión.

El Proyecto de Estrategia 2014-2018 de la UE: Avances en la desmaterialización de los procedimientos judiciales

En el ámbito de la UE, se ha observado una constante trasformación del derecho procesal civil estatal[23]. Buen ejemplo de ello son instrumentos de *soft law*, como el denominado Proyecto de Estrategia 2014-2018 relativa a la justicia en red europea, cuyo §1 afirma que «la desmaterialización de los procedimientos judiciales y el uso de medios electrónicos en la comunicación entre las partes interesadas en las actividades judiciales se ha convertido en un elemento importante del funcionamiento eficaz de sistema judicial en los Estados miembros. Los Estados miembros y las instituciones europeas comparten una voluntad de proseguir la construcción de un sistema europeo de Justicia en red»[24].

Directivas de la UE: Impulso de alternativas extrajudiciales como mediación y arbitraje

Este objetivo también se reconoce en la Estrategia 2019-2023 relativa a la justicia en red europea, cuando, entre sus objetivos, se recuerda expresamente el §19, que «debe mantenerse la desmaterialización de los procedimientos judi-

23 Fernando Gascón Inchausti, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización* (Madrid: Marcial Pons, 2018).

24 Véase DOUE (2013/C 376/06).

ciales y extrajudiciales a fin de simplificar y agilizar el acceso a los tribunales y de facilitar el uso de procedimientos extrajudiciales mediante el empleo de herramientas de comunicación electrónicas seguras, en especial e-CODEX, en situaciones transfronterizas»[25].

De igual manera, destaca la transformación directa de la legislación estatal por parte de la UE mediante el recurso a directivas, que obligan a los Estados miembros a su efectiva transposición y a modificar, de forma hábilmente soslayada, el paradigma de justicia. Un ejemplo de ello son la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2013, y la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de noviembre de 2014[26]. Ambas plantean una *concepción premial* de las denominadas alternativas a la jurisdicción, especialmente la mediación y el arbitraje, y estimulan que las partes en conflicto resuelvan sus disputas mediante vías extrajudiciales, privilegiando su recurso frente a quienes opten por el proceso jurisdiccional.

La resolución de disputas en línea en la UE: el modelo de la Directiva 2013/11/UE

Se ha llegado a implementar un sistema en línea de resolución alternativa de litigios de consumo, inspirado en la Directiva 2013/11/UE, y establecido en virtud del Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

Resulta llamativo que el procedimiento para la resolución de estos litigios reduzca todos los actos procedimentales de las partes a simples alegaciones, sin someterlas a prueba, la cual ni es solicitada por la entidad de resolución ni está prevista en el procedimiento. Este modelo se centra exclusivamente en

25 Véase DOUE (2019/C 96/04).

26 Las Directivas 2013/11/UE y 2014/104/UE se refieren, respectivamente, a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE. Ambas han sido transpuestas al derecho español mediante el Real Decreto Ley 9/2017, del 26 de mayo, que abarca directivas en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y la Ley 7/2017, del 2 de noviembre, específicamente destinada a incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE.

resolver el asunto atendiendo solo a las alegaciones de las partes, sin fundamentos ni adiciones[27].

3.5. La desmaterialización en el proceso penal y el futuro del derecho procesal

El derecho procesal penal estatal tampoco se sustrae a estos factores de centrifugación. De hecho, como se apunta en sede doctrinal, parece que asistimos a una especie de aproximación entre la justicia civil y la justicia penal[28], tratando de converger bajo principios basilares comunes los dos grandes procesos históricos por antonomasia. Todo ello parece estar dirigido a la consecución de una síntesis procesal omnicomprensiva que evidencia una despublificación y privatización de la estructura procesal. La recepción de la *restorative justice* y fórmulas derivadas del *plea bargining system* está transformando la justicia penal ahí donde se experimenta con estas instituciones procesales de matriz privada[29]. Tal es el caso de los tribunales del *common law* estadounidense y del *soft law* con el que la UE impulsa la mediación penal.

---

27 Véase DOUE L 165/1 del 18 de junio de 2013, Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, artículos 9 y 10.

28 Teresa Armenta Deu, coord. *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?* (Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013). De este libro colectivo destacamos aquí, especialmente, los siguientes capítulos: Manuel Cachón Cadenas, «Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica», 11-34; Soraya Amrani Mekki, «Procédure civile et procédure pénale (Francia)», 59-78; y Teresa Armenta Deu, «Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extrajurisdiccionales», 227-249.

29 El triunfo de la *restorative justice* en sistemas de *civil law* como el español es tanto más paradójico cuanto más se piensa en los fundamentos que impulsaron su concepción en el *common law* estadounidense. Si nos fijamos bien, en el *criminal procedure law* estadounidense no ha lugar a la acusación particular en ningún proceso. Sencillamente, el poder de acusar tiene carácter exclusivamente público y se monopoliza por los *U.S Attorneys* y los *State Attorneys*. La víctima no tiene papel alguno en la justicia penal estadounidense, como no sea la mera deposición de su testimonio en interrogatorio. De ahí que haya surgido la *restorative justice* como instrumento de reparación efectiva del daño a la víctima. En España, desde hace siglos, la acusación particular y, en ciertos casos, el acusador privado ha servido como cauce para la actuación penal de la víctima. Sobre el *plea barganing system*, véase Tomás Aliste Santos, *Sistema de Common Law* (Salamanca: Ratio Legis, 2013), 254-257; sobre *restorative justice*, véase Eduardo de Urbano Castrillo, «La crisis de la jurisdicción penal en un contexto globalizado», en *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*, coords. Tomás Javier Aliste Santos y María Luisa López Huguet. Colección Derecho Global (Barcelona: Atelier, 2017), 350-360.

El proceso de despublificación del derecho procesal ha abierto ampliamente las puertas a una privatización de este derecho público, lo que nos recuerda los orígenes romanos del derecho procesal, donde el elemento público compartía protagonismo con el elemento privado en la resolución de conflictos. Así, el advenimiento de un sistema de justicia informal semipúblico parece estar cada vez más cercano, en el marco de la crisis de identidad que está atravesando el derecho procesal actual[30]. No en vano hay ya demasiados signos evidentes que marcan una tendencia constante hacia la privatización y despublificación del derecho procesal, lo que explica la expansión del arbitraje como una consecuencia natural e inevitable al ritmo del mundo globalizado de nuestros días.

Este contexto favorece la promoción del arbitraje internacional de inversiones, basado en fundamentos que cuestionan la racionalidad que históricamente ha caracterizado la configuración del proceso como instrumento epistemológico idóneo e inigualable para la realización de la justicia en casos concretos. Sin embargo, la racionalidad del proceso como instrumento de justicia no está perdida. Convengamos que el sistema tradicional de justicia autoritativa pública está dando sus últimos estertores en beneficio de un nuevo enfoque de solución de conflictos semipúblico con fuerte impronta estructural de naturaleza privatista. Pues bien, eso ni mucho menos permite inferir que el nuevo modelo de justicia informal semipúblico renuncie a la racionalidad, irguiéndose única y exclusivamente en la voluntad de las partes expresada en toda clase de convenciones a las que deseen llegar a través del mito discursivo procedimental del consenso.

En un escenario basado solo en la voluntad de las partes, el nuevo paradigma de resolución de conflictos podría derrumbarse, pues la mera voluntad no garantiza que lo convenido sea un resultado justo, independientemente del consenso alcanzado. De ahí, pues, la necesidad de racionalizar el nuevo esquema de justicia informal, especialmente en lo relacionado por las cláusulas ISDS del arbitraje de inversiones. Es imprescindible que estos instru-

30 Sobre la crisis de identidad que manifiesta el derecho procesal actual, tuve oportunidad de esbozar un breve análisis titulado «El Derecho procesal contemporáneo en la encrucijada entre lo público y lo privado», comunicación defendida el 24 de noviembre de 2018, en el marco de la sección sexta del *X Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica*, celebrado los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2018 en el madrileño Palacio de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (pendiente de publicación al momento de la edición de este volumen).

mentos de resolución de controversias se ajusten a la racionalidad jurídica, entendida como garantía esencial para la existencia de justicia.

4. Aporías procedimentales de las cláusulas ISDS

Si nos fijamos en la configuración del arbitraje basado en cláusulas ISDS, encontramos al menos los siguientes problemas a la luz del derecho procesal:

4.1. Exclusión de la reserva de jurisdicción

El problema gira en torno a la legalidad de las cláusulas ISDS de sumisión expresa de controversias a instituciones arbitrales. La cuestión procesal, en este sentido, no radica en el simple traslado de una determinada controversia a arbitraje, lo cual es aceptable siempre que se respete el principio dispositivo y no se contravenga el orden público. El problema surge cuando las cláusulas establecen que las disputas sean resueltas exclusivamente por tribunales arbitrales, con exclusión absoluta de cualquier control jurisdiccional sobre las controversias y del ejercicio natural de la potestad jurisdiccional por parte de los tribunales estatales y supraestatales. Esta exclusión queda claramente manifestada cuando el legislador estatal celebra y ratifica tratados de inversiones que contienen cláusulas ISDS.

4.1.1. La sentencia Achmea y sus implicaciones

En este sentido, la célebre sentencia Achmea[31], dictada por el TJUE el 6 de marzo de 2018, establece límites a la expansión del arbitraje de inversiones dentro de la UE. La sentencia expresa con rotundidad la incompatibilidad de este tipo de cláusulas cuando las disposiciones del tratado contravienen abiertamente el ordenamiento jurídico comunitario y se trate de acuerdos de inversión entre países miembros. Evidentemente, esto no supone el final del arbitraje de inversiones recogido en los tratados de inversión entre Estados

31 STJUE (Gran Sala) del 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, entre la República Eslovaca y Achmea BV. Se resuelve a propósito de la cláusula ISDS contenida en el tratado bilateral de inversiones (TBI), celebrado en 1991, entre los Países Bajos y la antigua República de Checoslovaquia, señalando por el alto tribunal de la UE la incompatibilidad del arbitraje de inversiones entre Estados e inversores de la UE cuando se sustrae al control jurisdiccional la aplicación e interpretación del propio Derecho de la UE.

miembros de la UE (APPRI intra-UE), sino un claro límite a la discrecionalidad de los laudos emitidos por los tribunales arbitrales en casos de inversiones internacionales, los cuales deberán respetar siempre las reglas de juego.

No obstante, la sentencia Achmea no resuelve el problema asociado a las cláusulas ISDS, porque si bien cuestiona este tipo de arbitraje, no aborda la legitimidad de estas convenciones internacionales cuando se suscriben entre países miembros de la UE y potencias extranjeras fuera de sus fronteras (APPRI extra-UE).

4.2. Arrinconamiento y evanescencia del contradictorio

Las cláusulas ISDS pactadas en el ámbito internacional contienen un germen disolvente del principio de contradicción procesal tal y como se concibe dialécticamente en el proceso jurisdiccional actual. En descargo del arbitraje de inversiones, debe advertirse que esta concepción evanescente del contradictorio se refleja en los procedimientos CIADI. Desde la codificación del derecho procesal en los diversos Estados nacionales, se han entremezclado dos conceptos procesales distintos: proceso y procedimiento, reduciéndolos a una mera sucesión ordenada de actos.

Como sostiene Picardi, «en este cuadro, no se puede negar que el contradictorio no representa una necesidad "inmanente" al proceso, porque no se refiere directamente al momento fundamental del juicio. Su función se agota en garantizar a las partes la "paridad de armas" a través de una mecánica contraposición de tesis y, por tanto, en último análisis, en un instrumento de lucha»[32].

Así las cosas, los procedimientos de solución de disputas de inversiones del CIADI adoptan una concepción procedimentalista que margina la relevancia dialéctica del principio de contradicción. Este se diluye como un elemento más dentro de un esquema lógico-formal que organiza esa sucesión ordenada de actos. Y todo ello sigue un esquema rígido, ya superado por una concepción revalorizadora del contradictorio, que lo entiende más allá del ámbito lógico-formal bajo una perspectiva argumentativa, desarrollada en la dialéctica procesal entre las partes y el juez[33].

32 Nicola Picardi, *La jurisdicción en el alba del tercer milenio* (Lima: Communitas, 2009), 348.
33 Picardi, *La jurisdicción en el alba*, 346-350.

No obstante, las cláusulas ISDS no solo debilitan el principio contradictorio al abrirse a fórmulas como la conciliación y la mediación, sino que la propia estructura lógica del procedimiento arbitral de inversiones contribuye a relegar su importancia, ubicándolo en un plano secundario dentro del esquema procedimental.

4.2.1. Debilidad del contradictorio en el arbitraje ISDS

Las reglas procesales de los procedimientos de arbitraje desarrolladas por el CIADI[34] muestran una clara infravaloración del debate procesal. El viejo aforismo *audiatur et altera pars* se refleja de forma muy débil en el procedimiento arbitral del CIADI, tanto en los actos escritos como en los actos orales, si se compara con la dinámica usual del contradictorio en los procesos civiles.

Por un lado, la dinámica de los actos de alegación escrita —denominados memoriales— responde a una concepción puramente formal del contradictorio procesal, sin alcanzar el dinamismo dialéctico que caracteriza los actos de alegación fundamentales de los procesos civiles (demanda y contestación). Esto puede observarse en la regla 31 de las reglas procesales de los procedimientos arbitrales CIADI.

Por otro lado, los actos orales carecen también de un adecuado desarrollo reglado equiparable a las normas que detallan el contradictorio en el proceso jurisdiccional. Además, este principio está condicionado por las facultades de intervención directas *ex officio iudicis*. Expresamente, las reglas 32 (actuaciones orales) y 34 (prueba) reflejan cómo el tribunal puede superponerse a las partes, lo que se traduce en una superficialidad en la ordenación de los actos de alegación y prueba. Este enfoque margina el contradictorio en los procedimientos del CIADI, que no puede compararse cualitativamente con la manifestación de este principio en el proceso jurisdiccional.

4.3. Imposibilidad de ejercicio de la función nomofiláctica

El arbitraje ISDS impide el desarrollo de doctrina jurisprudencial, vetando el tradicional papel de la jurisprudencia como fuente complementaria del ordenamiento jurídico. Además, imposibilita la corrección de eventuales contra-

34 Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje CIADI del 10 de abril de 2006, ver http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-spa/partF.htm

venciones entre el laudo arbitral y el ordenamiento jurídico estatal o supraestatal, incluidos los tratados de protección de inversiones.

5. El modelo actual de cláusulas ISDS y la transformación de la solución de disputas arbitrales internacionales

La entrada en vigor del primer tratado bilateral de inversiones en 1960[35] introdujo, a través de la vía convencional internacional, el uso de cláusulas ISDS, que por sí mismas no deben ser demonizadas, tal y como hemos dicho anteriormente. Sencillamente, no son intrínsecamente buenas ni malas, sino herramientas diseñadas para facilitar la inversión en lugares donde las condiciones de seguridad jurídica no son suficientes para atraer inversores. Por ello, es importante destacar que los tratados de inversiones y, con ellos, las cláusulas ISDS, han sido fundamentales para la expansión de la globalización económica. De este modo, han permitido el desarrollo de inversiones en numerosos Estados que, sin estos instrumentos, tendrían pocas posibilidades de atraer capital extranjero o garantizar una protección judicial efectiva para los intereses de los inversores en sus propios tribunales.

No obstante, desde aquel lejano 1960, las célebres cláusulas ISDS empezaron a proliferar en la escena convencional internacional vinculada a los negocios de inversión, pero eso no significa que deban verse *a priori* como inmaculadas y sin posibilidad de perfección. A mi juicio, la adopción acrítica de estas cláusulas ha dado lugar a un fenómeno preocupante. Este régimen de solución de disputas parece reconocer de forma superficial las garantías de independencia e imparcialidad, especialmente al compararlas con las garantías

35 Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) entre la República de Alemania Federal y la República Dominicana, suscrito el 16 de diciembre de 1959, y que entró en vigor el 3 de junio de 1960. Conviene tener presente este dato cierto: es un error pensar que el primer APPRI eficaz fue el celebrado entre la República de Alemania Federal y la República Islámica de Pakistán el 25 de noviembre de 1959, que entró en vigor el 28 de noviembre de 1962, aunque fue el primero en ser suscrito. Véase Leonardo Granato y Carlos Oddone, «La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión», *Tendencias. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño*, vol. VIII, n.° 2 (2007): 50. Es cierto que los autores mencionan la fecha de suscripción del convenio, pero no la de entrada en vigor, y, por tanto, no señalan el momento histórico exacto en que el acuerdo de inversión comenzó a desplegar efectos jurídicos. Ver https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx#a47

reconocidas a nivel constitucional y en la legislación procesal de cada Estado para el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

5.1. El impacto de las cláusulas ISDS en la globalización económica

El vertiginoso desarrollo de los APPRI y otros acuerdos internacionales de inversión ha desafiado los paradigmas de justicia tal y como se entendían desde el surgimiento de los Estados modernos. La tesis de la exclusividad jurisdiccional estatal y la tesis del mantenimiento de la estatalidad del proceso, como instrumento por excelencia para solucionar controversias, han sido superadas por la realidad jurídica de un mundo globalizado.

En este sentido, no hay más ciego que quien no quiere ver ni más sordo que quien no quiera oír. La jurisdicción ha trascendido el estrecho margen de la estatalidad, y proliferan jurisdicciones fuera del ámbito estatal. De igual modo, el proceso ha adquirido una notoria dimensión extraestatal que abarca tanto el ámbito público como el privado. No se trata de algo que no hayamos conocido ya históricamente[36].

5.2. La tensión entre lo público y lo privado en el arbitraje de inversiones

El binomio de lo público y lo privado es connatural al mundo del derecho, y en la solución de controversias de inversiones volvemos a observar la tensión entre ambos elementos de ese binomio, constantemente presentes en el universo jurídico. Ya dejó escrito Horacio aquello de *naturam expellas furca tamen usque recurret*[37].

Y, sin embargo, esto no significa que el arbitraje de inversiones deba seguir desarrollándose como hasta ahora, generando una formidable oposición crítica y todo tipo de suspicacias, no siempre infundadas. El arbitraje internacional, especialmente el de inversiones, puede superar la encrucijada en que actualmente se encuentra[38]. Esto es posible mediante la incorporación del acervo histórico de garantías que caracterizan al contradictorio procesal, con el objetivo de alcanzar un procedimiento simplemente justo.

---

36 Picardi, *La jurisdicción en el alba*…, 9-28.
37 Horacio, *Epístolas*, 1.10.24.
38 Véase Cremades, *El arbitraje internacional*…, 1-100.

5.3. La transformación del paradigma de justicia y la esperanza para el futuro

Estamos, pues en un momento clave de transformación del paradigma de justicia, que obliga a replantear el papel de lo público y lo privado en la solución de conflictos. El arbitraje de inversiones no puede evadir el poderoso influjo que impulsa a racionalizar este nuevo enfoque, con el fin de eliminar cualquier sombra de arbitrariedad.

Recordando el mito de Pandora, observemos que Zeus, en su deseo de vengarse de Prometeo, quien desveló el secreto del fuego a los hombres a través del sufrimiento de su hermano Epimeteo, entregó como regalo de bodas a la mujer de este, Pandora, una misteriosa caja. Cuando la curiosidad llevó a Pandora a abrirla, todos los males del mundo escaparon, quedando en su fondo solo la esperanza. De ahí proviene el popular dicho de que la esperanza es lo último que se pierde.

Referencias

Ackerman, Robert. «Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital». *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2006, n.° 1 (2006): 165-180. https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2006/iss1/13

Aliste Santos, Tomás. *Sistema de Common Law*. Salamanca: Ratio Legis, 2013.

Aliste Santos, Tomás. «Crisis de los presupuestos epistemológicos de la justicia en el mundo actual». En *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*, coordinado por Tomás Javier Aliste Santos y María Luisa López Huguet, 315-343. Barcelona: Atelier, 2017.

Aliste Santos, Tomás, «Conjunciones y disyunciones procesales entre el nuevo y el viejo paradigma de justicia global». En *Justicia informal*, coordinado por Tomás Javier Aliste Santos, Juan Ramón Liébana Ortiz y Armando Alvares García Júnior, 71-90. Barcelona: Atelier, 2018.

Alvares García, Armando. «La renuncia jurisdiccional del Estado en las controversias sobre inversiones internacionales y el arbitraje CIADI». En *Justicia informal*, coordinado por Tomás Javier Aliste Santos, Juan Ramón Liébana Ortiz y Armando Alvares García Júnior, 265-314. Barcelona: Atelier, 2018.

Amrani-Mekki, Soraya. «El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil». En *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, traducido por Clara Hervás, editado por Federico Carpi y Manuel Ortells. Vol. I, 93-135. Valencia: Universitat de Valencia, 2008.

Andrés Ibáñez, Perfecto. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales penales*. *La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

Armenta Deu, Teresa, coord. *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

Barona Vilar, Silvia. «Proceso civil y penal ¿líquido? en el siglo XXI». En *Justicia civil y penal en la era global*, 20-68. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3511626

Cadiet, Loïc. «Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia». En *Civil Procedure Review*, vol. 3, n.° 3 (aug.-dec., 2012): 3-35.

Carpi, Federico. «La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Vol. 70, n.° 3 (2016): 811-820.

Chase, Oscar. *Derecho, cultura y ritual*, traducido por Fernando Martín Di. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

Cremades, Bernardo. *El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica*. Discurso pronunciado el 19 de marzo de 2018 con motivo de su incorporación como miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1413/El%20arbitraje%20internacional%20en%20la%20encrucijada%20de%20la%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1&isAllowed=y

De la Oliva, Andrés. «ADR, o la riscoperta dell`acqua calda». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Vol. 70, n.° 2 (2016): 507-514.

De Urbano Castrillo, Eduardo. «La crisis de la jurisdicción penal en un contexto globalizado». En *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*, coordinado por Tomás Javier Aliste Santos y María Luisa López Huguet, 345-367. Colección Derecho Global. Barcelona: Atelier, 2017.

Fraser, Nancy. «Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado». *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, n.° 39 (2005): 69-87.

Gascón Inchausti, Fernando. *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Granato Leonardo y Carlos Oddone. «La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión». *Tendencias. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño*. Vol. VIII, n.° 2 (2007): 43-66.

Koser, Reinhold. *Geschichte Friedrich des Grossen*. Vol. III, 4.ª ed. Stuttgart: J.G. Cotta, 1913.

Marcilla Córdoba, Gema. «Desregulación, estado social y proceso de globalización». *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.° 28 (2005): 239-263.

Picardi, Nicola. *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*. Lima: Communitas, 2009.

Pérez Escalona, Susana. «El arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: la reforma del CIADI y el papel de la Unión Europea». En *Justicia informal*, coordinado por Tomás Javier Aliste Santos, Juan Ramón Liébana Ortiz y Armando Alvares García Júnior, 315-333. Barcelona: Atelier, 2018.

Refo, Priscila. «The Vanishing Trial», *Litigation. The Journal of the Section of Litigation American Bar Association*. Vol. 30, n.º 2 (Winter 2004): 1-4.

Sandoval Shaik, Darío. «Arbitraje de inversiones y globalización». En *Justicia informal*, coordinado por Tomás Javier Aliste Santos, Juan Ramón Liébana Ortiz y Armando Alvares García Júnior, 231-263. Barcelona: Atelier, 2018.

Stipanowich, Thomas. «ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution"». J*ournal of Empirical Legal Studies* 1, n.° 3 (2004): 843-912. https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2004.00025.x

Taruffo, Michele. «Aspectos de la crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (AFDUAM), n.° 3 (1999): 61-75.

Taruffo, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Traducido por Maximiliano Aramburo Calle. Colección: Proceso y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Yound, William. «Vanishing Trials, Vanishing Juries, Vanishing Constitution». *Suffolk University Law Review*. Vol. XL, n.° 1 (2006): 67-94.

Conflicto de intereses
El autor no presenta conflicto de intereses.

Financiamiento
Autofinanciado

Correspondencia
tomas.aliste@unir.net

Trayectoria académica del autor
Tomás J. Aliste Santos es profesor titular de Derecho Procesal en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), España; director académico del Máster en Arbitraje Internacional de UNIR y académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.