

EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y LOS INTERESES COMUNITARIOS

Stephan W. SCHILL
Vladislav DJANIC*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Promoción de los Intereses Comunitarios a través del DII*. III. *Reconciliando la Protección de las Inversiones con los Intereses Comunitarios Opuestos*. IV. *El DII y los Intereses Comunitarios: Asuntos Pendientes*.

I. INTRODUCCIÓN

Bruno Simma definió ilustremente los intereses comunitarios como aquellos intereses amparados por “un consenso según el cual el respeto por ciertos valores fundamentales no se debe dejar a la libre disposición de los Estados, individualmente o *inter se*, sino que, al ser un asunto de interés para todos los

* Stephan W. Schill (Dr. iur. (Frankfurt am Main); LLM (NYU); LLM (Augsburg)) es Profesor de Derecho y Gobernanza Internacional y Económica en la Universidad de Ámsterdam e Investigador Principal de un *Starting Grant* concedido por el Consejo Europeo de Investigación (European Research Council – ERC) sobre el tema *Private-Public Arbitration as Transnational Regulatory Governance: Charting and Codifying the Lex Mercatoria Publica* (Acuerdo de Subvención Núm. 313355). Es miembro de la Lista de Conciliadores (*List of Conciliators*) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y colegiado como *Rechtsanwalt* en Alemania y como *Attorney-at-Law* en Nueva York. Vladislav Djanic (LLM (LSE); LLM (Novi Sad); LLB (Novi Sad)) es investigador doctoral en la Universidad de Ámsterdam y miembro del Colegio de Abogados de Serbia.

La investigación en la que se basa esta contribución ha recibido financiación del ERC bajo el Acuerdo de Subvención del ERC Núm. 313355, como parte del mencionado proyecto de investigación desarrollada en la Universidad de Ámsterdam. El presente capítulo se basa en la siguiente publicación en inglés: Schill, Stephan W. y Djanic, Vladislav, “International Investment Law and Community Interests”, en Benvenisti, Eyal y Nolte, Georg (eds.), *Community Interests Across International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 221. Traducción del inglés por Lucas Sánchez de Miquel.

Estados, se reconoce y aprueba a través del derecho internacional”.¹ Esta definición comprende un conjunto básico de intereses públicos que deberían ser protegidos por el derecho internacional frente a cualquier injerencia por parte de los Estados, ya sea de forma individual o conjunta. Abarca no solo los intereses fundamentales de la sociedad, protegidos en forma de *ius cogens*, sino todos los intereses “que respondan a las necesidades, esperanzas y miedos de todos los seres humanos, y que intenten lidiar con problemas cuya solución puede ser decisiva para la supervivencia de toda la humanidad”.² Esta definición, aunque quizás excesivamente centrada en la idea de que existe una obligación real de los Estados de proteger los intereses afectados, proporciona un punto de partida útil para evaluar la posición que toma el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) en relación al concepto de intereses comunitarios.

En el discurso contemporáneo, el DII y la solución de controversias inversor-Estado (ISDS por sus siglas en inglés *Investor-State Dispute Settlement*) son percibidos a menudo como un obstáculo, o conflictivos con intereses comunitarios tales como la protección del medio ambiente,³ los derechos humanos, el derecho a la salud,⁴ el patrimonio cultural⁵ o los derechos de los pueblos indígenas.⁶ Un ejemplo concreto, y muy debatido, sobre las tensiones que el DII genera para la habilidad de los Estados de regular en favor de la protección de dichos intereses comunitarios son los casos que *Philip Morris* inició contra Australia y Uruguay por las medidas tomadas por estos

¹ Simma, Bruno, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. 250, 1994, p. 233 (“a consensus according to which respect for certain fundamental values is not to be left to the free disposition of states individually or *inter se*, but is recognized and sanctioned by international law as a matter of concern to all states”).

² *Ibidem*, p. 244 (“that correspond to the needs, hopes and fears of all human beings, and attempt to cope with problems the solution of which may be decisive for the survival of entire humankind”).

³ Tienhaara, Kyla, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Véase también Viñuales, Jorge E., “The Environmental Regulation of Foreign Investment Schemes Under International Law”, en Dupuy, Pierre-Marie y Viñuales, Jorge E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 273.

⁴ Véase las contribuciones en Dupuy, Pierre-Marie, Francioni, Francesco y Petersmann, Ernst-Ulrich (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁵ Véase Vadi, Valentina, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁶ Véase por ejemplo Vadi, Valentina, “When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources, and Indigenous Heritage in International Investment Law”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, núm. 3, 2011, p. 797.

países para prevenir los riesgos para la salud relacionados con el consumo de tabaco. En el caso de Australia, se utilizó la ISDS para impugnar la Ley de empaquetado genérico del tabaco (*Tobacco Plain Packaging Act*), que introdujo un requisito de embalaje obligatorio que solo permitía que apareciera en los paquetes de tabaco el nombre de la empresa o marca (con un formato estrictamente especificado), en violación del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Australia y Hong Kong.⁷ En el caso de Uruguay, se aprobó una legislación que prohibía la venta y comercialización de más de una variante de cigarrillos de la misma marca y que imponía el uso de imágenes gráficas ilustrando los efectos negativos del tabaco para la salud, cubriendo un 80% de la superficie del paquete. La empresa consideró esto como una privación de sus derechos a la propiedad intelectual, e inició un procedimiento de arbitraje en virtud del TBI entre Uruguay y Suiza.⁸ Otro caso emblemático es la reclamación de *Vattenfall* de que Alemania violó el Tratado sobre la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*) cuando decidió eliminar gradualmente la energía nuclear después del incidente de Fukushima.⁹

Dado que en el pasado los tribunales de inversiones no siempre han respondido a los asuntos delicados de interés público con la sensibilidad requerida,¹⁰ casos como estos han conducido a críticas considerables (ocasionalmente incluso indignación) por parte de la academia,¹¹ la sociedad civil¹² y el público en general.¹³ Los críticos han considerado al DII como un

⁷ *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 de diciembre de 2015. El tribunal declinó su competencia sobre el caso.

⁸ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI Núm. ARB/10/7, Award, 8 julio de 2016. Todas las demandas de *Philip Morris* fueron rechazadas por el tribunal.

⁹ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, Caso CIADI Núm. ARB/12/12, registrado el 31 de mayo de 2012.

¹⁰ Véase Van Harten, Gus, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

¹¹ Véase, por ejemplo, Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Sornarajah, M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

¹² Eberhardt, Pia *et al.*, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, 2012, disponible en: <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>; Mc Donagh, Thomas, *Unfair, Unsustainable, and Under the Radar: How Corporations Use Global Investment Rules to Undermine a Sustainable Future*, 2013, disponible en: http://democracyctr.org/dc_old/wp-content/uploads/2013/05/Under_The_Radar_English_Final.pdf.

¹³ Véase por ejemplo Monbiot, George, "This Transatlantic Trade Deal Is a Full-Frontal Assault on Democracy", *The Guardian*, 4 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www>.

ámbito del derecho que primeramente se preocupa por proteger los intereses de un subgrupo de actores relativamente reducido —concretamente los inversores extranjeros— a expensas del derecho de los gobiernos a regular para proteger los intereses comunitarios. Además, el uso del arbitraje, un modo de solución de controversias utilizado predominantemente en relaciones comerciales internacionales, para resolver los conflictos derivados de los Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII) es criticado por tener una parcialidad proinversor que altera el equilibrio entre los derechos privados y los intereses públicos en detrimento de la población.¹⁴ En consecuencia, las tensiones entre el DII y los intereses comunitarios no económicos han suscitado demandas en favor de una reforma, incluyendo la substitución del arbitraje inversor-Estado por una corte internacional de arbitraje permanente o el desmantelamiento completo del sistema presente para volver a los tribunales domésticos y la protección diplomática.¹⁵

Sin duda, una reforma es necesaria para una mejor armonización del DII con los principios fundamentales de democracia, Estado de derecho y derechos humanos.¹⁶ De hecho, el proceso continuo para recalibrar los AII a través de la inclusión de normas de protección más precisas, cláusulas de excepción y salvaguardias para proteger el derecho a regular de los Estados

theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy. Una protesta organizada contra la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI o TTIP, por sus siglas en inglés *Transatlantic Trade and Investment Partnership*) en Berlín contó con la participación de cientos de miles de personas. Véase “Hundreds of Thousands Protest in Berlin Against EU-US Trade Deal”, *Reuters*, 10 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.reuters.com/article/us-trade-germany-ttip-protests-idUSKCN0S40L720151010>.

¹⁴ Un argumento fundamental en este contexto es que los árbitros tienen un incentivo económico para decidir casos en favor de los inversores, ya que únicamente ello aumentará el número de casos y su propio nombramiento como árbitros en el futuro. Véase Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration...*, *cit.*, pp. 172-173; Van Harten, Gus, “Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 50, núm. 1, 2012, p. 211; Eberhardt, Pia *et al.*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁵ Véase las contribuciones en Kalicki, Jean E. y Joubin-Bret, Anna (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden, Brill, 2015; y en Lalani, Shaheer y Polanco Lazo, Rodrigo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Leiden, Brill, 2015. Para la propuesta de la Comisión Europea de establecer un “sistema de corte de inversiones”, véase Comisión Europea, *EU Finalises Proposal for Investment Protection and Court System for TTIP*, comunicado de prensa, 12 de noviembre de 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm.

¹⁶ Véase Schill, Stephan W., “Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 3, 2017, p. 649.

anfitriones,¹⁷ así como para hacer que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) sea más transparente y abierto a la participación de terceras partes, puede ser visto como una manera de integrar mejor los intereses comunitarios no económicos. Sin embargo, analizar los debates sobre la reforma del DII no es el objetivo del presente capítulo, ni reanudar las críticas al DII que han sido descritas con precisión en otras publicaciones.¹⁸ Reconocemos que existen fricciones entre los intereses protegidos por el DII y las preocupaciones comunitarias enfrentadas y apoyamos una adaptación incremental del DII a las demandas del siglo XXI. Al mismo tiempo, consideramos que una gran parte de las críticas expresadas son demasiado indiscriminadas, al describir al DII únicamente como un obstáculo para la implementación de los intereses comunitarios, y en ocasiones tan parciales como algunas defensas poco críticas del sistema actual.

Por lo tanto, sin ser apologeticos del sistema actual, el objetivo de este capítulo es explorar hasta qué punto el DII puede ser concebido como un instrumento que por sí mismo busca promover ciertos intereses comunitarios, principalmente económicos. Y que también posee las herramientas para abordar, mitigar y resolver algunas de las fricciones que el sistema genera al competir con intereses comunitarios no económicos. En consecuencia, el DII y los intereses comunitarios no son inherente y necesariamente antagónicos, como es sugerido por gran parte del debate crítico actual, sino que se puede considerar que se encuentran en una relación constructiva y de apoyo mutuo, bajo la condición de que el DII sea interpretado y aplicado de manera apropiada.

En ese contexto, la parte II de este capítulo abordará las contribuciones que el DII puede hacer para promover los intereses comunitarios a través del establecimiento de disciplinas cuasi-multilaterales que sometan las relaciones inversor-Estado al concepto de “Estado de derecho” en la gobernanza económica global, contribuyendo de esta manera al crecimiento económico y al desarrollo sostenible. Desde esta perspectiva, el DII apropiadamente interpretado y aplicado promueve los intereses comunitarios. La parte III se centra en los conflictos que crea el DII con los intereses no económicos opuestos, y demuestra que algunas herramientas (sin duda imperfectas), tanto de contenido como de procedimiento, están disponibles para mitigar

¹⁷ Véase Tiit, Aikaterina, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 123-189.

¹⁸ Para un resumen de las críticas, además de la literatura citada en las notas 10-14, también véase United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*, Naciones Unidas, 2015, p. 147, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

las tensiones resultantes. La parte IV concluye analizando los ámbitos en los que los intereses comunitarios sugieren la necesidad de mayores cambios en el DII, así como su reorientación conceptual.

II. LA PROMOCIÓN DE LOS INTERESES COMUNITARIOS A TRAVÉS DEL DII

Aparentemente, el DII tiene un objetivo relativamente limitado: proteger las inversiones extranjeras de ciertas interferencias de los gobiernos y proporcionar acceso a los inversores extranjeros a un mecanismo internacional de solución de controversias para aplicar las normas de tratamiento garantizadas en virtud de los AII. La protección ofrecida por los AII, a su vez, se dirige a promover las inversiones extranjeras y es una reacción a la extendida percepción de que el riesgo político, particularmente en países en vías de desarrollo y en transición, es un factor importante que disminuye la efectividad de la inversión o incluso la impide completamente.¹⁹ Sin embargo, tanto la protección como la promoción de las inversiones extranjeras no son ofrecidas principalmente para el beneficio privado de aquellos inversores extranjeros que se benefician de la protección en cuestión. Por el contrario, son instauradas en respuesta al interés público de los Estados en aumentar los flujos de inversiones extranjeras y aprovecharse así de los beneficios que estas pueden traer, como la transferencia de tecnología, la creación de empleo e ingresos tributarios, y el aumento de la competitividad económica.²⁰ Estas cuestiones constituyen un interés comunitario que es compartido por todos los Estados que participan en el sistema del DII.

Al estar dirigido a lograr estos objetivos económicos, se puede considerar que el funcionamiento del DII contribuye a fomentar diversos intereses comunitarios. Primero, el DII contribuye al establecimiento de un marco para gobernar las relaciones internacionales de inversiones en una economía cada vez más global. Segundo, el mecanismo de aplicación del DII y los esfuerzos de los Estados por atenerse a las obligaciones contenidas en los AII contribuyen a fortalecer el Estado de derecho, tanto a nivel internacional como doméstico. Tercero, la imposición de disciplinas a la conducta de los gobiernos sirve como medio para crear los requisitos institucionales

¹⁹ Véase Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 3-6 (con más referencias a la literatura económica relevante).

²⁰ *Ibidem*, pp. 108-111.

necesarios para el crecimiento económico. Finalmente, los beneficios económicos propiciados por el DII, a su vez, actúan como catalizador para crear la base presupuestaria para que los Estados implementen otros intereses comunitarios, incluyendo aquellos relacionados con el desarrollo sostenible. Las siguientes secciones abordarán cada uno de estos aspectos.

1. *La contribución del DII a la gobernanza de la economía global*

Hay un interés ampliamente compartido por todos los Estados en tener un sistema económico global estable y eficaz, que favorezca el crecimiento económico y el desarrollo.²¹ Las inversiones internacionales son una parte integral de esta economía global, y conllevan beneficios para otros componentes clave del sistema económico global, como el comercio internacional.²² El DII ayuda a estabilizar los flujos de inversiones internacionales, proporcionando un marco jurídico y estructuras de gobernanza para las relaciones internacionales de inversiones en la economía global.²³ Esto puede ser entendido como una promoción de los intereses comunitarios —siempre que se pueda considerar que el DII sirve, en principio, al interés de todos los Estados. Por lo tanto, la pregunta en este contexto es si se puede entender el DII como una expresión del interés de todos los Estados, o si es meramente un producto del inmenso poder de negociación de los Estados exportadores de capital.

De hecho, desde una perspectiva puramente formal, el DII parece estar más arraigado en el bilateralismo, y conducido por el interés propio de un pequeño grupo de Estados exportadores de capital, y no en dar lugar a un sistema que exprese las preferencias de todos los Estados. Es más, los Estados exportadores de capital inicialmente hicieron uso de negociaciones bilaterales con países en vías de desarrollo para acordar con ellos normas

²¹ Stiglitz, Joseph E., “Global Public Goods and Global Finance: Does Global Governance Ensure That the Global Public Interest Is Served?”, en Touffut, Jean-Philippe (ed.), *Advancing Public Goods*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 152; Benzing, Markus, “Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, núm. 3, 2006, p. 387.

²² Las inversiones extranjeras directas a menudo superan a los ingresos por exportaciones y son consideradas un importante estímulo para los flujos comerciales. Véase UNCTAD, *World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, Naciones Unidas, 2013, p. 134, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf.

²³ Véase Schill, Stephan W., “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, núm. 2, 2010, pp. 409 y 410; Choudhury, Barnali, “International Investment Law as a Global Public Good”, *Lewis and Clark Law Review*, vol. 17, núm. 2, 2013, p. 484.

que estos últimos han rechazado aceptar en contextos multilaterales durante un largo tiempo.²⁴ En consecuencia, con más de 3000 AII individualmente negociados, que son la piedra angular del sistema, y con un mecanismo de solución de controversias conducido por las partes, intuitivamente se concibe al DII como un sistema de dominación hegemónica en el cual los Estados poderosos se benefician en detrimento de los más débiles.²⁵ Aun así, hay buenas razones para considerar al DII como un sistema que funciona de acuerdo a fundamentos multilaterales (más que bilaterales) y que impone límites a la conducta de los gobiernos, las cuales son más bien independientes de las relaciones bilaterales en cuestión. Esta uniformidad sugiere un interés de todos los Estados en la creación de normas convergentes que gobiernen las relaciones inversor-Estado en la economía global, más que en estructurar las relaciones internacionales de inversiones basándose en negociaciones bilaterales *quid pro quo*.²⁶

Pese al repetido fracaso de los intentos dirigidos a concluir tratados multilaterales exhaustivos, como los de la Organización Internacional de Comercio a finales de los años cuarenta, los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a finales de los años sesenta y de nuevo en los noventa, así como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en los noventa,²⁷ la mayoría de AII, a causa de los tratados modelo de algunos países exportadores de capital, están contruidos de manera similar a nivel de principios jurídicos, y ofrecen tipos similares de protección a los inversores extranjeros, tanto en cuanto al contenido como al procedimiento. Estos incluyen la prohibición de expropiar sin compensación, el trato nacional y el trato de nación más favorecida (NMF), el trato justo y equitativo, y disposiciones integrales de protección y seguridad para la transferencia de capital y el recurso a la ISDS. Contrariamente a lo que se esperarí en marcos bilaterales, los AII no difieren sustancialmente a nivel

²⁴ Con esta perspectiva, véase Guzman, Andrew T., "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, núm. 4, 1998, p. 639, y Benvenisti, Eyal y Downs, George W., "The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law", *Stanford Law Review*, vol. 60, núm. 2, 2007, pp. 616 y 617.

²⁵ En este sentido, véase Sornarajah, M., *op. cit.*, pp. 56 y 57, y Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 69 y 70.

²⁶ Para una visión general sobre cómo el sistema de DII puede ser considerado como un marco multilateral más que bilateral, véase Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International...*, *cit.*

²⁷ En relación con los fracasos de las iniciativas multilaterales, véase *ibidem*, pp. 31-40 y 49-60.

de principios jurídicos, sino que aplican disciplinas relativamente uniformes sobre la conducta de los gobiernos que afecte a los inversores extranjeros, de manera similar a como lo haría un régimen internacional acordado en un marco multilateral.

La convergencia en las disciplinas que los AII imponen sobre la conducta de los gobiernos también es promovida por el funcionamiento de las cláusulas de NMF, que multilateralizan los beneficios ofrecidos por países anfitriones en relaciones bilaterales,²⁸ así como por la posibilidad para los inversores extranjeros de estructurar sus inversiones bajo un tratado diferente con el Estado anfitrión.²⁹ Todo ello equilibra las diferencias en el trato de los inversores extranjeros basadas en la nacionalidad, y dificulta entender a los AII como negociaciones bilaterales *quid pro quo* entre países individuales. Finalmente, el sistema de ISDS, a través de su grupo principal de árbitros, interpreta y aplica los AII como parte de un marco general que trasciende la estructura bilateral de los mismos, *inter alia* haciendo uso de la interpretación transversal de los tratados (*cross-treaty interpretation*) y basándose en gran medida en los precedentes arbitrales.³⁰ En consecuencia, aunque los instrumentos fundamentales del DII son bilaterales en cuanto a la forma, si se observan en conjunto tienen las características de un régimen multilateral que protege a los inversores extranjeros bajo términos prácticamente idénticos, independiente de dónde vengán o en dónde inviertan. Considerando, por un lado, el aumento de los flujos de inversiones hacia países desarrollados y, por otro lado, que los países en vías de desarrollo se vuelven importantes exportadores de capital, este marco multilateral también comienza a operar como una limitación a la conducta del gobierno a escala global, no solo en determinados países importadores de capital.

Considerando estas estructuras multilaterales que subyacen, o más bien dominan, a los AII individuales, resulta claro que el DII hace una contribución considerable a la gobernanza de un aspecto importante de la economía global.³¹ El DII consagra las normas para la promoción y protección de las inversiones, estableciendo un régimen jurídico que regula cómo los gobiernos deben manejar el flujo de inversiones extranjeras de un país a otro y cómo deben tratar a los inversores extranjeros que se encuentran sometidos a su jurisdicción. Regula el ejercicio de autoridad pública en relación con los inversores extranjeros restringiendo las conductas guber-

²⁸ *Ibidem*, pp. 121-196.

²⁹ *Ibidem*, pp. 197-240.

³⁰ *Ibidem*, pp. 278-361. Véase, asimismo, Puig, Sergio, “Social Capital in the Arbitration Market”, *European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 2, 2014, p. 387.

³¹ Schill, Stephan W., “Crafting the International Economic...”, *cit.*, pp. 413-418.

namentales arbitrarias o de otra manera ilegítimas que les afecten, y tiene como objetivo asegurar un trato igualitario para los inversores extranjeros como precondition para la competencia en el mercado, tanto dentro de una economía política particular como más allá de esta.

De esta manera, el DII no solo participa en la construcción de un marco jurídico general que gobierne las inversiones extranjeras, sino que también forma parte de un régimen jurídico más amplio que contribuye a la regulación y estabilidad de la economía global, y le proporciona las normas fundamentales que se requieren para que una economía de mercado funcione a nivel global. La convergencia en la estructura de los AII, entonces, no es casual, sino que es el resultado del interés compartido por los Estados en tener un sistema cuasi-multilateral, en lugar de fragmentado, que proteja las inversiones extranjeras en una economía cada vez más globalizada, y que forme parte de una infraestructura jurídica que conduzca a un intercambio económico eficiente en las relaciones internacionales de inversiones.

2. *La Contribución del DII al Concepto de Estado de derecho*

Además de establecer un marco jurídico para gobernar las relaciones internacionales de inversiones como parte de la economía global, el DII también contribuye a la promoción de los intereses comunitarios reforzando la idea de Estado de derecho de forma más general. A través de la ISDS como mecanismo de ejecución, el DII crea un marco que asegura que los Estados anfitriones cumplen con las obligaciones contraídas frente a los inversores extranjeros. Esto incluye no solo el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los propios AII, sino que puede incorporar también las obligaciones que se desprenden de otros regímenes jurídicos internacionales (tales como el derecho ambiental internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del comercio), o del derecho interno. Esto es posible debido a que la observancia de ciertas normas de trato en los AII, como la llamada cláusula paraguas (*umbrella clause*) o la obligación de tratar a los inversores extranjeros de manera justa y equitativa, puede requerir a un Estado que respete sus obligaciones tanto a nivel internacional³²

³² Véase por ejemplo Alford, Roger P., “The Convergence of International Trade and Investment Arbitration”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 55-60 (sobre la posibilidad de ejecutar las obligaciones bajo los acuerdos de comercio internacional a través del arbitraje de inversiones).

como interno.³³ De hecho, los inversores recurren cada vez más a menudo a la ISDS para la ejecución de este tipo de obligaciones asumidas por el Estado anfitrión.³⁴ En este sentido, el DII ofrece un poderoso mecanismo de cumplimiento que hace que diversas obligaciones de los Estados anfitriones sean más efectivas y contribuye de esta manera a fomentar el Estado de derecho, incluso más allá de la esfera limitada de las disciplinas del tratado de inversiones en sentido estricto.

Como efecto adicional a su papel como mecanismo de cumplimiento, el DII también puede tener un efecto positivo sobre la reforma de la legislación interna, especialmente en países con instituciones domésticas más débiles. Para muchos países en vías de desarrollo, cumplir con las normas sustantivas de trato fijadas en los AII a menudo requiere reformas estructurales a largo plazo en el sistema jurídico interno. Dichas reformas probablemente tengan un efecto positivo y duradero sobre el fortalecimiento del Estado de derecho en los países anfitriones. Sin embargo, un impacto positivo del DII relativo a una reforma legislativa interna también puede beneficiar a los países con sistemas jurídicos bien desarrollados, que pueden necesitar superar obstáculos internos y adaptar sus estructuras de gobernanza a las necesidades de mercados cada vez más globales y a las disciplinas jurídicas internacionales que los acompañan.³⁵ Este aspecto se refleja más abiertamente en las nuevas generaciones de AII, que van más allá de la regulación de asuntos que afectan estrictamente a las inversiones extranjeras y han evolucionado hasta convertirse en acuerdos que contienen una agenda más amplia de buena gobernanza. Por ejemplo, varios AII nuevos, así como

³³ Véase por ejemplo Gritón Salias, María Cristina, “Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings?”, en Binder, Christina *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 490; sobre la ejecución de obligaciones bajo el derecho interno a través de las llamadas “cláusulas paraguas” (*umbrella clauses*).

³⁴ Véase, por ejemplo, *Peter A Allard v. The Government of Barbados*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2012-06, Award, 27 de junio de 2016; *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.*, párrs. 207 y 261-262; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 de marzo de 2015, párrs. 591-604; *Hesham TM Al Warraq v Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award, 15 de diciembre de 2014, s VI.5.(ii).

³⁵ La necesidad para los países desarrollados de adaptar las normas internacionales a raíz de la globalización puede ser vista en el contexto de cualquier otra área de integración económica internacional, ya sea en la Organización Mundial del Comercio (OMC), en la Unión Europea (UE) o en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo. También puede ser visto cuando las economías desarrolladas necesitan adaptarse a las normas internacionales de derechos humanos, como aquellas en virtud del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o cualquier otro instrumento de derecho internacional.

los llamados acuerdos mega-regionales,³⁶ contienen disposiciones dirigidas específicamente a la implementación de normas internacionales para la lucha contra la corrupción o para el fomento de la responsabilidad social corporativa.³⁷ De forma similar, cada vez más a menudo los actores políticos (*policy-makers*) defienden los AII invocando precisamente el efecto que estos tratados tienen en la promoción del Estado de derecho.³⁸

Finalmente, la promoción de las inversiones extranjeras también puede contribuir a reforzar el marco jurídico y social interno de otras maneras más palpables, por ejemplo, a través de su impacto positivo sobre las condiciones de trabajo y el cumplimiento de la normativa laboral. Contrariamente a la opinión popular, los inversores extranjeros que producen bienes para sus respectivos mercados locales a menudo proporcionan mejores condiciones laborales que las compañías nacionales, y prestan mayor atención al cumplimiento de la normativa nacional laboral, aunque el cumplimiento por parte de sus competidores locales es escaso. Las razones de ello son que, por un lado, es una precondition necesaria para tener éxito económico con los consumidores con conciencia social en sus respectivos mercados internos,³⁹ y por el otro, que los regímenes de responsabilidad social corporativa, incluyendo (pero no limitándose a) las Líneas Directrices de la OCDE para

³⁶ Véase por ejemplo el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*) (firmado el 8 de marzo de 2018, disponible en: <https://tinyurl.com/8adj7uk>), que integra el artículo 9.17 del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica/Tratado de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés *Trans-Pacific Partnership*), el cual alienta a los Estados a observar ciertos estándares de responsabilidad social corporativa.

³⁷ Gordon, Kathryn *et al.*, *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey*, OECD Working Papers on International Investment 2014/01, 2014, pp. 16 y 17, disponible en: http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2014_01.pdf; Cordonier Segger, Marie-Claire y Newcombe, Andrew, “An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law”, en Cordonier Segger, Marie-Claire *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 139-141.

³⁸ Véase, por ejemplo, la caracterización de la ISDS en relación con el TPP por la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos como un mecanismo que promueve “el Estado de derecho y la buena gobernanza alrededor del mundo” (“*the rule of law, and good governance around the world*”). Véase Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos, *The Trans-Pacific Partnership: Upgrading and Improving Investor-State Dispute Settlement*, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Upgrading-and-Improving-Investor-State-Dispute-Settlement-Fact-Sheet.pdf>.

³⁹ Halegua, Aaron, “The Debate Over Raising Chinese Labor Standards Goes International”, *Harvard Law Policy Review* 1 (edición online, 5 de abril de 2007), disponible en: <http://harvardlpr.com/online-articles/the-debate-over-raising-chinese-labor-standards-goes-international/>.

Empresas Multinacionales, progresivamente así lo requieren.⁴⁰ Los inversores extranjeros pueden por lo tanto imponer políticas de responsabilidad social corporativa sobre sus subcontratistas locales,⁴¹ produciendo efectos indirectos en el Estado anfitrión. Contar con un régimen como el DII y un mayor flujo de inversiones extranjeras puede de esta manera contribuir de múltiples formas a mejorar el entorno jurídico y social interno.

3. *El DII y los Beneficios Económicos Nacionales*

Una de las expectativas prioritarias al establecer el sistema de DII fue que su creación trajese consigo beneficios económicos para los países participantes a través del aumento de las inversiones extranjeras. Sin embargo, la justificación para las restricciones que impone el DII sobre los Estados anfitriones no recae tanto en la correlación directa de los AII con la atracción de un mayor flujo de inversiones extranjeras —de hecho, hay una evidencia empírica altamente contradictoria sobre si los AII tienen tal impacto directo.⁴² La conexión entre las disciplinas del DII y el impacto económico positivo sobre los Estados anfitriones es más bien indirecta. Se fundamenta en el papel que tiene el DII, tal como ha sido expuesto en las dos últimas secciones, en el establecimiento de un sistema de disciplinas legales que encarna la idea del Estado de derecho y el objetivo de la buena gobernanza. De hecho, un prerrequisito clave para atraer inversiones y contribuir al crecimiento económico se encuentra en la reducción del riesgo político asociado con inversiones en países extranjeros.⁴³ Si bien hay un riesgo a la hora de hacer inversiones en cualquier

⁴⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011, pp. 35-37, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

⁴¹ Frenkel, Stephen J. y Kim, Seongsu, “Corporate Codes of Labour Practice and Employment Relations in Sports Shoe Contractor Factories in South Korea”, *Asia Pacific Journal of Human Resources*, vol. 42, núm. 1, 2004, pp. 8-10; Arnal, Elena y Hijzen, Alexander, *The Impact of Foreign Direct Investment on Wages and Working Conditions*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers No 68, 2008, pp. 21 y 22, disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/the-impact-of-foreign-direct-investment-on-wages-and-working-conditions_230184240223.

⁴² Para una buena visión general sobre los diversos estudios empíricos y sus resultados conflictivos, véase las contribuciones en Sauvart, Karl P. y Sachs, Lisa E. (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

⁴³ Baek, Kyeonghi y Qian, Xingwan, “An Analysis on Political Risks and the Flow of Foreign Direct Investment in Developing and Industrialized Economies”, *Economics, Management, and Financial Markets*, vol. 6, núm. 4, 2011, p. 85; Schneider, Friedrich y Frey, Bruno S.,

país extranjero, este riesgo es aún mayor en el caso de países que carecen de las cualidades asociadas a la buena gobernanza, tales como instituciones políticas internas operativas, incluyendo tribunales independientes y agencias administrativas eficientes. Además, también depende de la habilidad de Estados anfitriones para establecer un marco jurídico suficientemente estable que otorgue un respeto mínimo por los derechos de propiedad y el cumplimiento de contratos, y que esté exento de arbitrariedad y discriminación.⁴⁴

Con la creación de un marco jurídico para la gobernanza de las relaciones internacionales de inversiones, el DII trata de superar estas deficiencias institucionales y reducir el riesgo político asociado con inversiones en países con marcos de gobernanza débiles. El DII lo hace proporcionando substitutos para los tribunales nacionales en forma de ISDS y estableciendo normas substantivas de trato que requieren de los Estados la implementación de estructuras de buena gobernanza, por ejemplo al prohibir expropiaciones sin compensación y requerir a los países anfitriones que se atengan a los estándares del Estado de derecho en virtud del trato justo y equitativo.⁴⁵ Así, la manera en la que el DII intenta abordar el problema del riesgo político es incentivando a través de obligaciones internacionales la mejora de las estructuras domésticas de buena gobernanza. A su vez, se prevé que esta mejora de la buena gobernanza, y la concomitante reducción del riesgo político, contribuyan a aumentar las inversiones extranjeras y de esta manera también el crecimiento económico.

Al mismo tiempo, el DII añade una dimensión al crecimiento económico que no se limita únicamente a las entradas de inversiones extranjeras, sino que también beneficia a la economía del Estado anfitrión en un sentido más amplio. Como se indicó anteriormente, el DII tiene un efecto positivo en el fortalecimiento de las instituciones jurídicas y del Estado de derecho dentro

“Economic and Political Determinants of Foreign Direct Investment”, *World Development*, vol. 13, núm. 2, 1985, p. 173.

⁴⁴ Sobre la importancia de estos factores para atraer inversiones extranjeras y lograr el crecimiento económico, véase Banco Mundial, *World Development Report 1997*, Nueva York, Oxford University Press, 1997, pp. 29-38; Rodrik, Dani *et al.*, “Institutions Rule: The Primacy of Institutions Over Geography and Integration in Economic Development”, *Journal of Economic Growth*, vol. 9, núm. 2, 2004, p. 131; Posner, Richard A., “Creating a Legal Framework for Economic Development”, *The World Bank Research Observer*, vol. 13, núm. 1, 1998, p. 3; Bénassy-Quéré, Agnès *et al.*, “Institutional Determinants of Foreign Direct Investment”, *The World Economy*, vol. 30, núm. 5, 2007, p. 764.

⁴⁵ Véase Schill, Stephan W., “Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law”, en Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 151.

del Estado anfitrión.⁴⁶ Si bien estas características son importantes para atraer inversiones extranjeras,⁴⁷ tienen implicaciones que trascienden este objetivo y contribuyen a generar crecimiento económico de forma más amplia. De hecho, está demostrado que los países que tienen éxito a la hora de generar crecimiento económico a largo plazo hacen uso de instituciones estables y eficaces que respaldan estas visiones de buena gobernanza y Estado de derecho.⁴⁸ Ayudando a desarrollar estos aspectos, el DII contribuye a la mejora de las instituciones internas de los Estados anfitriones y crea así precondiciones que, aunque por sí mismas no son suficientes, conducen al crecimiento económico a largo plazo. Por ello, el DII no solamente busca construir un sistema que aumente el flujo de inversiones extranjeras; al hacerlo, también prepara el terreno para reformas institucionales de mayor calado a nivel interno que previsiblemente generen beneficios económicos a largo plazo.

4. *El DII y el Desarrollo (Sostenible)*

Los beneficios económicos obtenidos a través de la implementación de las normas del DII, a su vez, pueden contribuir a la promoción de otros intereses comunitarios cuya aplicación y realización requiere de recursos financieros. Un ejemplo de interés comunitario al cual el DII puede contribuir positivamente es el desarrollo sostenible.⁴⁹ Pese a las potenciales fricciones que puede crear el DII con el desarrollo sostenible, existe un amplio consenso en cuanto a que el aumento de las inversiones, incluyendo las inversiones extranjeras, juega un papel fundamental en la promoción del desarrollo (sostenible).⁵⁰ De hecho, varios instrumentos fundamentales de la Organización de las Naciones

⁴⁶ Véase sección II.2.

⁴⁷ Bénassy-Quéré, Coupet *et al.*, *op. cit.*, p. 776.

⁴⁸ Scully, Gerald W., "The Institutional Framework and Economic Development", *Journal of Political Economy*, vol. 96, núm. 31, 1988, p. 658; Knack, Stephen y Keefer, Philip, "Institutions and Economic Performance: Institutional Measures Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measure", *Economics and Politics*, vol. 7, núm. 3, 1995, p. 223.

⁴⁹ Sobre la relación entre el DII y el desarrollo sostenible en profundidad, véase las contribuciones en Schill, Stephan W. *et al.* (eds.), *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*, Cheltenham/Northampton, Elgar, 2015; y las contribuciones en Cordonier Segger, Marie-Claire *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011.

⁵⁰ Schill, Stephan W., "International Investment Law as Development Law", en Bjorklund, Andrea K. (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 329-331.

Unidas (ONU) sobre el desarrollo sostenible, como la Agenda 21,⁵¹ el Consenso de Monterrey,⁵² el Plan de Implementación de Johannesburgo⁵³ y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,⁵⁴ destacan la enorme importancia de la inversión para lograr el desarrollo sostenible. Si bien el aumento de las inversiones (extranjeras), obviamente, no puede conducir al desarrollo por sí solo, es no obstante una parte integral de la ecuación, ya que los esfuerzos de desarrollo dependen de la disponibilidad de suficientes recursos financieros.⁵⁵

Teniendo en cuenta que, como se mostró anteriormente, la razón para concluir AII no es solamente proteger los derechos de los inversores, sino también radica en la creencia de que tal protección aumentará la calidad institucional de la gobernanza doméstica y contribuirá así a aumentar el flujo entrante de inversiones y a fortalecer la economía interna, queda claro que también está previsto que los AII tengan un impacto positivo sobre el desarrollo. De esta manera, como observaron astutamente Anne van Aaken y Tobias Lehmann, aunque el objeto de los AII pueda ser la protección de los inversores, “el propósito subyacente es el desarrollo (sostenible)”.⁵⁶ Este propósito ha sido reconocido cada vez más a menudo en los preámbulos de AII, con varios tratados que determinan explícitamente que el deseo de promover el desarrollo sostenible es el resultado final de la protección de las inversiones.⁵⁷ Un entendimiento similar de la interacción entre la protec-

⁵¹ *Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, A/Conf.151/6/Rev.1, 28 de septiembre de 1992, párr. 2.23.

⁵² *Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development*, 22 de marzo de 2002, Naciones Unidas, párr. 20, disponible en: <http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf>.

⁵³ *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, 2002, UN Doc A/Conf.199/20, párr. 4, disponible en: http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf.

⁵⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 70/1, Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015, párr. 67.

⁵⁵ Cordonier Segger, Marie-Claire y Kent, Avidan, “Promoting Sustainable Investment Through International Law”, en Cordonier Segger, Marie-Claire et al. (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, p. 792.

⁵⁶ van Aaken, Anne y Lehmann, Tobias, “Sustainable Development and International Investment Law: An Harmonious View from Economics”, en Echandi, Roberto y Sauvé, Pierre (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, p. 329 (“the underlying purpose is (sustainable) development”).

⁵⁷ Véase por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (firmado el 17 de diciembre de 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994), Preámbulo; Acuerdo entre el Gobierno de Japón y el Estado Independiente de Papua Nueva Guinea para la Promoción y Protección de las Inversiones (firmado el 26 de abril de 2011, entró en vigor el 17 de enero de 2014), Preámbulo. Actualmente, alrededor del 7,4% de los AII

ción de las inversiones y el desarrollo fue expuesto por varios tribunales arbitrales.⁵⁸ El desarrollo sostenible, entonces, no es solamente un subproducto potencial de la protección de las inversiones, sino uno de los objetivos perseguidos por el propio sistema de DII.

Además de establecer el marco general que genera los fundamentos financieros necesarios para el desarrollo sostenible, el DII también puede operar para promover activamente el desarrollo sostenible a un nivel más tangible. Así, como se sugirió en un estudio de la OCDE de 2008, las inversiones extranjeras tienden a promover salarios más altos y pueden ser un conductor importante para mejorar los estándares de vida de los trabajadores. Estos efectos eran especialmente pronunciados en los países en vías de desarrollo.⁵⁹ El DII también puede facilitar la armonización de los intereses de inversores⁶⁰ o Estados⁶¹ con aquellos del desarrollo sostenible. Al hacerlo, puede incentivar a los inversores y a los Estados, respectivamente, para que actúen en beneficio del desarrollo sostenible en casos individuales. Más aún, la estructura del Protocolo de Kyoto puede servir como ejemplo de cómo los intereses económicos pueden ser armonizados con la transformación de

contienen un texto que promueve al menos algún aspecto del desarrollo sostenible, véase Gordon, Kathryn *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁸ Véase por ejemplo *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI Núm. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 5 de septiembre de 1983, párr. 23; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Caso CIADI Núm. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 enero de 2010, párrs. 272-273.

⁵⁹ Arnal, Elena y Hijzen, Alexander, *op. cit.*, p. 25 (para literatura previa sobre el tema, véase *ibidem*, pp. 17-22).

⁶⁰ Véase Sussman, Edna, “The Energy Charter Treaty’s Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development”, en Cordonier Segger, Marie-Claire *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 523-530. Véase asimismo el caso *Allard v. Barbados*, *op. cit.*, en el cual el demandante argumentó que Barbados había incumplido sus obligaciones bajo el TBI Canadá-Barbados al rechazar el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, así como casos recientes contra, entre otros, España e Italia iniciados por inversores en el sector de las energías renovables por el rechazo de los Estados a cumplir con sus promesas de apoyar la energía verde: Jones, Tom, “Italy and Spain Feel the Heat”, *Global Arbitration Review*, 17 de agosto de 2015, disponible en: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/34071/italy-spain-feel-heat/>.

⁶¹ En una decisión reciente, un tribunal del CIADI aceptó parcialmente una contra-demanda de Ecuador contra un inversor por daños causados al medio ambiente; *Burlington Resources Inc v. La República del Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/08/5, Decision on Counter-claims, 7 febrero de 2017, párrs. 889 y 1099.

la economía global en una economía (más) verde.⁶² Una estructura similar, armonizando los intereses puramente económicos con los de una economía más verde, ha sido proporcionada por el Acuerdo de París.⁶³ Desde esta perspectiva, resulta claro que un marco jurídico y económico claro es importante para las inversiones del sector privado en la economía verde. El DII, entonces, forma un ingrediente activo apoyando un sistema económico que asume como propios los objetivos de desarrollo sostenible, y que no se opone al interés de la protección del medio ambiente, sino que de hecho promueve los objetivos del desarrollo sostenible.

En definitiva, el DII tiene un potencial considerable para contribuir a la base económica necesaria para la promoción de varios intereses comunitarios importantes, incluyendo el desarrollo sostenible. Aunque ya hace contribuciones tangibles dirigidas a este objetivo, su habilidad para promover este y otros intereses comunitarios probablemente aumentará en el futuro, con la comprensión de que aumentar las inversiones, incluyendo las inversiones extranjeras, es importante para proporcionar el apoyo económico necesario para la consecución de los numerosos objetivos estatales de desarrollo. En consecuencia, el DII no debería ser conceptualizado como un antagonista del desarrollo sostenible, sino más bien como parte del derecho internacional de desarrollo (*international development law*).⁶⁴

Al mismo tiempo, es necesario que los Estados continúen siendo capaces de regular efectivamente la inversión extranjera y que tengan un margen regulatorio suficiente para implementar los intereses comunitarios que puedan colisionar con los intereses de inversores extranjeros, como la protección del medio ambiente o de los derechos humanos. La tensión que el DII puede crear con estos intereses comunitarios y las maneras de reconciliarlos serán analizadas en la siguiente sección.

III. RECONCILIANDO LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES CON LOS INTERESES COMUNITARIOS OPUESTOS

No obstante las contribuciones positivas que el DII puede hacer para la promoción de los intereses comunitarios, ambos no necesariamente se sustentan

⁶² Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1997 (UNFCCC) (adoptado el 11 de diciembre de 1997, entró en vigor el 16 de febrero de 2005).

⁶³ Acuerdo de París (adoptado el 12 de diciembre de 2015, entró en vigor el 4 de noviembre de 2016).

⁶⁴ Véase Schill, Stephan, W., “International Investment...”, *cit.*, pp. 348-353.

mutuamente. Como se indicó anteriormente, el DII tiene el potencial de limitar la realización de una amplia gama de intereses comunitarios que entran en conflicto con la protección de inversiones extranjeras. Estos intereses incluyen la protección del medio ambiente y de varios derechos humanos, tales como el derecho a la salud, los derechos culturales o los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁵ Esta lista no es exhaustiva —cualquier interés comunitario no económico podría entrar en conflicto con el DII. Debido a que la responsabilidad del Estado bajo un AII puede surgir por medidas de aplicación general, incluyendo aquellas dirigidas a la protección de los intereses comunitarios no económicos, la posibilidad de incurrir en considerables gastos financieros podría causar retrasos o incluso disuadir a los gobiernos de adoptar una regulación beneficiosa para la protección de los intereses comunitarios no económicos.⁶⁶ Entonces, en estos casos, el DII puede ser un obstáculo para la toma de decisiones dirigidas a la promoción de los intereses comunitarios no económicos.

La manera de resolver las fricciones resultantes, sin embargo, no necesariamente necesita basarse en los cambios institucionales fundamentales solicitados por muchos sectores del actual debate político, ni tampoco se debería dismantelar el sistema por completo, ya que ello conllevaría el riesgo de sacrificar los intereses comunitarios promovidos por el DII. En lugar de ello, como se discute en esta sección, hay muchas maneras de aliviar las tensiones entre el DII y los intereses comunitarios no económicos en el marco de las estructuras existentes, incluyendo la ISDS. Una manera en la que esto puede ser llevado a cabo es adaptando las normas substantivas de los AII para reflejar mejor los intereses comunitarios, ya sea a través de cambios en el texto de los tratados o a través de la reconceptualización o reinterpretación de los textos existentes a la luz de un paradigma de derecho público, en lugar de uno de derecho privado.⁶⁷ Similarmente, la ISDS puede ser reconceptualizada bajo un paradigma de derecho público para proteger mejor

⁶⁵ Véase notas 3-9 y el texto adjunto.

⁶⁶ Por ejemplo, Nueva Zelanda pospuso la introducción de un empaquetado genérico de cigarrillos a la espera del resultado de los casos contra Australia llevados ante el arbitraje de inversiones y la OMC. Véase comunicado del Ministro de Nueva Zelanda Tariana Turia, *Government Moves Forward with Plain Packaging of Tobacco Products*, comunicado de prensa del 19 de febrero de 2013, disponible en: <https://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products>.

⁶⁷ Para una conceptualización de derecho público del DII, véase Schill, Stephan W., “International Investment Law and Comparative Public Law: An Introduction”, en Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3.

a los intereses comunitarios en conflicto. Ambos enfoques tienen efectos transformadores sobre la manera en la que los intereses comunitarios son abordados en el DII, sin la necesidad de un reajuste fundamental del sistema.

1. *Acomodando los intereses comunitarios a través de la recalibración, interpretación y aplicación del DII sustantivo*

Se puede crear espacio para la consideración de intereses comunitarios no económicos dentro del DII tanto a través de la recalibración del texto del tratado en las nuevas generaciones de AII como adaptando la manera en la que los tratados existentes son aplicados e interpretados. Esta sección se centra principalmente en esto último, ya que los retoques internos al sistema tienen el potencial de ofrecer beneficios considerables inmediatos a la hora de acomodar mejor los intereses comunitarios no económicos dentro del DII, mientras que una reforma a través de la elaboración de tratados siempre es un proyecto a largo plazo.⁶⁸ No obstante lo anterior, el método más invasivo para resolver los conflictos entre el DII y los intereses comunitarios opuestos —la elaboración de tratados— será abordado brevemente en primer lugar.⁶⁹

De hecho, los Estados pueden negociar los futuros AII y renegociar los existentes para hacerlos más sensibles a los temas de interés público y preservar el espacio para que los responsables políticos puedan regular en favor del bien común. Este proceso ya está en camino, con Estados recurriendo a diversas técnicas para infundir los intereses comunitarios en sus actuales AII, tales como referirse a los intereses comunitarios en los preámbulos,⁷⁰ incluir cláusulas sobre intereses comunitarios en la parte sustantiva de los AII,⁷¹

⁶⁸ Véase Schill, Stephan W., “The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within”, en Kalicki, Jean E. y Joubin-Bret, Anna (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden-Boston, Brill, 2015, pp. 624-627.

⁶⁹ Para sugerencias similares, véase Vadi, Valentina, *op. cit.*, pp. 868-886; Beharry, Christina L. y Kuritzky, Melinda E., “Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration”, *American University International Law Review*, vol. 30, núm. 3, 2015, pp. 405-411.

⁷⁰ Véase por ejemplo el preámbulo del Acuerdo entre el Gobierno de Japón y el Estado Independiente de Papua Nueva Guinea para la Promoción y Protección de las Inversiones, el cual reconoce la interdependencia del desarrollo económico y social y la protección medioambiental como pilares del desarrollo sostenible, y que la promoción de las inversiones puede aumentar el desarrollo sostenible.

⁷¹ Véase por ejemplo los artículos 12 y 13 del TBI Modelo de los Estados Unidos, 2012, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>, los cuales abordan temas laborales y medioambientales.

añadir anexos interpretativos,⁷² incluir excepciones,⁷³ recortes (*carve-outs*),⁷⁴ cláusulas de medidas no excluidas (*non-precluded measures clauses*)⁷⁵ o crear regímenes especiales para ciertas áreas de actividad gubernamental, como la fiscalidad o la regulación de servicios financieros.⁷⁶ Además, los mecanismos de solución de controversias, incluyendo la ISDS, están siendo recalibrados en las nuevas generaciones de AII, a través de la reforma del arbitraje inversor-Estado o incluso estableciendo órganos permanentes de solución de controversias de tipo jurisdiccional, con mecanismos de apelación.⁷⁷ Las nuevas generaciones de AII, incluyendo aquellos que se espera tengan el impacto más significativo, como el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (AECG)⁷⁸ y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés *Comprehensive and*

⁷² Véase por ejemplo el Anexo B.13(1)(c) del Acuerdo Modelo de Protección de Inversiones de Canadá (2004), disponible en: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

⁷³ Véase el artículo 33 del Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Popular de China para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (firmado el 9 de septiembre de 2012, entró en vigor el 1 de octubre de 2014), el cual contiene una detallada excepción que refleja el contenido del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

⁷⁴ Véase el artículo 1 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Croacia y el Gobierno de la República de Azerbaiyán para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (firmado el 2 de noviembre de 2007, entró en vigor el 30 de mayo de 2008), el cual explícitamente excluye la deuda soberana de la cobertura del TBI, así como el artículo 8.2.3 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (AECG) (firmado el 30 de octubre de 2016, todavía no ha entrado en vigor), que excluye la aplicación de ciertas partes del acuerdo para servicios audiovisuales en relación a la Unión Europea y de medidas relativas a industrias culturales en relación a Canadá. El texto definitivo del AECG está disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf.

⁷⁵ Véase por ejemplo el artículo 8(3) del Acuerdo entre el Gobierno de Hong Kong y el Gobierno de Nueva Zelanda para la Promoción y Protección de las Inversiones (firmado el 6 de julio de 1995, entró en vigor el 5 de Agosto de 1995), el cual dispone que este “no deberá de ninguna manera limitar el derecho de cualquier parte contratante a tomar medidas destinadas a la protección de sus intereses esenciales, o a la protección de la salud pública” (“shall not in any way limit the right of either Contracting Party to take measures directed to the protection of its essential interests, or to the protection of public health”).

⁷⁶ Véase por ejemplo capítulo 13 (Servicios Financieros), capítulo 28 (Excepciones) y artículo 28.07 (relativo a la fiscalización) del AECG.

⁷⁷ Véase Schill, Stephan W., “Authority, Legitimacy, and Fragmentation in the (Envisaged) Dispute Settlement Disciplines in Mega-Regionals”, en Griller, Stefan *et al.* (eds.), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA – New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 111.

⁷⁸ Véase el AECG, *op. cit.*

Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership),⁷⁹ están, en general, adoptando la mayoría o incluso todas estas técnicas.⁸⁰

Tomadas en conjunto, estas diferentes opciones de elaboración pueden proporcionar un margen considerable para la protección de los intereses comunitarios en los AII modernos. También pueden tener el efecto adicional de aumentar la sensibilidad de los tribunales arbitrales respecto de los intereses comunitarios al tomar decisiones sobre conflictos de inversiones bajo AII más antiguos. Sin embargo, mientras la frecuencia con la que se introducen referencias a los intereses comunitarios en el texto de los AII aumenta,⁸¹ no es realista esperar que la redacción de los tratados pueda resolver el conflicto entre el DII y otros intereses comunitarios por sí sola. Después de todo, hay más de 3000 AII en vigor, la mayoría de los cuales no solo carecen de referencias explícitas a los intereses comunitarios no económicos, sino que incluso contienen las llamadas “cláusulas de remanencia” (*survival clauses* o *sunset clauses*), que garantizan la protección bajo el tratado durante un tiempo considerable después de la expiración del mismo.⁸²

Por lo tanto, es necesario considerar los mecanismos para minimizar las tensiones con los intereses comunitarios opuestos bajo los tratados existentes, así como a través del uso de métodos interpretativos que aseguren que se le otorga a los intereses no económicos el peso que se merecen. En este sentido, un paso importante en la dirección correcta es la comprensión de que, como se indicó anteriormente en la sección II.4., el objeto y propósito de los AII implica una agenda más amplia que la mera protección de los derechos de los inversores. Esto abre la puerta, en línea con el artículo 31(1) de

⁷⁹ Véase el CPTPP, *op. cit.*

⁸⁰ Para una visión general de los diversos métodos adoptados en AII nuevos para preservar la autonomía regulatoria, véase Henckels, Caroline, “Protecting Regulatory Autonomy Through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP”, *Journal of International Economic Law*, vol. 19, núm. 1, 2016, p. 27; Schill, Stephan W. y Bray, Heather L., “The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, *British Journal of American Legal Studies*, vol. 5, núm. 2, 2016, p. 419.

⁸¹ Véase Gordon, Kathryn *et al.*, “Investment Treaty Law...”, *cit.*, p. 10.

⁸² Véase por ejemplo el artículo 12(3) del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Letonia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (firmado el 23 de octubre de 1996, entró en vigor el 26 de enero de 1997): “Respecto a las inversiones realizadas previamente a la terminación de este Acuerdo, las disposiciones de los artículos 1 a 11 de este Acuerdo deberán permanecer en vigor durante un periodo adicional de veinte (20) años desde la fecha de su terminación” (“In respect of investments made prior to the termination of this Agreement, the provisions of Article 1 to 11 of this Agreement shall remain in force for a further period of twenty (20) years from the date of the termination”).

la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT),⁸³ para que los tribunales consideren otros intereses no económicos a la hora de interpretar los AII. Herramientas interpretativas en las que los tribunales deberían basarse para llevar a cabo esta tarea incluyen, principalmente, (a) el principio de integración sistémica, (b) el principio de proporcionalidad, y (c) el uso de estándares de revisión deferentes.

A. *La integración sistémica*

Aunque el DII es un sistema altamente especializado, no es autónomo, sino que forma parte del sistema general de derecho internacional.⁸⁴ Esto significa que, como los tratados internacionales, los AII deberían ser interpretados por los tribunales en consonancia con el sistema del cual forman parte. Eso es lo que exige el principio de “integración sistémica”, que se encuentra definido en el artículo 31(3)(c) de la CVDT.⁸⁵ Un tal enfoque interpretativo abre la puerta a que consideraciones de otras áreas del derecho internacional que protegen los intereses comunitarios penetren en el DII. De hecho, este enfoque ya se ha abierto camino en el DII, con muchos ejemplos de tribunales de inversiones recurriendo (si bien no siempre explícitamente) a la idea de integración sistémica.⁸⁶

Por ejemplo, el tribunal en el caso *Pope & Talbot*, al interpretar la cláusula del trato justo y equitativo en el Tratado de Libre Comercio de América del

⁸³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (firmada el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980) (CVDT).

⁸⁴ *Asian Agric Prods Ltd v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI Núm. ARB/87/3, Award, 27 junio de 1990, párr. 21; McLachlan, Campbell, “Investment Treaties and General International Law”, *ICLQ*, vol. 57, núm. 2, 2008, p. 369. Véase asimismo las contribuciones en Hofmann, Rainer y Tams, Christian J. (eds.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Baden-Baden, Nomos, 2011; y las contribuciones en Hofmann, Rainer y Tams, Christian J. (eds.), *International Investment Law and Its Others*, Nomos, 2012.

⁸⁵ Artículo 31(3)(c) de la CVDT; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril 2006, párr. 413. Para aplicar la integración sistémica, se deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 31(3)(c) de la CVDT, véase *ibidem*, párrs. 410-480.

⁸⁶ Véase Trinh, Hai Yen, *The Interpretation of Investment Treaties*, Leiden, Brill, 2014, pp. 55-61; Weeramantry, J. Romesh, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012, párrs. 3.134, 3.141-3.149; Gazzini, Tarcisio, *Interpretation of International Investment Treaties*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 210-221.

Norte (TLCAN), ya al inicio de los años 2000 se guió por otros TBI,⁸⁷ y el tribunal de *Continental v Argentina* se basó fuertemente en el derecho de la OMC al interpretar la cláusula de NMF en el TBI Argentina-EE.UU.⁸⁸ De mismo modo que en estos casos los tribunales arbitrales recurrieron a otros tratados u otras áreas del derecho internacional con el propósito de interpretar un AII, lo mismo puede ser realizado para hacer que el DII sea más receptivo a las preocupaciones comunitarias. A modo de ejemplo, esto fue hecho por el tribunal en el caso *Al-Warraq v Indonesia*, que se basó considerablemente en los instrumentos de derechos humanos al interpretar y aplicar la disposición sobre el trato justo y equitativo del AII en cuestión.⁸⁹ De manera similar, el tribunal en *Philip Morris v. Uruguay* invocó explícitamente el artículo 31(3)(c) de la CVDT como base para tomar en consideración los poderes regulatorios del Estado para adoptar medidas dirigidas a la protección de la salud pública al dar sentido a la cláusula de expropiación del AII relevante.⁹⁰

En consecuencia, hay un amplio margen para emplear el principio de integración sistémica como puerta de entrada para que los intereses comunitarios guíen la interpretación de las normas imprecisas del tratado, tales como el concepto de expropiación indirecta o el requisito de tratar a los inversores extranjeros de forma justa y equitativa. Ciertamente, como al tribunal arbitral solamente se le requiere “tomar en consideración” estas preocupaciones a la hora de interpretar un tratado, su impacto concreto solo puede ser evaluado caso por caso. En algunas ocasiones (como en el caso *Al-Warraq v. Indonesia*), su efecto puede ser el de ayudar a clarificar las normas del AII en beneficio de los inversores, mientras que en otras (como en el caso *Philip Morris v. Uruguay*) pueden dilucidar los límites de la protec-

⁸⁷ *Pope & Talbot Inc v. The Government of Canada*, UNCITRAL (TLCAN), Award on the Merits, 10 de abril de 2001, párrs. 110-116.

⁸⁸ *Continental Casualty Company v. La República Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/03/9, Award (5 septiembre de 2008), párrs. 192-195. Para otros ejemplos de la influencia del derecho de la OMC en la interpretación del DII, véase Kurtz, Jürgen, “The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and Its Discontents”, *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, 2009, p. 749; Kurtz, Jürgen, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 218-224; DiMascio, Nicholas y Pauwelyn, Joost, “Non-Discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, *AJIL*, vol. 102, núm. 1, 2008, p. 48.

⁸⁹ *Hesham TM Al Warraq v. Indonesia*, *op. cit.*, párrs. 556-621. Para otro ejemplo de cómo los intereses comunitarios pueden ser integrados en el DII, véase Simma, Bruno, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?”, *ICLQ*, vol. 60, núm. 3, 2011, pp. 584-592.

⁹⁰ *Philip Morris v. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 290-307.

ción de los inversores y con ello minimizar las tensiones con los intereses comunitarios opuestos.

B. *El principio de proporcionalidad*

Otro instrumento que hace al DII más receptivo a los intereses comunitarios opuestos es el uso creciente por los tribunales de inversiones del principio de proporcionalidad. El análisis de proporcionalidad constituye una técnica interpretativa para resolver conflictos entre dos intereses opuestos: en este caso particular, por un lado, el interés de un inversor extranjero y, por otro lado, el interés comunitario opuesto.⁹¹ Esto permite encontrar un equilibrio entre intereses opuestos mediante la ponderación de su importancia relativa, incluso en casos en los que no haya ninguna excepción expresa a los derechos reconocidos a los inversores extranjeros bajo un AII.⁹² Se puede considerar que dicho principio, que tiene su origen en el derecho público alemán y posteriormente se expandió a un gran número de sistemas de derecho público de todo el mundo,⁹³ representa un verdadero principio de derecho público comparado. En el plano internacional, ha sido acogido en la práctica de las cortes y tribunales más importantes, incluyendo la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y también es reconocido de forma creciente en el contexto del arbitraje de inversiones.⁹⁴

En casos que implican medidas tomadas por el Estado anfitrión para proteger intereses comunitarios, los tribunales de inversiones han usado el análisis de proporcionalidad, por ejemplo, al aplicar el concepto de expropiación indirecta y al interpretar las cláusulas sobre el trato justo y

⁹¹ Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan W., “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest-The Concept of Proportionality”, en Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 79.

⁹² *Idem*.

⁹³ Para una descripción detallada del origen y la difusión del principio de proporcionalidad, véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, núm. 1, 2008, p. 73, así como Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 175-210.

⁹⁴ Véase Stone Sweet, Alec y della Cananea, Giacinto, “Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez”, *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 46, núm. 3, 2014, pp. 918-922; Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan W., *op. cit.*, pp. 81-85; Bücheler, Gebhard, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 68-79.

equitativo y cláusulas de medidas no excluidas.⁹⁵ Mientras que los primeros tribunales que hicieron uso de la proporcionalidad a menudo la aplicaron de manera poco clara y en ocasiones solo implícitamente,⁹⁶ en casos más recientes la proporcionalidad ha desempeñado un papel más importante en el resultado de los casos y ha sido aplicada en gran medida de forma más elaborada y sofisticada.⁹⁷ No obstante estas tendencias, hay margen de mejora para llegar de forma más general a un análisis de proporcionalidad más completo, que consiste de tres pasos e implica la evaluación de una medida estatal en relación a su pertinencia, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.⁹⁸ Mediante el recurso a este análisis estructurado los tribunales de inversiones pueden encontrar una herramienta instructiva para ponderar los intereses comunitarios y aquellos de los inversores extranjeros.

Aunque los tribunales de inversiones todavía deben incorporar completamente todas las facetas de esta herramienta analítica en su razonamiento, han demostrado una creciente simpatía por el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, es probable que los futuros tribunales recurran al análisis de proporcionalidad para ponderar los intereses de los inversores y los intereses comunitarios en conflicto. Al mismo tiempo, dado que los árbitros son nombrados caso por caso, es comprensible que otorgarles los amplios poderes conectados a la ponderación proporcional, especialmente cuando esto no se menciona explícitamente en el tratado aplicable y cuando faltan los contrapesos “legislativos” en manos de las partes contratantes de un AII,

⁹⁵ Véase *ibidem*, pp. 89-102; para una visión exhaustiva de la aplicación del principio de proporcionalidad en el arbitraje de inversiones, véase Bücheler, Gebhard, *op. cit.*, pp. 122-250; y Henckels, Caroline, *Proportionality and Deference in Investor State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 83-115.

⁹⁶ Véase por ejemplo *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI Núm. ARB(AF)/00/02, Award, 29 mayo de 2003, párr. 122; *LG&E Energy Corp LG&E Capital Corp LG&E International Inc v. La República Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 de octubre de 2006, párr. 195.

⁹⁷ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. La Rep.*, Caso CIADI Núm. ARB/06/11, Award, 5 octubre de 2012, párrs. 384-452; *Continental Casualty v. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 189-230. Sin embargo, véase la reciente decisión en *Philip Morris v. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 305, 306, 409, 410, 419 y 420, donde el tribunal hace referencia frecuentemente al principio de proporcionalidad pero no desarrolla dicho análisis.

⁹⁸ Para una descripción más detallada de la aplicación de los diferentes pasos en el análisis de proporcionalidad, véase Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan W., *op. cit.*, pp. 86-88; van Aaken, Anne, “Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 2009, p. 504; Stone Sweet, Alec y della Cananea, Giacinto, *op. cit.*, pp. 917-918; Henckels, Caroline, *Proportionality and Deference...*, *cit.*, pp. 25 y 26.

pueda ser un motivo de preocupación.⁹⁹ No obstante, si la alternativa a la ponderación proporcional es que los intereses en conflicto no sean abordados, el análisis de proporcionalidad parece ser el mejor camino a tomar para acomodar los intereses comunitarios. Además, los Estados están en posición de controlar cómo los tribunales hacen uso del análisis de proporcionalidad y podrían, en caso de que perciban que los árbitros lo usan de manera ilegítima, intervenir a través de interpretaciones vinculantes o modificaciones de los tratados, al menos para armonizar los futuros usos del principio de proporcionalidad con sus intereses.¹⁰⁰

C. *El estándar de revisión y la deferencia*

Por último, las doctrinas de deferencia *vis-à-vis* las medidas estatales que protegen los intereses comunitarios también son un instrumento para mitigar los conflictos. Al revisar las medidas de los Estados anfitriones que afectan a inversores extranjeros, los tribunales de inversiones pueden adoptar diferentes estándares de revisión, que van desde una completa deferencia hacia la decisión del gobierno, sus fundamentos para la toma de decisiones y los motivos subyacentes, hasta reexaminar el asunto en cuestión *de novo*. La mayoría de AII no estipulan explícitamente cuánta deferencia debería ser ejercida por los tribunales,¹⁰¹ otorgándoles por tanto una discreción substancial. Si bien los tribunales aún deben desarrollar un enfoque metodológico coherente en relación a los estándares de revisión,¹⁰² parece haber

⁹⁹ Véase Alvarez, José E., “«Beware: Boundary Crossings» – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 17, núm. 2, 2016, p. 171; Sornarajah, M., *op. cit.*, pp. 365-382; Vadi, Valentina, “The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law: The Case of Proportionality”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 35, núm. 3, 2015, p. 571. Para las desventajas potenciales de la ponderación proporcional en general, véase Bücheler, Gebhard, *op. cit.*, pp. 62-66.

¹⁰⁰ Véase Roberts, Anthea, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, *AJIL*, vol. 104, núm. 2, 2010, p. 179.

¹⁰¹ Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 1, 2013, pp. 197 y 201.

¹⁰² Henckels, Caroline, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 1, 2012, p. 241.

una voluntad creciente en otorgar a los Estados anfitriones una deferencia considerable,¹⁰³ en particular cuando hay intereses comunitarios afectados.

Adoptar una regulación que pondere los intereses comunitarios en relación a otros derechos, tales como los de los inversores extranjeros, implica decisiones políticas delicadas. Las instituciones domésticas del Estado anfitrión a menudo tienen un mejor conocimiento de las circunstancias locales y, al menos en las sociedades democráticas, están dotadas de una mayor legitimidad democrática. Por lo tanto, en estas circunstancias, normalmente dichas instituciones se encuentran en una mejor posición para tomar decisiones sobre los hechos relevantes y las formas adecuadas de abordarlos que los tribunales internacionales, que están más alejados del terreno.¹⁰⁴ Adicionalmente, implementar las medidas dirigidas a proteger los intereses comunitarios a menudo requiere unas habilidades y experiencia que los tribunales de inversiones no necesariamente poseen.¹⁰⁵ Por ejemplo, las demandas de inversiones que afectan a la protección del medio ambiente o a la salud pública pueden implicar decisiones basadas en argumentos científicos tomadas por órganos internos especializados. En esos casos, los tribunales de inversiones normalmente habrán de otorgar un grado considerable de deferencia a los reguladores nacionales implicados.¹⁰⁶

Al otorgar a los responsables de las políticas a nivel nacional una deferencia suficiente al revisar sus decisiones, los tribunales de inversiones pueden también conceder a los gobiernos el espacio necesario para proteger de forma efectiva los intereses comunitarios. Al mismo tiempo, el ejercicio de la deferencia no debería tener como resultado que los tribunales abduquen de su

¹⁰³ Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection...”, *cit.*, p. 214; para un ejemplo reciente de un tribunal poniendo énfasis en el nivel sustancial de deferencia que se debe otorgar a los gobiernos cuando regulen en el interés público, véase *Philip Morris v. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 399, 418, 429 y 430.

¹⁰⁴ Schill, Stephan W., “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, núm. 3, 2012, pp. 600-602; Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection...”, *cit.*, pp. 205-207; Leonhardsen, Erlend M., “Treaty Change, Arbitral Practice and the Search for a Balance”, en Gruszczynski, Lukasz y Wouter, Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 149-151. Véase asimismo *Electrabel SA v. Republic of Hungary*, Caso CIADI Núm. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 noviembre de 2012, párr. 8.35; y *Glamis Gold v United States*, UNCITRAL (TLCAN), Award, 8 de junio de 2009, párrs. 803-805.

¹⁰⁵ Schill, Stephan W., “Deference in Investment...”, *cit.*, pp. 602 y 603; Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection...”, *cit.*, pp. 210-212; Leonhardsen, Erlend M., *op. cit.*, pp. 146 y 147.

¹⁰⁶ Véase por ejemplo *Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) v. Government of Canada*, UNCITRAL (TLCAN), Award, 2 de agosto de 2010, párr. 134.

función jurisdiccional, cediendo el paso sin críticas a las decisiones tomadas a nivel interno. Los árbitros deben seguir siendo los encargados de juzgar la legalidad de las acciones del Estado anfitrión bajo el derecho internacional. Sin embargo, al hacerlo, deberían conceder a los gobiernos un margen de maniobra suficiente para tratar de forma efectiva los intereses comunitarios en conflicto. Podrían, por ejemplo, aplicar un estándar de revisión más estricto al controlar la calidad de los procedimientos gubernamentales, así como para reducir la discriminación, y a la vez otorgar deferencia en términos de cómo los gobiernos anfitriones ponderan en esencia los intereses en conflicto.¹⁰⁷ Ello aseguraría que los Estados anfitriones tengan la libertad de maniobra para regular en favor de la protección de los intereses comunitarios, sin comprometer la necesidad de los inversores extranjeros de un nivel suficiente de protección, particularmente frente a actos arbitrarios o que de otra manera no se encuentran en conformidad con el concepto de Estado de derecho.

2. *Acomodando los intereses comunitarios en la ISDS*

También se puede promover que el DII sea más sensible a los intereses comunitarios a través de la adaptación del procedimiento de ISDS para acomodar mejor dichos intereses. Para ello, no necesariamente se debe buscar en el exterior de las estructuras existentes de DII —dentro del sistema ya existen herramientas para lograr dicha tarea, si bien hasta el momento tal vez no han sido usadas suficientemente. Estas incluyen, entre otros: (a) la transparencia y participación de *amicus curiae*, (b) varios medios procesales para minimizar la parcialidad proinversor y (c) las contrademandas.

A. *La transparencia y participación de amicus curiae*

Uno de los puntos álgidos de las críticas al DII consiste en señalar las deficiencias del sistema de ISDS a la hora de conseguir el mismo nivel de transparencia que habitualmente acompaña a la función jurisdiccional de derecho público.¹⁰⁸ No hay duda de que un sistema que aborda asuntos

¹⁰⁷ Schill, Stephan W., “Deference in Investment...”, *cit.*, pp. 603 y 604.

¹⁰⁸ Parlamento Europeo, Informe del Servicio de Investigación, *Investor-State Dispute Settlement: State of Play and Prospects for Reform*, 21 de enero de 2014, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130710/LDM_BRI\(2014\)130710_REV2_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130710/LDM_BRI(2014)130710_REV2_EN.pdf); Giegold, Sven, “The Promised «Transparency» Around TTIP Has Been

importantes de derecho público necesita proporcionar una apertura suficiente, para que todos los que pudieran ser potencialmente afectados tengan acceso a la información relevante y sean capaces de tener voz en el proceso de toma de decisiones. Este tipo de mejoras también ayudaría a asegurar una mejor protección de los intereses comunitarios en el DII. El aumento de la transparencia no solo será un incentivo para que los árbitros de inversiones muestren una mayor cautela al tratar asuntos sensibles de importancia pública, sino que también facilitará la participación de un mayor número de actores, incluyendo a la academia y a la sociedad civil, permitiéndoles señalar las deficiencias y sugerir posibles mejoras para el sistema.

Al mismo tiempo, se debe reconocer que ya se han hecho grandes avances en relación a la mejora de la transparencia en el DII desde que las primeras críticas fueron planteadas. Hoy en día es difícil justificar la caracterización de los tribunales como “herméticos” y “oscuros”.¹⁰⁹ Se han realizado esfuerzos considerables en el CIADI,¹¹⁰ en el TLCAN¹¹¹ y en las nuevas generaciones de AII¹¹² para aumentar la transparencia. Como resultado, hoy en día la mayoría de laudos son públicos; hay un acceso cada vez mayor a los documentos presentados en los arbitrajes; y la práctica de

a Sham”, *The Guardian*, 31 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/aug/31/transparency-ttip-documents-big-business>; Evatt, Elizabeth A., *An Open Letter from Lawyers to the Negotiators of the Trans-Pacific Partnership Urging the Rejection of Investor-State Dispute Settlement*, 8 de mayo de 2012, disponible en: <http://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>. Para una visión equilibrada, véase Maupin, Julie A., “Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky”, en Bianchi, Andrea y Peters, Anne (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 142-171.

¹⁰⁹ De Palma, Anthony, “Nafta’s Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say”, *New York Times*, 11 de marzo de 2001, disponible en: <http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html> (“secretive” y “obscure”).

¹¹⁰ En 2006, las Reglas de Arbitraje del CIADI fueron reformadas para, *inter alia*, proporcionar una mayor transparencia en los procedimientos administrados por el CIADI, véase Reglas 32, 37 y 48, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>.

¹¹¹ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, 31 de julio de 2001, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>; Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade, *Statement of Canada on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations*, 7 de octubre de 2003, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/open-hearing.aspx?lang=en>; Office of the US Trade Representative, *Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations*, 7 de octubre de 2003, disponible en: https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf.

¹¹² Véase por ejemplo el artículo 9.23 del CPTPP/TPP, y artículo 8.36 del AECG.

permitir audiencias públicas o públicamente retransmitidas también está aumentando.¹¹³ De forma similar, en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés *United Nations Commission on International Trade Law*) ha adoptado su “Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionista y Estados en el Marco de un Tratado”,¹¹⁴ que se aplican por defecto en los casos bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL iniciados en virtud de AII adoptados en o después del 1 de abril de 2014 (la entrada en vigor de dichas reglas), mientras que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (llamada también Convención de Mauricio sobre Transparencia) abre la posibilidad de extender la aplicación de las Reglas de Transparencia a controversias bajo AII adoptados antes de esa fecha, independientemente de las reglas arbitrales aplicables.¹¹⁵ En conjunto, todos estos desarrollos demuestran un claro cambio hacia una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones, lo cual a su vez puede tener un impacto favorable sobre la protección de los intereses comunitarios en el DII.

Además, el aumento de la transparencia también actúa como un agente para permitir la aplicación de otra herramienta importante para la protección de los intereses comunitarios en el DII: las intervenciones de *amici curiae*. Los *amici curiae* son “amigos del tribunal” que ofrecen su conocimiento, perspectiva o información específica sobre asuntos que surjan en el caso y sean de interés para terceras partes o para la comunidad en general.¹¹⁶ Si

¹¹³ La audiencia de la famosa controversia en el caso *Vattenfall v. Germany*, *op. cit.*, por ejemplo, fue retransmitida en directo públicamente a través de la página web del CIADI, aparentemente porque el tribunal instó a acordar dicha transparencia. Véase <https://lives-tream.com/ICSID/events/6515750>.

¹¹⁴ Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (fecha de entrada en vigor: 1 de abril de 2014), disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html.

¹¹⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (adoptada el 10 de diciembre de 2014, entró en vigor el 18 de octubre de 2017), disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf>.

¹¹⁶ En la mayoría de casos en los que participaron *amici*, la razón para su participación fue, de hecho, la existencia de algún tipo de interés comunitario, por ejemplo, la salud pública, las preocupaciones ambientales, el desarrollo sostenible o la protección del patrimonio cultural. Véase *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL (TLCAN), Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*amici curiae*”, 15 de enero de 2001; *Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador*, Caso CIADI Núm. ARB/09/12, Submission of Member Organizations of La Mesa as *Amicus Curiae*, 25 de julio

bien los tribunales originalmente fueron reacios a aceptar la participación de *amici curiae*,¹¹⁷ con el tiempo se abrieron cada vez más a estas iniciativas.¹¹⁸ Mientras tanto, la reforma a las Reglas del CIADI y los cambios fomentados por ciertos países en sus TBI modelo, incluyendo las disposiciones referentes a la participación en relación con *amicus* en las Reglas de Transparencia de UNCITRAL, han apoyado institucionalmente dichos desarrollos.¹¹⁹ Aunque los derechos de terceros no partes en el proceso han seguido siendo limitados a la presentación de cartas escritas,¹²⁰ la participación de *amicus* proporciona una oportunidad adicional para que los intereses comunitarios sean llevados a la atención de los tribunales arbitrales, tanto por organizaciones privadas sin ánimo de lucro como por organizaciones internacionales cuyo mandato es la protección de los intereses comunitarios.

En el caso *Philip Morris v. Uruguay*, por ejemplo, tanto la Organización Mundial de la Salud como la Organización Panamericana de la Salud intentaron ser oídas como *amici* en los procedimientos, para asegurar que los intereses comunitarios que representaron pudieran ser tomados en consideración adecuadamente. El tribunal de inversiones les concedió su petición y abordó durante todo el laudo las observaciones presentadas por estos, apoyándose en ellas en varias ocasiones para arribar a sus conclusiones sobre los asuntos más importantes.¹²¹ Otro desarrollo alentador es el en-

de 2014; *Biwater Gauff v. Tanzania*, Caso CIADI Núm. ARB/05/22, Award, 24 julio de 2008, párr. 366; y *Glamis Gold v. United States*, *op. cit.*; *Grand River v. United States*, Caso CIADI Núm. ARB/10/5, Award, 12 enero de 2011, párr. 60.

¹¹⁷ *Aguas del Tunari, SA v. República de Bolivia*, Caso CIADI Núm. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 de octubre de 2005, párrs. 15-18; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAgua Servicios Integrales del Agua SA v. La República Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae*, 17 de marzo de 2006.

¹¹⁸ Véase por ejemplo *Biwater Gauff v. Tanzania*, Caso CIADI Núm. ARB/05/22, Procedural Order No 5, 2 febrero de 2007, y *Piero Foresti v. South Africa*, Caso CIADI Núm. ARB(AF)/07/01, Letter from ICSID Regarding Non-Disputing Parties, 5 de octubre de 2009. Para una visión general de la participación de *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones, véase Bastin, Lucas, "The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, núm. 3, 2012, p. 208.

¹¹⁹ Véase regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI; artículo 4 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado; artículo 28(3) del TBI Modelo de los Estados Unidos, *op. cit.*, y artículo 39 del Acuerdo Modelo de Protección de Inversiones de Canadá.

¹²⁰ Otros derechos procesales reclamados por *amici*, tales como asistir a las audiencias y realizar observaciones orales, fueron principalmente rechazadas. Véase Bastin, Lucas, *op. cit.*, pp. 215-221.

¹²¹ *Philip Morris v. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 306, 391, 393-394, 396 y 407. Sobre las decisiones del tribunal de permitir las presentaciones de *amici* a la luz de la implicación de intereses

foque proactivo adoptado por el tribunal en *Eli Lilly v. Canadá* al emitir una invitación pública para cualquier persona interesada en solicitar permiso para presentar observaciones escritas al tribunal a la luz de los intereses comunitarios implicados en ese caso.¹²²

Pese a estas incursiones alentadoras en relación a la transparencia y la participación de *amici*, todavía hay un considerable margen de mejora. Primero, el grado en el que los tribunales consideran los argumentos presentados por los *amici*, y la medida en la que influyen la toma de decisiones, sigue siendo en gran parte un misterio. Esta situación requiere el desarrollo de un mecanismo que asegure que los tribunales toman claramente en consideración las presentaciones de *amici*, principalmente en su razonamiento. Si bien el enfoque del tribunal en el caso *Philip Morris v. Uruguay* es un desarrollo prometedor en este aspecto, queda por ver si un compromiso así de importante con las presentaciones de *amici* se vuelve la norma. Al mismo tiempo, el abuso de las presentaciones de *amici* con el propósito de paralizar los procesos efectivos debe ser evitada.¹²³ Por otro lado, también se necesitan mejoras en relación a las disputas de inversiones que, o bien no son tratadas por el CIADI, o no son resueltas en virtud de AII. En muchos casos hay una falta absoluta de conocimiento de estas disputas. Por lo tanto, se necesitan acciones para asegurar que todas las áreas de las relaciones internacionales de inversiones cuenten con la suficiente transparencia y así evitar conflictos con intereses comunitarios opuestos.

B. Reducción de parcialidad proinversor en los tribunales arbitrales

Los cambios que se están realizando en el sistema de DII aseguran que los intereses comunitarios sean tomados en consideración; sin embargo, solo serán efectivos si el riesgo de parcialidad proinversor por parte de los tribunales de arbitraje se reduce al máximo posible.¹²⁴ Tal vez de forma inesperada, es

públicos, véase *ibidem*, Procedural Order No 3, 17 de febrero de 2015, y Procedural Order No 4, 24 de marzo de 2015.

¹²² CIADI, *Eli Lilly and Company v. Government of Canada* (Caso CIADI Núm. UNCT/14/2) – Amici Curiae, comunicado de prensa, 5 de noviembre de 2015, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=155>.

¹²³ Sobre inconvenientes potenciales de la participación de *amici curiae*, véase Fach-Gómez, Katia, “Rethinking the Role of the Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest”, *Fordham International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2012, pp. 548-554.

¹²⁴ Sobre el problema de la parcialidad proinversor, Van Harten, Gus, “Arbitrator Behaviour in Asymmetrical...”, *cit.*

precisamente la flexibilidad del régimen de ISDS, que es objeto de críticas, lo que permite que se realicen dichos ajustes sin la necesidad de cambios profundos en la manera en la que opera el sistema. Incluso si los árbitros tienen interés en obtener nombramientos futuros y en que el arbitraje inversor-Estado continúe, sugerir que esto se puede conseguir mejor a través de un simple favoritismo *vis-à-vis* los inversores es tener una visión algo miope. En lugar de eso, se necesita comprender que, a largo plazo, son los Estados los que controlan el destino de la ISDS. Estos tienen el poder de ajustar, renegociar e incluso desmantelar el sistema. En consecuencia, a menos que los árbitros quieran arriesgar que el sistema en vigor sufra un rechazo fundamental, y arriesgar que el número de sus futuros nombramientos disminuya, los árbitros deberían tener un interés en emitir decisiones que equilibren de forma apropiada la protección de las inversiones y los intereses comunitarios no económicos de acuerdo a las preferencias de la comunidad internacional y sus intereses comunitarios. Ello implicaría el requisito de que tomen en consideración los intereses comunitarios no económicos a la hora de tomar sus decisiones, y que minimicen los conflictos con la protección de las inversiones.¹²⁵

Además, los propios nombramientos de árbitros también son medios para que los Estados influyan la composición del tribunal, designando a árbitros con antecedentes y habilidades que aseguren que los intereses comunitarios específicos implicados en una controversia sean tomados en consideración adecuadamente durante el arbitraje.¹²⁶ También se podrían lograr efectos positivos en términos de orientar el entendimiento por parte de los tribunales de inversiones de los intereses comunitarios afectados mediante la designación de expertos en el ámbito de los intereses comuni-

¹²⁵ Véase Schill, Stephan W., “In Defense of International Investment Law”, en Bungenberg, Marc *et al.* (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, Springer, vol. 7, 2016, pp. 321-323. Faltan estudios empíricos sistemáticos en relación a cómo el interés por ser nombrado nuevamente afecta a la toma de decisiones de los árbitros. Sin embargo, existen estudios empíricos que indican que los Estados tienen más éxito a la hora de defenderse de las demandas de inversores que los inversores a la hora de ganar dichas demandas. Véase Franck, Susan D., “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal*, vol. 50, núm. 2, 2009, p. 447; Franck, Susan D., “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration”, *North Carolina Law Review*, vol. 86, núm. 1, 2007, p. 49.

¹²⁶ Curiosamente, en un caso excepcional en el que fue empleado este enfoque, fue el demandante y no el demandado el que hizo uso de él. Véase *Grand River v. United States*, *op. cit.*, párrs. 128-145, 186-187, 205-221 y 247; donde los inversores, que eran miembros de un pueblo indígena, nombraron al profesor James Anaya, un anterior Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como árbitro, lo cual añadió una perspectiva diferente al tribunal y proporcionó una mejor acogida de los intereses del grupo indígena implicado.

tarios opuestos en cuestión.¹²⁷ Por último, el aumento de la independencia e imparcialidad de los árbitros y la reducción de la parcialidad proinversor que surge de la integración de los árbitros en el mundo de los grandes despachos de derecho comercial puede ser apoyada a través de regulaciones éticas más rigurosas para los árbitros,¹²⁸ así como a través de la restricción para los individuos de adoptar una doble función como árbitro y abogado en diferentes casos.¹²⁹ En conjunto, existe en la actual estructura del arbitraje de inversiones una variedad de herramientas para ayudar a minimizar la parcialidad proinversión o proinversor y para permitir un equilibrio justo entre la protección de las inversiones y los intereses comunitarios opuestos, o en última instancia, estas herramientas podrían ser introducidas a través de relativamente pequeños cambios orgánicos.

C. *Contrademandas*

Un último ejemplo de una vía procesal para aliviar las tensiones entre el DII y los intereses comunitarios opuestos es la posibilidad para los Estados de presentar contrademandas contra los inversores extranjeros en el arbitraje de inversiones. Esto podría proporcionar un importante mecanismo adicional para asegurar que los intereses comunitarios sean respetados por los inversores. Los intentos de presentar contrademandas de forma exitosa, sin embargo, todavía son excepcionales, ya que los tribunales han sido reacios a determinar

¹²⁷ Véase por ejemplo *Perenco Ecuador Ltd v. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI Núm. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 11 agosto de 2015, párr. 611, donde el tribunal nombró a un experto medioambiental independiente para asistir en la determinación de la extensión de los daños ambientales.

¹²⁸ Véase por ejemplo la sección 3, artículo 11 de la Propuesta de la Unión Europea para el Capítulo sobre “La Protección de Inversiones y la Solución de Controversias en Materia de Inversiones” del TTIP (Propuesta de la Unión Europea para el TTIP) y anexo II, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm; artículos 8.30 y 8.44.2 del AECG.

¹²⁹ Véase por ejemplo sección. 3, artículo 11 de la Propuesta de la Unión Europea para el TTIP; artículo 8.30 del AECG. Sobre los problemas que surgen de las dobles funciones, véase Eberhardt, Pia *et al.*, *op. cit.*, p. 23; Buergenthal, Thomas, “The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law”, *Arbitration International*, vol. 22, núm. 4, 2006, pp. 497 y 498; Bernasconi-Osterwalder, Nathalie *et al.*, *Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel*, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, Background Papers, 27-29 October 2010, International Institute for Sustainable Development, 2011, disponible en: www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_arbitrator_independence.pdf.

su competencia sobre estas demandas.¹³⁰ No obstante, prácticamente todos los tribunales han aceptado en principio la noción de que las contrademandas pueden ser presentadas;¹³¹ y decisiones recientes auguran una práctica más liberal, ya que numerosos Estados demandados han conseguido exitosamente superar las barreras jurisdiccionales para presentar contrademandas,¹³² así como resultar la parte ganadora en dichas demandas.¹³³ Un avance especialmente importante es la decisión del caso *Burlington v. Ecuador*, en la que el tribunal acogió la contrademanda de Ecuador de que el inversor había causado un daño ambiental, y este último fue consecuentemente condenado a pagar casi 40 millones de USD en concepto de indemnización.¹³⁴

El examen de las contrademandas por parte del tribunal en este caso no solo ayudó a contextualizar toda la disputa a la luz de los intereses más amplios implicados en lugar de enfocarse únicamente en la perspectiva del inversor, sino que además el tribunal consideró que el inversor era responsable de los daños causados por ignorar las leyes internas que no solo protegen los intereses locales del Estado anfitrión, sino también intereses comunitarios más amplios. Otro avance hacia la responsabilidad de los inversores lo proporciona el reciente laudo en el caso *Urbaser v. Argentina*, donde el tribunal reconoció, en principio, que los inversores extranjeros pueden tener obligaciones bajo el derecho internacional de respetar los derechos humanos, incluso cuando tal obligación no sea impuesta por el TBI aplicable.¹³⁵ Desarrollos como este harán más probable que el cumplimiento por parte de los inversores de las normas que protegen los intereses comuni-

¹³⁰ Una actitud restrictiva por parte de los tribunales puede ser observada especialmente en controversias basadas en tratados. Véase *Spyridon Roussalis v. Romania*, Caso CIADI Núm. ARB/06/1, Award, 7 diciembre de 2011, párrs. 859-877; *Saluka Invs BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 de mayo de 2004, párr. 80.

¹³¹ *Spyridon Roussalis v. Romania*, *op. cit.*, párrs. 864-866; *Saluka v. Czech Republic*, *op. cit.*, párrs. 38 y 39; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 de abril de 2011, párr. 689.

¹³² Véase por ejemplo *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, Caso CIADI Núm. ARB/01/2, Award, 21 junio de 2012, párrs. 267-285; *Hesham TM Al Warraq v. Indonesia*, *op. cit.*, párrs. 655-672; *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. La República Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/07/26, Award, 8 diciembre de 2016, párrs. 1143-1155.

¹³³ Véase *Perenco v. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 582-587.

¹³⁴ *Burlington Resources v. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 889 y 1099.

¹³⁵ *Urbaser v. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 1193-1199 y 1210. Si bien el tribunal rechazó el argumento de Argentina de que el inversor había cometido una violación de derechos humanos al no proporcionar acceso al agua sobre la base de que el derecho internacional no

tarios —tanto a nivel local como internacional— pueda ser asegurado en el futuro. De nuevo, la presentación y admisión de contrademandas es un mecanismo al cual ya se puede recurrir en virtud de muchos AII vigentes (pero no todos), dependiendo en todo caso de la redacción concreta del tratado en cuestión.¹³⁶ La inclusión de cláusulas en AII futuros que explícitamente permitan las contrademandas sería por lo tanto recomendable.

En resumen, las tres áreas de derecho procesal discutidas arriba pueden facilitar la armonización entre la protección de las inversiones y los intereses comunitarios opuestos. Estos aspectos han demostrado que, usadas adecuadamente, las actuales características procesales del DII poseen una capacidad considerable de minimizar los conflictos con los intereses comunitarios opuestos. Tan solo es cuestión, para todos los implicados, las partes así como los árbitros y consejeros, de aprender a cultivar ese potencial lo mejor posible. Los cambios en las estructuras del DII y de la ISDS, tal como se debaten actualmente, si bien posiblemente conduzcan a integrar mejor los intereses comunitarios en el DII, no son estrictamente necesarios para conseguir tal propósito. Por el contrario, hay un gran territorio, en gran parte desconocido, para explorar cómo los conflictos entre el DII y los intereses comunitarios opuestos pueden ser minimizados, tanto en el procedimiento de arbitraje de inversiones como en el DII sustantivo. De esta manera, la ISDS puede ser utilizada para implementar los intereses comunitarios no económicos.

IV. EL DII Y LOS INTERESES COMUNITARIOS: ASUNTOS PENDIENTES

Este capítulo ha explorado cómo el DII puede ayudar a promover ciertos intereses comunitarios, principalmente económicos, y cómo se pueden atenuar las tensiones inevitables con intereses comunitarios opuestos. Aunque el potencial del DII de interferir en la realización de los intereses comunitarios no económicos es muy real y no debería ser subestimado, los instrumentos y mecanismos que los tribunales de inversiones pueden usar para minimizar los

imponer una obligación explícita para los actores privados en este sentido, también reconoció que existe una obligación de abstenerse de violar estos derechos.

¹³⁶ Compárese, por ejemplo, la cláusula de resolución de controversias del TBI aplicable interpretado por el tribunal en el caso *Spyridon Roussalis v. Romania*, *op. cit.*, párrs. 868 y 869, que no se consideró suficientemente amplia para permitir contrademandas contra los inversores, con la cláusula de resolución de disputas del TBI aplicable en el caso *Antoine Goetz v. Burundi*, *op. cit.*, párrs. 276-285, que el tribunal consideró como suficientemente amplia para abarcar dichas contrademandas.

conflictos están disponibles y, en gran medida, ya están siendo utilizados. Esto incluye las técnicas interpretativas dirigidas a una mejor integración de los intereses comunitarios no económicos en el marco del DII, tanto en cuanto al derecho substantivo como al procedimiento de resolución de controversias. Además, los esfuerzos constantes por renegociar los tratados vigentes o recalibrar el procedimiento de arbitraje de inversiones a la luz de los enfoques del derecho público, entre otros a través de una reforma de las reglas de arbitraje y de la Convención de Mauricio sobre Transparencia, también están dirigidos a minimizar los efectos negativos del DII sobre los intereses comunitarios no económicos.

No obstante, es difícil no tener la impresión de que el potencial conciliatorio al que hemos apuntado en este capítulo está lejos de haber sido explorado y puesto en práctica por completo. Por el contrario, todavía hay un camino considerable por recorrer para asegurar que el DII no socave los intereses comunitarios no económicos. En consecuencia, se requiere un esfuerzo aumentado y armonizado por parte de todos los actores implicados —negociadores de tratados, funcionarios estatales, árbitros, académicos y sociedad civil— para lograr este objetivo. El DII solo podrá ser considerado como un instrumento que contribuye a promover intereses comunitarios como el crecimiento económico, la promoción del Estado de derecho y el desarrollo sostenible, si se atienden, en la mayor medida posible, las tensiones con los intereses comunitarios no económicos.

Al mismo tiempo, hay áreas respecto a la promoción y protección de intereses comunitarios económicos en las que la contribución del DII presenta una serie de deficiencias. Una de estas brechas continuas es la falta de regulación de la conducta y obligaciones de los inversores a nivel internacional.¹³⁷ Si bien en muchas ocasiones los Estados tienen la capacidad y voluntad suficiente para regular la conducta de los inversores e imponerles obligaciones en virtud de su derecho nacional para que respeten los intereses comunitarios no económicos, contar con instituciones internas disfuncionales puede resultar en una falta de regulación o de implementación. El hecho de que generalmente no se impongan obligaciones a los inversores extranjeros en el derecho internacional¹³⁸ puede conducir a un desequilibrio entre la protección otorgada a la inversión extranjera y a los intereses comunitarios

¹³⁷ Véase Reinisch, August, “Human Rights Extraterritoriality: Controlling Companies Abroad”, en Benvenisti, Eyal y Nolte, Georg (eds.), *Community Interests Across International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 396.

¹³⁸ Véase sin embargo la decisión del tribunal en *Urbaser v Argentina*, *op. cit.*, que podría ser indicativo de una mayor disposición de los tribunales arbitrales de imponer obligaciones a los inversores a nivel internacional.

no económicos. Aunque algunos AII, como el Acuerdo de Inversiones de la Organización de la Conferencia Islámica,¹³⁹ ya imponen ciertas obligaciones a los inversores, y aunque se hayan desarrollado un gran número de enfoques de *soft-law* con el mismo propósito,¹⁴⁰ aún se necesitan realizar grandes avances en el requisito de los gobiernos de regular de forma efectiva la conducta de los inversores. Marcos conceptuales, en particular el marco desarrollado por el antiguo Representante Especial de la Secretaría General de la ONU para Comercio y Derechos Humanos, John Ruggie,¹⁴¹ y tratados modelo que tienen como objetivo incluir obligaciones para los inversores en los AII,¹⁴² existen hoy en día. El siguiente paso sería que todos los Estados incluyesen este tipo de obligaciones en su práctica actual al elaborar tratados y considerar si deberían crearse mecanismos de cumplimiento para intereses comunitarios no económicos en el derecho internacional.

Otra deficiencia relacionada con problemas institucionales a nivel interno se refiere al acceso asimétrico a la resolución internacional de conflictos. Mientras los inversores extranjeros tienen acceso tanto a la ISDS de manera externa como a la jurisdicción nacional del Estado, las comunidades negativamente afectadas por proyectos de inversiones extranjeras solo tienen vías de recurso, ya sea contra los inversores extranjeros o contra su propio Estado, a través de los tribunales nacionales. Lo mismo sucede con los inversores nacionales. La consiguiente desigualdad en el acceso a la solución de controversias no solo es preocupante desde la perspectiva democrática y capaz de distorsionar la competencia en el mercado entre los inversores nacionales e internacionales, sino también hace que amplias partes de la solución de controversias en tribunales nacionales estén exentas de ser supervisadas por las instituciones internacionales. Esto podría ser un desincentivo para los gobiernos de Estados anfitriones de mejorar sus sistemas judiciales internos e implementar estándares internacionalmente aceptables en la administración de justicia bajo el concepto de Estado de

¹³⁹ Artículo 9 del Acuerdo para la Promoción, Protección y Garantía de las Inversiones entre los Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (firmado el 5 de junio de 1981, entró en vigor el 23 de septiembre de 1986).

¹⁴⁰ Para una visión general de estos instrumentos de *soft-law*, véase Jacob, Marc y Schill, Stephan W., “Going Soft: Towards a New Age of Soft Law in International Investment Law?”, *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 8, núm. 1, 2014, pp. 15-33.

¹⁴¹ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, HR/PUB/11/04, 2011, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

¹⁴² Véase por ejemplo los artículos 11 y 12 del TBI Modelo de India (2016), disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>.

derecho, incluso si ningún inversor extranjero en concreto ha sido afectado. No obstante ello, desde la perspectiva del objetivo del DII de mejorar el nivel de buena gobernanza para así incentivar el crecimiento económico y contribuir a la creación de una base financiera en favor del desarrollo sostenible, las instituciones domésticas necesitan una mejora de modo generalizado, y no solo en la medida en la que los inversores extranjeros sean afectados. Esto, por supuesto, requeriría que el DII fuese más allá de sus raíces, situadas en la protección diplomática y el derecho internacional de la protección de los extranjeros, pero sería el siguiente paso lógico si se quiere llevar al siguiente nivel la contribución positiva del DII a los intereses comunitarios económicos.

En cualquier caso, a nivel conceptual, parece importante destacar que la función del DII de promover los intereses comunitarios económicos, e indirectamente también algunos intereses no económicos, hasta el momento ha permanecido ampliamente inexplorada. Por el contrario, la capacidad del DII de afectar negativamente a los intereses comunitarios no económicos ha atraído casi toda la atención. Esta situación no ayuda a apreciar adecuadamente el DII y su potencial de contribuir a la promoción de los intereses comunitarios en general. En este sentido, tener al DII como un sistema que funciona bien para la gobernanza de las relaciones internacionales de inversiones, ya sea administrado por tribunales arbitrales o por un tribunal permanente de inversiones, es de gran importancia para toda la comunidad internacional y parece indispensable en la búsqueda del desarrollo sostenible y de la buena gobernanza bajo el Estado de derecho. Una visión completa y equilibrada de este subsistema del derecho internacional solamente puede ser lograda mediante el reconocimiento de estas contribuciones positivas del DII a la promoción de los intereses comunitarios.