



OBSERVATORIO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO

Revista

OBSERVATORIO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO

Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe · IEALC

ISSN 1853-2713

<https://publicaciones.sociales.uba.ar/observatoriolatinoamericano/>

Volumen 6 · Número 1 (enero-junio, 2022)

El trilema del régimen de solución de controversias inversor-Estado

Magdalena Bas Vilizzio

RECIBIDO: 5 de abril de 2022

APROBADO: 26 de mayo de 2022

El trilema del régimen de solución de controversias inversor-Estado

Magdalena Bas Vilizzio
UNLP – UdeM – UdelaR

Resumen

El régimen de solución de controversias inversor-Estado surca una profunda crisis de legitimidad. En este marco, esta pieza argumenta que los Estados enfrentan un trilema, esto es, no pueden al mismo tiempo mantener la gobernanza global del régimen, brindar locus standi a los inversores extranjeros y preservar la soberanía regulatoria. La elección de dos vértices tiene consecuencias: relegar el tercero. Si eligen la gobernanza global y el locus standi, se mantienen en el arbitraje inversor-Estado tradicional, un régimen que condiciona la soberanía. Si, por el contrario, seleccionan el locus standi y la soberanía regulatoria, el resultado es el reforzamiento de las jurisdicciones domésticas (el regreso de la doctrina Calvo). Finalmente, si optan por la soberanía regulatoria, pero manteniendo la gobernanza global, el resultado es una restricción en el acceso al arbitraje, excluyendo los reclamos relativos a medidas de protección de los derechos humanos, la salud pública o el medioambiente.

Palabras clave: *solución de controversias inversor-Estado – trilema – sobería regulatoria – gobernanza global*

Abstract

The investor-State dispute settlement (ISDS) regime is undergoing a deep crisis of legitimacy. This piece argues that States face a trilemma, that is, they cannot at the same time maintain the global governance of the regime, provide locus standi to foreign investors and preserve regulatory space. The choice of two of the vertices has consequences: relegating the third. If they choose global governance and locus standi, they remain in traditional investor-state arbitration, a regime that conditions sovereignty. If, on the contrary, they select the locus standi and regulatory sovereignty, the result is the reinforcement of domestic jurisdictions (the return of the Calvo doctrine). Finally, if they opt for regulatory sovereignty but maintaining global governance, the result is a restriction on access to arbitration, excluding claims related to measures to protect human rights, public health, or the environment.

Keywords: *Investor-State dispute settlement – trilemma – regulatory space – global governance*

1. Punto de partida

El régimen de solución de controversias entre inversores extranjeros y Estados se encuentra en medio de una crisis de legitimidad, los cuestionamientos están arraigados tanto en aspectos procesales como sustanciales. Desde el punto de vista procesal o formal, se señalan las inconsistencias en la jurisprudencia, la inapelabilidad de los laudos, el hermetismo que redundaba en falta de transparencia en la adopción de decisiones, así como la posibilidad de eludir los tribunales locales al no preverse el agotamiento de la jurisdicción doméstica como regla general. Desde el punto de vista sustancial el foco de la crítica suele estar en la tensión entre los mecanismos arbitrales y el ejercicio de los poderes soberanos de los Estados: los tribunales arbitrajes *ad hoc* actuando como órganos de

contralor externo de la legalidad o ilegalidad de los actos estatales (Hernández González, 2017; Van Hurten y Loughlin, 2006; Postiga, 2013) y el fenómeno del enfriamiento regulatorio, como consecuencia de las demandas o amenazas de demandas (De Zayas, 2015; Tienhaara, 2011).

La crisis de legitimidad es tanto normativa como sociológica (Keohane, 2009), en el entendido que las audiencias relevantes no aceptan el conjunto de normas como un sistema digno de ser apropiado y obedecido. Si bien el régimen actualmente es sostenido por un andamiaje regulatorio de más de 3200 acuerdos internacionales de inversiones, son ejemplos de contestación desde el Sur Global¹ la denuncia unilateral del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales otros Estados (Convenio de Washington) por parte de Bolivia (2007), Ecuador (2009-2021²) y Venezuela (2012), así como la propuesta del nuevo modelo de acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones de Brasil.

La contestación inicialmente arraigada en el Sur Global, actualmente también se manifiesta en otras geografías. Es ilustrativa la situación de la Unión Europea, aunque presente una posición ambivalente conforme sean acuerdos entre miembros o con terceros (dualidad intra-extra Unión Europea). En el caso C-284/16 relativo al arbitraje de Achmea contra Eslovaquia³, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que el mecanismo arbitral inversor-Estado previsto en el Tratado bilateral de inversión (TBI) entre los Países Bajos y Eslovaquia era incompatible con los tratados de la Unión Europea⁴. Por consiguiente, el 5 de mayo de 2020, 23 miembros celebraron el Acuerdo para la terminación de los TBI entre Estados miembros de la Unión Europea, cerca de 190 tratados. El texto jurídico entró en vigor el 29 de agosto de 2020 y es una demostración de que, aunque con matices, la tendencia que se originó en el Sur se extendió hacia el Norte Global, que incluso presenta alternativas al régimen actual como el sistema de tribunales de inversión⁵.

¹ El concepto de Sur Global o Norte Global no responde a una mera división geográfica en términos de hemisferios, sino que se trata de una etiqueta con la que se autoperceben los Estados (Brun, 2021).

² Mediante el Decreto Ejecutivo 122, de fecha 16 de julio del 2021, Ecuador retorna al Convenio de Washington, el cual entra en vigor para Ecuador el 3 de setiembre de 2021. Se trata de un caso excepcional de “reingreso” de un Estado a un acuerdo internacional que previamente había denunciado. A pesar de su excepcionalidad en los hechos, ninguna disposición de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados entre estados (1969) o del Derecho Internacional Público general prohíbe o limita dicha conducta estatal.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de marzo de 2018, Slowakische Republik/Achmea BV, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?Uri=CELEX:62016CJ0579>

⁴ La sentencia sigue el razonamiento del mismo tribunal en el caso C-478/07 Budějovický Budvar, en cuya sentencia del 8 de setiembre de 2009 afirma que los tratados bilaterales deben ser compatibles con las normas de la Unión Europea, de lo contrario no deben aplicarse. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0478&from=en>

⁵ Este sistema ya está incluido en el Acuerdo Económico y Comercial Global con Canadá, la modernización del Acuerdo Comercial con México, el Acuerdo de Inversiones con Singapur, y el Acuerdo de Inversiones con Vietnam.

Asimismo, el régimen de solución de controversias inversor-Estado ha sido arena de disputa entre los regímenes de protección de inversiones extranjeras y de protección de los derechos humanos, el medioambiente o la salud pública. En este sentido, se destacan las controversias Philip Morris contra Uruguay (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) caso número ARB/10/7) relativo a las medidas de control del tabaco; el caso Renco contra Perú sobre estándares de calidad del aire (CIADI caso número UNCT/13/1)⁶; Aguas del Tunari contra Bolivia sobre el acceso al agua potable (CIADI caso número ARB/02/3); Vattenfall contra Alemania relacionada con la terminación de la energía nuclear, a fin de evitar accidentes como el ocurrido en 2011 en la central nuclear de Fukushima (CIADI caso número ARB/12/12)⁷.

En este contexto en el que se cuestiona el alcance de la solución de controversias inversor-Estado como medio para proteger inversiones extranjeras frente a la capacidad estatal para regular, parafraseando el título del libro de Rodrik (1997), ¿la solución de controversias inversor-Estado ha ido demasiado lejos? Esta pieza argumenta que los Estados enfrentan un trilema respecto al régimen, esto es, no pueden al mismo tiempo mantener la gobernanza global, brindar *locus standi* (capacidad procesal) a los inversores extranjeros y preservar la soberanía regulatoria. Ilustrando los elementos anteriores como los tres vértices de un triángulo, solo dos de los tres vértices pueden ser alcanzados en forma conjunta, debiendo siempre relegarse el tercero. En los siguientes apartados se buscará dar respuesta a las siguientes preguntas: 1) ¿cómo se decodifica el trilema?, esto es, ¿qué características tiene cada vértice?; 2) ¿cuál es el menú de opciones resultante conforme a la unión de pares de vértices?

2. Decodificando el trilema

2.1. Los vértices

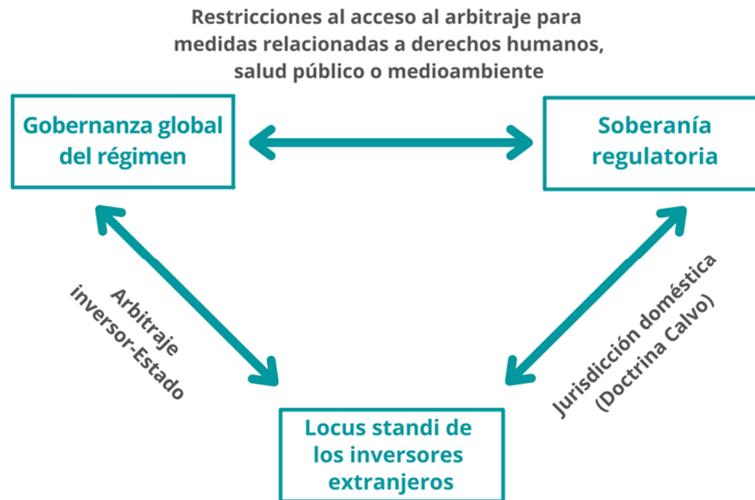
El régimen de solución de controversias inversor-Estado entraña en sí mismo un trilema: es imposible alcanzar al mismo tiempo la soberanía regulatoria, el *locus standi* de los inversores extranjeros y la gobernanza global (ver Figura 1). Si los Estados deciden profundizar la soberanía regulatoria, deben elegir entre mantener el derecho de los inversores extranjeros –en su mayoría empresas transnacionales– a comparecer y ser escuchados ante los tribunales, o bien ser parte de la gobernanza global del régimen internacional –un conjunto de reglas e instituciones creadas bajo el principio de la

⁶ Pese a que el arbitraje culminó y el tribunal falló a favor del Estado, el inversor presentó un nuevo reclamo basándose en el mismo acuerdo (TBI Estados Unidos-Perú) pero en una jurisdicción diferente: la Corte Permanente de Arbitraje (caso número 2019-46).

⁷ El caso fue suspendido el 13 de marzo de 2021 por acuerdo de partes, en el que el Estado se compromete a indemnizar 1,43 millones de euros por el cierre de las plantas en Brunsbüttel y Krümmel.

protección de las inversiones extranjeras.- En cambio, si los Estados se focalizan en el *locus standi* de los inversores extranjeros, la opción es entre gobernanza global y la soberanía regulatoria. Finalmente, si el centro de dicha elección es la soberanía regulatoria, el Estado no puede profundizar al mismo tiempo la gobernanza global del régimen y el *locus standi* de los inversores extranjeros.

Figura 1: El trilema del régimen de solución de controversias inversor-Estado



Fuente: elaboración propia.

2.2. La gobernanza global del régimen de solución de controversias inversor-Estado

La gobernanza global del régimen de solución de controversias inversor-Estado está basada en una densa red de más de 3.200 acuerdos internacionales de inversión, conformada por tratados bilaterales de inversión, capítulos de inversión previstos en tratados de libre comercio, acuerdos plurilaterales como el Tratado de la Carta de Energía, entre otros. A pesar de la ausencia de una organización internacional específica que se encargue de gobernar el régimen de forma holística, algunos organismos internacionales cumplen funciones como la administración de tribunales arbitrales *ad hoc* tribunales (por ejemplo, el CIADI, la Corte Permanente de Arbitraje, o la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio), o la atracción de inversiones para Estados en desarrollo⁸ y reforma de régimen (en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo).

⁸ Si bien el concepto de desarrollo no ha sido nunca definido en el Derecho Internacional de Protección de Inversiones, los tribunales arbitrales habitualmente lo consideran como un criterio válido para identificar si las actividades empresariales se enmarcan en el concepto de inversiones previsto en un TBI determinado. De ahí

Ahora bien, el Derecho Internacional no debe considerarse exclusivamente como un mecanismo para gobernar las cosas, en este caso las relaciones entre inversores extranjeros y los Estados receptores de la inversión. Siguiendo a Koskeniemi (2004:253), el Derecho Internacional también tiene como función generar espacios públicos en los que ciertos grupos, cuyos intereses no estén bien representados en la discusión que se presenta en las instituciones de gobernanza, puedan encontrar la posibilidad de hacer escuchar su voz.

Es en este aspecto que el régimen de solución de controversias inversor-Estado aún tiene falencias, ya que sus mecanismos no cuentan con espacios para otros actores que no son los centrales (Estados e inversores extranjeros, principalmente empresas transnacionales). Las comunidades locales, aquellas que reciben directamente los impactos de la inversión extranjera particularmente en los sectores extractivos, permanecen invisibilizadas y tienen pocas opciones legales para ser escuchadas (Perrone, 2019)⁹. En términos de Cotula (2020), las controversias complejas como el mencionado caso Eco Oro contra Colombia, confirman que existe una aproximación diferente hacia los derechos de las empresas transnacionales y los actores locales en el régimen internacional de protección de inversiones. De hecho, frente a la ausencia de respuestas en el Derecho Internacional, las demandas de las comunidades locales se han articulado desde un lenguaje más político que jurídico (Perrone, 2021), derivando en situaciones de resistencia y protesta social.

2.3. La soberanía regulatoria

El segundo vértice del trilema es la soberanía regulatoria¹⁰. Aunque el concepto en sí mismo aún está en construcción, esta puede definirse tomando como punto de partida los tres elementos que propone Krasner (1999) en “Soberanía. Hipocresía organizada”. Estos son: autoridad, legitimidad y control. Así, la soberanía regulatoria se caracteriza por la autoridad, ya que es el camino a través del cual el Estado ejerce su poder de regular internamente y el *jus tractatum*, participando de la creación del Derecho Internacional conforme a su interés. Asimismo, se caracteriza por la legitimidad, ya que su centro es la defensa de un conjunto básico de normas –legitimidad en términos normativos– y el

que el fin de coadyuvar al desarrollo del Estado receptor no solo sea una cuestión de carácter histórico que motiva el ingreso de los Estados en desarrollo al régimen, sino que también ha adquirido una función legal (Monebhurrum, 2017).

⁹ A modo de ejemplo pueden señalarse los escritos de *amicus curiae* (amigos de la corte) mediante los cuales pueden canalizarse las voces de las comunidades locales o las organizaciones de la sociedad civil que no son parte en el proceso, pero cuentan con un interés significativo. Sin embargo, son los tribunales arbitrales los que tiene la potestad de aceptar o rechazar los escritos. La regulación específica en el marco del CIADI puede encontrarse en la Regla 37 (2) introducida en el Reglamento de arbitraje en la reforma de 2006.

¹⁰ Un abordaje estrictamente conceptual puede verse en Bas Vilizzio (2020:284-288).

apoyo de las audiencias relevantes que lo aceptan como indicadores de las conductas a seguir –legitimidad en términos sociológicos (Krasner, 2006).

El objetivo de la soberanía regulatoria es defender el espacio de política pública, esto es, el conjunto de medidas adoptadas en un sujeto a un área de decisiones públicas, en cuyo corazón se encuentra el derecho de regular. Este último permite al Estado receptor adoptar medidas aún en contra de los compromisos internacionales asumidos, sin necesidad de incurrir en responsabilidad, y por ende reparar el daño (Titi, 2014:18). Es el derecho de regular el que establece un límite a las disposiciones de los tratados, de manera que el Estado no restrinja o condicione su soberanía como consecuencia de su propia conducta. En 2003, en el Informe sobre Inversiones en el Mundo, la UNCTAD ya había señalado la limitación a la soberanía, en términos de tensión entre los acuerdos internacionales de inversiones y la soberanía, como resultado de procesos de liberalización de los mercados y la necesidad –y el derecho– de los Estados de regular (UNCTAD, 2003, p. 145).

La jurisprudencia en materia de inversiones reconoció el derecho a regular en *Parkerings Companient AS contra Lituania* (CIADI caso ARB/05/8) reconociendo “el derecho y privilegio de un Estado” de ejercer los poderes legislativos soberanos sin cruzar el límite de la equidad y razonabilidad (párrafo 332)¹¹. En el laudo en la disputa *Philip Morris contra Uruguay* (CIADI caso ARB/10/7), el tribunal reconoce de manera más precisa y específica que “las Medidas Impugnadas fueron un ejercicio válido del poder de policía de Uruguay para la protección de la salud pública. En este carácter, no pueden constituir una expropiación de la inversión de las Demandantes” (párrafo 307).

Sin embargo, el reconocimiento del derecho de regular por la jurisprudencia no resultó suficiente para que el Estado no incurriera en responsabilidad internacional en la disputa *Eco Oro contra Colombia* (CIADI caso ARB/16/41). El tribunal acepta el derecho de regular en protección del Páramo de Santurbán (en relación la expropiación indirecta¹²), pero al mismo tiempo considera que el Estado incurre en responsabilidad por las medidas adoptadas (conforme al nivel mínimo de trato¹³). Esta incongruencia es la base de la opinión disidente del árbitro Philippe Sands y demuestra, en términos de Sierra (2021), que todavía queda un largo camino por recorrer en la corrección de desigualdades en el sistema.

¹¹ Un enfoque restringido puede verse en el laudo del caso *ADC contra Hungría* (CIADI caso ARB/03/16), al afirmar que por el ejercicio del derecho de regular un Estado no puede ignorar las obligaciones que asumió internacionalmente, por ejemplo, mediante un tratado de inversiones.

¹² Artículo 811 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá.

¹³ Artículo 805 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá.

Disputas como las anteriormente citadas demuestran que los tribunales también tienen un rol crucial en la definición del derecho de regular (Perrone, 2019). Este rol se vuelve fundamental frente a un concepto en construcción como el de soberanía regulatoria, cuyo contenido y contornos todavía no están definidos con precisión. La lista de áreas de regulación incluidas es flexible, a modo de ejemplo pueden indicarse la protección del medio ambiente, la salud pública –engloba a las medidas de control del tabaco, pero también aquellas vinculadas a los entornos alimenticios saludables–, la protección de la seguridad humana, el derecho humano al agua y saneamiento, entre otras. El papel que tienen de los Estados es crucial a la hora de negociar tratados en un marco de coherencia política frente a las normas de protección de derechos humanos, como establece el Principio rector número 9 en materia de derechos humanos y empresas¹⁴.

El concepto de soberanía regulatoria se opone a la idea que sustenta la sentencia de fondo de la Corte Permanente de Justicia, en el asunto del vapor Wimbledon del 17 de agosto de 1923. La Corte sostiene que la soberanía estatal no puede verse erosionada por la asunción de compromisos internacionales, puesto que esta actividad se realiza justamente en ejercicio del atributo de la soberanía (párrafo 35). Ahora bien, aunque la soberanía es la base para el *jus tractatum*, la afirmación anterior es discutible con relación a los límites del ejercicio de los derechos emanados de la soberanía, en particular cuando condicionan el derecho de regular. Asimismo, en la actualidad es cuestionable si la idea planteada en la sentencia no podría ser enmarcada dentro del concepto de autonomía en vez de soberanía¹⁵.

2.4. *El locus standi de los inversores extranjeros*

Finalmente, el tercer vértice de dicho trilema es el *locus standi* de los inversores extranjeros. El inversor extranjero, sea persona física o jurídica, tiene derecho a un *locus standi in judicio* (capacidad procesal) y al *jus standi* (acceso directo a los tribunales internacionales). En el caso del CIADI, el artículo 25 del Convenio del Washington establece que la institución tiene jurisdicción para entender en aquellas controversias inversor-Estado que sean de naturaleza jurídica, que tengan una relación directa con una inversión entre un Estado parte y un nacional de otro Estado parte de dicho tratado, y en

¹⁴ Expresamente el texto indica: “Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo, a través de tratados o contratos de inversión.”

¹⁵ Conforme a Puig (1980:148) la autonomía es “la máxima capacidad de decisión propia que se puede tener, tomando en cuenta los condicionamientos del mundo real”. Siguiendo esta línea de razonamiento es el ejercicio de la autonomía, y no el atributo de la soberanía, lo que permite al Estado articular y alcanzar sus fines independientemente de la conducta de terceros. Si bien el abordaje de Puig tiene como centro al Estado, reconoce el protagonismo internacional de otros actores no estatales como las empresas transnacionales.

las que exista una cláusula de prórroga de jurisdicción por escrito. La prórroga de jurisdicción puede encontrarse en un tratado bilateral de inversiones, el capítulo de inversiones de un tratado de libre comercio, un tratado plurilateral, un contrato entre la empresa y el Estado receptor de la inversión o incluso una ley de inversiones.

Este punto es contrastable con la ausencia de *jus standi* de la persona física frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este aspecto se relaciona directamente con el debate en torno a la subjetividad de las empresas transnacionales en el Derecho Internacional Público. Una parte incipiente de la doctrina ha indicado que dentro del régimen internacional de protección de inversiones las empresas transnacionales, en su carácter de inversor extranjero, podrían ser considerados sujetos (Álvarez, 2011). No obstante, se trataría de sujetos de carácter secundario o menor, en comparación con el Estado como sujeto originario y pleno, teniendo una subjetividad jurídica relativa y funcional (Bermejo García, 2015:103)¹⁶. En la misma línea, pero ubicando el foco en los poderes regulatorios a nivel internacional, Arato (2015) sostiene que el régimen ha posicionado a las empresas transnacionales como creadoras de normas jurídicas mediante prácticas como el enfriamiento o parálisis regulatoria.

En este punto cabe señalar que en el régimen de solución de controversias inversor-Estado no es de aplicación el instituto de protección diplomática, instituto en el que el Estado de la nacionalidad de la persona física o jurídica afectada presenta la reclamación como propia (Torroja Mateu, 2012). La protección diplomática deviene un derecho del Estado, no del protegido, y sus requisitos han evolucionado a lo largo del tiempo. En la actualidad tanto la doctrina mayoritaria como el Proyecto de artículos sobre protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (2006) condicionan el ejercicio de la protección diplomática a que el particular afectado tenga un vínculo de nacionalidad con el Estado reclamante, y que agote previamente de los recursos internos en el Estado incumplidor.

3. El menú de opciones

La negativa a seleccionar solo dos vértices es la base del trilema, y es la razón por la que la crisis de legitimidad continúa sin encontrar una solución. Como ilustra la figura 1, en un trilema solo es posible seleccionar un lado del triángulo y dicha elección deriva en: 1) mecanismos de arbitraje inversor-Estado tradicionales; 2) jurisdicción interna como opción prioritaria o única (regreso a la doctrina Calvo); y 3) restricción de las áreas

¹⁶ Se trata de una personalidad jurídica relativa ya que solo es oponible al Estado que la haya reconocido y funcional ya que está circunscripta a los derechos y deberes de los tratados en la materia.

susceptibles de arbitraje, en particular con relación a medidas de protección de los derechos humanos, la salud pública o el medioambiente.

3.1. Los mecanismos de arbitraje inversor-Estado tradicionales: nada nuevo en el horizonte

El primer lado del trilema es el que vincula los vértices de el otorgamiento de *locus standi* a los inversores extranjeros y la gobernanza global del régimen. El régimen de solución de controversias inversor-Estado, como parte del régimen mayor de protección internacional de inversiones, dentro de sus principales reglas se encuentra el *locus standi* y el *jus standi* de los inversores extranjeros, sean personas físicas o privadas. La regla anterior, debe sumarse a otras seis reglas típicas del régimen de solución de controversias inversor-Estado actual (Bas Vilizzio, 2018).

Las otras reglas son: 1) las normas prevén un período “de enfriamiento” (*cooling-off period*) previo al inicio del arbitraje, en el cual inversores y Estados receptores de la inversión intentan resolver la controversia de manera amical; 2) las normas jurídicas en las cuales se prevé la prórroga de jurisdicción raramente incluyen la obligación de agotar los recursos internos como requisito previo al inicio del arbitraje internacional; 3) los laudos son inapelables, para situaciones excepcionales reglamentos como el del CIADI prevé los recursos de revisión o anulación¹⁷; 4) las controversias son resueltas por tribunales *ad hoc*, los cuales pueden estar administrados por instituciones permanentes sin que esto los convierta en tribunales permanentes; 5) las existencia de cláusulas de ultractividad, que permiten que los inversores extranjeros puedan registrar arbitrajes aun después de terminados los tratados; 6) la cláusula de la nación más favorecida, que brinda la posibilidad de aplicar los mejores beneficios previstos en otro tratado.

Cabe señalar que no suelen preverse de manera general excepciones al arbitraje, siendo puntuales y recientes los tratados en que se excluyen áreas de regulación o establecen un reconocimiento explícito del derecho de regular de los Estados, como las medidas de control del tabaco en el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP por su sigla en inglés).

La selección de este lado del trilema relega la soberanía regulatoria, dados los efectos del régimen tradicional en términos de los poderes del tribunal como órgano de controlar externo de la legalidad de la acción o inacción estatal y el enfriamiento regulatorio. En cuanto al primero, son los tribunales *ad hoc* quienes terminan estableciendo los límites de los actos administrativos, legislativos y judiciales del Estado al ser de su competencia el establecimiento de una indemnización o incluso dejarlos sin efecto. Asimismo, como se

¹⁷ Reglas 50 y siguientes del Reglamento de arbitraje del CIADI.

indicó anteriormente, los procesos arbitrales dejan de lado a las comunidades locales que reciben el impacto directo de la inversión. Su participación en el procedimiento queda circunscripta a la presentación de *amicus curiae*, quedando a criterio del tribunal su aceptación¹⁸.

El enfriamiento o parálisis regulatoria se presenta cuando frente a una demanda o amenaza de demanda el Estado se abstiene de regular, esto es, retira o suspende el tratamiento legislativo de un proyecto, no avanza o pospone la aprobación de una nueva norma o modifica las existentes. Esta situación se puede dar tanto con relación al Estado que recibe la demanda (o la amenaza de demanda) como con terceros. El caso Philip Morris Asia contra Australia (caso Corte Permanente de Arbitraje número 2012-12), en el marco de las medidas de control del tabaco (empaque plano), lleva a que Nueva Zelanda suspenda el tratamiento legislativo de un proyecto de similares objetivos. El tratamiento legislativo se retoma una vez que la demanda fue desestimada por cuestiones de forma, y se concreta en los hechos en 2017¹⁹.

Desde el paradigma de la vulnerabilidad desarrollado por Fineman (2010, 2019), el enfriamiento regulatorio condicionaría el rol del Estado (*responsive State*) que debe dar “respuesta” frente al individuo como sujeto vulnerable. Este condicionamiento se presentaría con mayor énfasis en aquellas áreas de interés público como el medioambiente, la salud, el acceso al agua y saneamiento, entre otras. Para Fineman la vulnerabilidad es una condición del ser humano, pero puede graduarse en función de la diferente ubicación que las personas tienen en las redes de relaciones económicas e institucionales. Por tanto, la vulnerabilidad es universal y particular, y el rol de las instituciones estatales está en responder a la vulnerabilidad con el fin de coadyuvar a la construcción de resiliencia y crear oportunidades.

3.2. Priorizar la jurisdicción doméstica: el regreso a la doctrina Calvo

El segundo lado del trilema es el que une el vértice del *locus standi de* los inversores extranjeros con la soberanía reguladora, por tanto, decide dejar de lado a la gobernanza global de la solución de controversias inversor-Estado. Con esta decisión, se prioriza la jurisdicción doméstica –se fortalece en detrimento de la jurisdicción internacional– planteándose un regreso a la doctrina Calvo. Recogida en diversas constitucionales latinoamericanas del siglo pasado, la doctrina Calvo condicionaba la inversión extranjera

¹⁸ Este punto es destacado en la carta enviada el 25 de octubre de 2017 al anterior presidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump, firmada por 230 profesores universitarios de Derecho y Economía, en la que se lo insta a la exclusión del arbitraje inversor-Estado del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá y otros (Stiglitz y otros 2017).

¹⁹ Smoke-free Environments Regulations 2017 disponible en: <https://www.legislation.govt.nz/regulation/public/2017/0123/latest/whole.html>

a la jurisdicción doméstica del Estado huésped, abandonando la protección diplomática del Estado de nacionalidad de los inversores (Amorim y otros, 2021). El “no de Tokio” constituye, por tanto, la su expresión máxima a nivel multilateral.

La práctica de Brasil, como clásico “externo” al régimen de solución de controversias inversor-Estado (Bas Vilizzio, 2019) es un ejemplo de la prevalencia de la jurisdicción doméstica. Cuando en 2001 el Poder Ejecutivo decide retirar del Congreso seis de los catorce tratados bilaterales de inversión firmados, se fundamenta en la inconstitucionalidad de los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado al darle mayores privilegios a los inversores extranjeros frente a los nacionales. En base a esta tradición, el nuevo modelo de Acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones de Brasil²⁰ no incluye arbitraje inversor-Estado, al tiempo que introduce normas en materia de responsabilidad social empresarial y mecanismos alternativos de solución de disputas entre Estados.

La situación de India, aunque con matices, también es ilustrativa. La controversia que involucró a la empresa de energía del carbón White Industries²¹ genera un India una transformación progresiva de su régimen de protección a la inversión extranjera, especialmente en lo que refiere a los poderes regulatorios del Estado en palabras Nedumpara (2018, p. 214). Así, el modelo de tratado bilateral de inversiones (2016) también presenta particularidades que lo acercan a un regreso a la doctrina Calvo pero con restricciones. En este sentido, si bien el texto incluye el tradicional arbitraje inversor-Estado en su articulado, el complejo procedimiento en los plazos requeridos hace más difícil, cuando no inviable, su acceso.

3.3. Las excepciones a la solución de controversias inversor-Estado: entre la experiencia y las propuestas

Finalmente, el tercer lado del trilema no destruye la gobernanza global, sino que la mejora a fin de preservar la soberanía regulatoria. Este lado del triángulo cuenta con antecedentes puntuales en el Derecho Internacional con respecto a la exclusión de las medidas de control del tabaco en el artículo 29.5 del CPTPP –a opción del Estado–, disposición ya prevista en el texto de su antecesor el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP). Exclusiones como la indicada también pueden verse en el artículo 22 del capítulo 8 del Tratado de libre comercio Singapur-Australia (enmendado en 2016) y el artículo 13

²⁰ Entre 2015 y diciembre de 2021, Brasil ha celebrado acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones de carácter bilateral con Angola, Chile, Colombia, Ecuador Emiratos Árabes Unidos, Etiopía, Guyana, India, Malawi, Marruecos, México, Mozambique, Perú, y Surinam. A los anteriores debe sumarse el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones intra-Mercosur y la propuesta de discusión a nivel de la Organización Mundial del Comercio.

²¹ Arbitraje *ad hoc* no institucionalizado, conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en base al Tratado bilateral de inversiones India-Australia.

del Tratado bilateral de inversiones Singapur-Kazajistán (2018). Adicionalmente, el Tratado bilateral de inversiones el Marruecos-Nigeria constituye un ejemplo de reconocimiento del derecho de regular en sentido amplio, particularmente puede verse el artículo 13.2.

En tiempos de Covid-19, una situación similar es planteada en 2020 desde los movimientos sociales y el ámbito académico con la solicitud de una moratoria sobre las disputas pendientes, así como una restricción al acceso de futuras reclamaciones relacionadas con medidas sanitarias, sociales y económicas tomadas para mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 (ACAFREMIN y otros, 2020; Columbia Center for Sustainable Investment, 2020; Gallagher y Kozul-Wright, 2020). Ambas propuestas evitarían el análisis de solicitudes de suspensión caso por caso, y su eventual rechazo. En este sentido puede verse la resolución procesal número 7 en la controversia Orlandini contra Bolivia (caso Corte Permanente de Arbitraje número 2018-39) y la resolución procesal número 11 en la controversia Glencore contra Bolivia (caso Corte Permanente de Arbitraje número 2016-39)²².

Por otra parte, la controversia ADP y Vinci contra Chile (CIADI caso número ARB/21/40) ya constituye el primer caso en el cual el inversor extranjero argumenta que su inversión fue vulnerada por las medidas adoptadas por el Estado para paliar los efectos de la pandemia, puntualmente las medidas de cierre de fronteras. Asimismo, es pertinente señalar que durante la era de la Covid-19 el número de demandas registradas se mantuvo respecto a años anteriores²³, e incluso podría presentar un aumento al cierre de 2021. Por tanto, es posible sostener que las demandas “pueden resultar en una falta de financiamiento a mediano plazo y con ello deteriorar el sostenimiento de derechos humanos (...) lo cual prolongará la crisis e incrementará la desigualdad” (Echaide, 2021, p. 544).

4. Conclusiones

El régimen de solución de controversias inversor-Estado atraviesa una profunda crisis de legitimidad tanto por cuestiones de procedimiento como de fondo, destacándose su impacto sobre los poderes regulatorios de los Estados. Inicialmente, las voces disidentes tuvieron eco en el Sur Global, siendo Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012)

²² Cabe señalar que la UNCTAD (2020:12) reconoce que la covid-19 entraña el riesgo de aumento de controversias dado que los acuerdos internacionales de inversión en su mayoría fueron negociados en la década de los noventa, momento en que la protección de la salud pública o el medioambiente no tenían la prioridad que tienen en la actualidad en la agenda internacional. Asimismo, en un informe de 2021 recopila y analiza las controversias vinculadas a la salud pública (patentes de medicamentos, medidas de control del tabaco, acceso a agua potable y saneamiento, entre otros temas) dada su gravitación actual.

²³ Conforme a datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD al 31 de diciembre de 2020, recuperados el 31 de enero de 2022.

los primeros Estados del mundo en denunciar el Convenio constitutivo del CIADI. Asimismo, Bolivia y Ecuador transitaron procesos de terminación (total o parcial) de los tratados bilaterales de inversión en vigor. Los cambios de orientación ideológica en el Gobierno ecuatoriano determinaron su retorno al régimen en 2021, en tiempos en que la contestación está alcanzando a Estados del Norte Global como se percibe en la Unión Europea con el mencionado Acuerdo de terminación. En la actual pandemia por covid-19 las críticas al régimen se ven reforzadas, en particular porque la mayoría de los acuerdos internacionales de inversiones no fueron negociados en un momento en que la prioridad fuera la protección de la salud pública o el medioambiente.

En este contexto, el régimen de solución de controversias inversor-Estado enfrenta un trilema: no es posible, al mismo tiempo, mantener su gobernanza global, brindar *locus standi* a los inversores extranjeros y preservar la soberanía regulatoria. Los Estados deben optar por dos de estos y relegar uno, y la elección tiene consecuencias: 1) conservar el arbitraje inversor-Estado tradicional; 2) priorizar la jurisdicción doméstica –el retorno de la doctrina Calvo–, o 3) restringir el acceso al arbitraje, excluyendo los reclamos relativos a medidas de protección de los derechos humanos, la salud pública o el medioambiente.

En este punto, la pregunta natural es si es posible resolver el trilema. Cualquier camino tendiente a su resolución debe tener como punto de partida la aceptación de que es necesario seleccionar solo dos vértices del triángulo. El paso siguiente es definir qué bienes públicos globales van a ser priorizados y si en estos la soberanía regulatoria va a jugar un papel determinante o no. La clave para saber si el régimen de solución de controversias inversor-Estado ha ido demasiado lejos está, justamente, en sus efectos sobre la soberanía.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, J. (2011). Are Corporations “Subjects” of International Law? *Santa Clara Journal of International Law*, 9, 3-36. <https://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol9/iss1/>
- Amorim, L. y otros (2021). “Saudades de Calvo? A relação de amor e ódio da América Latina com o Regime dos Tratados de Investimento”. *Conjuntura Austral*, 12(60), 53-65.
- ACAFREMIN y otros (2020). *Open Letter to Governments on ISDS and COVID-19*. http://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2020/06/OpenLetterOnISDSAndCOVID_June2020.pdf
- Arato, J. (2015). Corporations as Lawmakers. *Harvard International Law Journal. Summer 2015*. 56(2), 229-295. <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/562Arato.pdf>
- Bas Vilizzio, M. (2020). “Estado-empresas transnacionales: cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y redefinición de la soberanía a la luz de la protección de los derechos humanos”. *Relaciones Internacionales*, 29(59), 271-294. <https://doi.org/10.24215/23142766e116>
- Bas Vilizzio, M. (2019). “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: Sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado”. *Documento de Trabajo de la Fundación Carolina 21/2019*. https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf
- Bas Vilizzio, M. (2018). “Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales?”. *Relaciones Internacionales*, 27(54), 163-178. <https://doi.org/10.24215/23142766e032>
- Bermejo García, R. (2015). “Las empresas transnacionales como actores y sujetos “potenciales” en la sociedad internacional”. En Barranco Avilés y otros (coords.) *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, 90-116. Colección Gregorio Peces-Barba (2), Departamento de Derecho Internacional, Universidad Carlos III.
- Brun, É. (2021). “Atores Estatais e a Etiqueta “Sul”: um estigma estrategicamente invertido”, en Milani y Krachete (orgs.). *Desenvolvimento e Política Externa no Sul Geopolítico*. Editora da Universidade Federal da Bahia.
- Columbia Center for Sustainable Investment (2020). *Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response*. <https://ccsi.columbia.edu/content/call-isds-moratorium-during-covid-19-crisis-and-response>
- Cotula, L. (2020). “Investment disputes from below: whose rights matter? Mining, environment and livelihoods in Colombia”. *International Institute for Environment and Development annual review 2020*. <https://www.iied.org/fr/investment-disputes-below-whose-rights-matter>
- De Zayas, A. (2015). “Cuarto reporte del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo”. *Documento A/70/285*. ONU. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&referer=http://www.ohchr.org/EN/Issues/IntOrder/Pages/IEInternationalorderIndex.aspx&Lang=S
- Echaide, J. (2021). “Efectividad de los derechos humanos y sociales en jaque: arbitrajes de inversiones en el marco del COVID-19”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, (51), 527-546. <https://doi.org/10.24215/25916386e092>
- Fineman, M. (2019). “Vulnerability and Social Justice”. *Valparaiso University Law Review*. 53(2), 341-369. <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>
- Fineman, M. (2010). “The Vulnerable Subject and the Responsive State”. *Emory Law Journal*. 60(2). 251-275. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol60/iss2/1/>
- Gallagher, K. y Kozul-Wright, R. (2020). “Breaking Out of the Double Squeeze: The Need for Fiscal and Policy Space during the COVID-19 Crises”. *Global Policy Journal*. <https://www.globalpolicyjournal.com/blog/26/06/2020/breaking-out-double-squeeze-need-fiscal-and-policy-space-during-covid-19-crises>

- Hernández González, J. (2017). "Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones". *RED: Revista Electrónica de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Porto, n°1. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947&orden=0&info=link>
- Koskenniemi, M. (2004). "Global Governance and Public International Law". *Kritische Justiz*, 37(3), 241-254. <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0023-4834-2004-3-241/global-governance-and-public-international-law-jahrgang-37-2004-heft-3>
- Monebhurrin, N. (2017). "The (mis)use of development in international investment law: understanding the jurist's limits to work with development issues". *Law and Development Review*, 10(2). doi:10.1515/ldr-2017-0021
- Morosini, F. y Rattón Sánchez Badin, M. (2018). "Reconceptualizing International Investment Law from the Global South: An Introduction". Morosini y Rattón Sánchez Badin (eds.) *Reconceptualizing International Investment Law from the global south*, 1-46. Cambridge University Press.
- Nedumpara, J. (2018). "India's Trade and Investment Agreements. Striking a balance between investor protection rights and development concerns". Morosini y Rattón Sánchez Badin (eds.) *Reconceptualizing International Investment Law from the global south*, 188-217. Cambridge University Press.
- Perrone, N. (2021). *Investment treaties and the legal imagination. How foreign investors play by their own rules*. Oxford University Press.
- Perrone, N. (2019). "The "Invisible" Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime". *AJIL Unbound*, n°113, 16-21. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.92>
- Postiga, A. (2013). "A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto". *Brazilian Journal of International Law*, 10 (1), 171-193. <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2369>
- Puig, J. C. (1980). *Doctrinas internacionales y Autonomía latinoamericana*. Universidad Simón Bolívar, Instituto de Altos Estudios de América Latina.
- Rodrik, D. (1997). *Has globalization gone too far?* Institute for International Economics.
- Sierra, J. (2021). "Is the Arbitral Award in the Eco Oro v Colombia Dispute "Bad Law"?". *Afronomics Law*, <https://www.afronomicslaw.org/index.php/category/analysis/arbitral-award-eco-oro-v-colombia-dispute-bad-law>
- Stiglitz, J. y otros (2017). *230 Law and Economics Professors Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) From NAFTA and Other Pacts*, 25 octubre 2017. https://www.citizen.org/wp-content/uploads/migration/case_documents/isds-law-economics-professors-letter-oct-2017_2.pdf
- Tienhaara, K. (2011). "Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science". Brown y Miles (eds.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 606-628. Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139043809.034
- Torroja Mateu, H. (2012). "Protección diplomática". Sánchez (dir.). *Derecho Internacional Público*, 315-330. Huygens Editorial.
- UNCTAD (2021). International investment policies and public health. IIA Issue Note 2. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d5_en.pdf
- UNCTAD (2020). *Investment policy responses to the COVID-19 pandemic*. Special Issue 4. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d3_en.pdf
- UNCTAD (2003). *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives*. https://unctad.org/en/Docs/wir2003light_en.pdf
- Van Hurten, G. y Loughlin, M. (2016). "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law". *The European Journal of International Law*, 17(1), 121-150. 10.1093/ejil/chl159