

ESTÁNDARES EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN: ¿CHOQUE DE TRADICIONES?

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La (válida) preocupación*. III. *Estándares como un instrumento de la técnica jurídica*. IV. *Estándares vs. reglas: ¿qué es mejor?*
V. *Comentario final*.

I. INTRODUCCIÓN

La abstracción de las disciplinas en los tratados de inversión ha dado mucho de qué hablar, particularmente para Estados de tradición civilista. El motivo: a diferencia de países de *common law* —quienes se sienten como peces en el agua con “estándares” — a los países civilistas les son ajenos. O por lo menos así parece.

¿Estamos ante ello frente a un “choque de tradiciones”? La respuesta que postularé es negativa. Para ello, se abordará la preocupación (§II), los estándares como un instrumento de la técnica jurídica (§III), sus ventajas y desventajas (§IV), para finalizar con un comentario conclusivo (§V).

* Árbitro y abogado en arbitrajes nacionales e internacionales. González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx). Observaciones bienvenidas a fgcos-sio@gdca.com.mx

II. LA (VÁLIDA) PREOCUPACIÓN¹

Una preocupación del arbitraje de inversión que, si bien no he escuchado a nadie decir, posiblemente esté en proceso de gestación, o es el aspecto que aún no se articula por aquellos críticos de la institución cuando dicen que hay “algo” mal con la misma: el estándar de revisión, bajo el cual se juzga conducta gubernamental bajo tratados de inversión, difiere del derecho originalmente aplicable, no sólo en cuanto a contenido, sino también en cuanto a método. Me explicaré.

México sigue un sistema de tradición civilista y, en su mayoría, involucra un sistema de legislación por reglas. Lo anterior implica que, en general, el derecho mexicano está compuesto por reglas y no por estándares. Las autoridades mexicanas están acostumbradas a saber cuáles son sus facultades y poderes, así como su alcance, mediante la revisión de cuerpos legislativos que detallan con bastante precisión no sólo qué deben hacer, sino también cómo hacerlo. Saben que si siguen dichas reglas, su conducta no será tildada de inválida (o inconstitucional).

Las autoridades mexicanas no están acostumbradas a estándares. Cuando observan derecho basado en estándares sienten que no se proporcionan suficientes lineamientos sobre el nivel de escrutinio al cual se someterán sus actos. Esto es en contraste con otros sistemas, notoriamente el consuetudinario (*common law*) y el internacional. Por consiguiente, esta divergencia constituye una fuente de tensión, confusión y crítica que es válida, por lo menos desde la perspectiva de estas autoridades.

Desde la perspectiva de las autoridades mexicanas, dada la ambigüedad de estándares y diferencia de método, qué puede constituir una violación a un tratado de inversión es el resultado de una apreciación totalmente casuista, subjetiva y a “toro pasado”. En el

¹ Esta sección se inspira en el estudio que la *Revista de Arbitraje Internacional* publicará bajo el título “Arbitraje de inversión à la mexicaine”.

momento en que ocurren los eventos, no tienen manera de saber quién será el tribunal arbitral que los aquilatará ni su perfil.

Lo anterior no sólo en cuanto al contenido del estándar, sino también en cuanto al método para determinar su contenido y su aplicación.

Lo cual genera la siguiente interrogante: ¿qué hacer?, ¿es ésta diferencia en antecedentes y métodos legales una razón lo suficientemente buena como para desechar todo el mecanismo de arbitraje de inversión?

III. ESTÁNDARES COMO UN INSTRUMENTO DE LA TÉCNICA JURÍDICA

Existen cuatro instrumentos que la técnica jurídica provee para regular: las reglas, los principios, los conceptos y los estándares. Estamos más familiarizados con las reglas, pues son más propias de los sistemas civiles. Pero los estándares no nos son ajenos —aunque sí excepcionales—.

Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad, preservando la seguridad que el derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento del “legislador” al “juzgador”.

Para esclarecerlo, lo compararé con aquél con el que estamos más familiarizados: la regla.

Mientras que la regla contiene una hipótesis que, de realizarse, de conformidad con el principio de causalidad, exige una “sanción”, el estándar contiene dos elementos: uno objetivo y uno subjetivo. El objetivo es normativo. Es el núcleo del concepto mismo, lo que desea lograr. El subjetivo es el ingrediente que el juzgador le incluye. Su experiencia e intuición.

Tomemos algunos ejemplos para ilustrar. Bajo el estándar de “razonabilidad” (*reasonableness*) del *common law* la rectitud (y licitud) de mucha conducta (verbigracia, responsabilidad civil ex-

tracontractual —*torts*—) depende de que el juzgador la considere *reasonable*. Es decir, acorde con el nivel de cuidado que una persona “razonable” empeñaría. Compárese con nuestra regla: es ilícito aquello que es contrario a una norma de orden público.²

Algunos conceptos relacionados son *due care* (debido cuidado) y *negligence* (negligencia) o *fault* (culpa), cuyo contenido —si se me permite una digresión— creo que es mejor comprendido por la fórmula Hand: existe negligencia cuando el costo de evitar el riesgo, multiplicado por su probabilidad de éxito, es inferior al costo de evitarlo.

Debido proceso (*due process*) es el estándar que el derecho constitucional estadounidense exige de procesos para constituir una válida forma de mermar a alguien de un derecho. Qué es “debido” ha sido interpretado por cientos (si no miles) de casos.

Y también existen ejemplos bajo derecho mexicano. Uno es el principio *bonus pater familias* como estándar de cuidado aplicable al fiduciario, la graduación de la culpa en derecho civil (leve, levísima, grave, gravísima) y el principio de proporcionalidad y equidad en materia impositiva— que está en vías de ser redefinido dada nuestra reciente reforma fiscal—.

Como puede observarse, nuestra tradición no es tan ajena a los estándares como podría pensarse.

IV. ESTÁNDARES VS. REGLAS: ¿QUÉ ES MEJOR?

La respuesta a la pregunta del título de esta sección es contundente: ninguno es superior. Son distintos.

Se trata de dos herramientas que ofrecen ventajas y desventajas, lo cual las hace más adecuadas para ciertas áreas, e inadecuadas para otras. Para ver por qué, comparémoslos.

Los estándares y las reglas son como cualquier otra herramienta: son idóneos para ciertas cosas e inútiles para otras.

² Artículo 1830 del Código Civil Federal.

REGLA	ESTÁNDAR
Hipótesis con requisitos	Concepto que deja espacio de adaptación
Aplicación mecánica	Análisis circunstancial
Razonamiento lógico (deductivo)	Razonamiento intuitivo (experiencia)
Seguridad jurídica	Mejor respuesta <i>in casu</i>
Justicia formal	Justicia sustantiva
Aplicación económica (economiza información)	Aplicación onerosa (requiere mucha información)
Suprime información relevante	Necesita mucha información
Fija	Mutable
Rígida	General y flexible
Inadaptable	Adaptable
Predecible	Difícil de predecir
Facilita planeación	Dificulta planeación estratégica
Exige poco de su aplicador	Exige mucho de su aplicador
Reduce discreción	Da discreción
Rápidamente rebasada por la realidad	Se ajusta a cambiante realidad
Función esclarecedora	Función armonizadora
Adopta posturas arbitrarias	Favorece juicio circunstancial
Dinamismo de la realidad, genera necesidad de excepciones <i>ad hoc</i>	Evita casuismo
Hace cortes dicotómicos en una realidad continua	Toma en cuenta toda la realidad
Si son numerosas, son difíciles de aprender. Se convierten en trampas	Correctamente diseñado, captura intuición sobre conducta y se hace fácil aprender e implementar
Puede ser miope	Puede ser vago
Buena para dar claridad	Facilita acuerdos en áreas difíciles

Su utilización en tratados de inversión es astuta. La regulación vía regla haría difícil —si no es que imposible— llegar a un acuerdo. El motivo: la políticamente delicada historia de la materia.³

V. COMENTARIO FINAL

Retomo la interrogante con la que acaba la sección II de este ensayo, y respondo negativamente.

El sostener que dicha diferencia es suficiente para deshacerse de la institución sería una postura localista y reprochable. Implicaría que problemas de tipo Torre de Babel son insuperables, cuando en verdad no lo son. Crear paredes legales simplemente por la existencia de diferencias culturales o jurídicas nunca es la mejor solución. Las diferencias son mejor apreciadas como oportunidades que como problemas.

Pero es necesario tomar cartas en el asunto. Las diferencias necesitan ser entendidas y utilizadas a favor de la institución. Para ello, considero que existen dos pasos inmediatos y necesarios. Primero, a nivel local: algún tipo de campaña de divulgación y conocimiento del derecho internacional de la inversión extranjera debe tener lugar para familiarizar a las autoridades locales con dichos estándares. Esto reducirá la división entre las perspectivas locales e internacionales que en forma creciente merecen menos mérito. En segundo lugar, los tribunales arbitrales deben entender las diferencias e incluirlas en su proceso de toma de decisiones (incluyendo las determinaciones fácticas y la aplicación de derecho) con la finalidad de no apresurarse a encontrar una violación cuando pueda ser que estén en presencia de una diferencia cultural o legal.

En gran medida este segundo paso ya tiene lugar. Al escoger un árbitro con los antecedentes legales y culturales del Estado anfitrión,

³ Para abundar, véase González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, pp. 457 y ss

no sólo se filtra el derecho nacional al proceso cognoscitivo del tribunal, sino también el *modus operandi* local. Visto de esta perspectiva, esto es precisamente lo que hace del arbitraje de inversión la institución mejor equipada para resolver el fenómeno descrito.