

Magdalena Bas Vilizzio

Hacia la soberanía regulatoria

Protección del espacio de política pública
y solución de controversias inversor-Estado



biblioteca**plural**

HACIA LA SOBERANÍA REGULATORIA

Protección del espacio de política pública
y solución de controversias inversor-Estado

Magdalena Bas Vilizzio

HACIA LA SOBERANÍA REGULATORIA

Protección del espacio de política pública
y solución de controversias inversor-Estado

La publicación de este libro fue realizada con el apoyo de la Comisión Sectorial de Investigación Científica (csic) de la Universidad de la República.

Los libros publicados en la presente colección han sido evaluados por académicos de reconocida trayectoria en las temáticas respectivas.

La Subcomisión de Apoyo a Publicaciones de la csic, integrada por Luis Bértola, Magdalena Coll, Mónica Lladó, Alejandra López Gómez, Vania Markarian, Sergio Martínez y Aníbal Parodi ha sido la encargada de recomendar los evaluadores para la convocatoria 2020.

Producción editorial del equipo de Ediciones Universitarias:
Equipo de Ediciones Universitarias (diseño de interior)
Andrea Duré (diagramación de interior y tapa)
Nairí Aharonián Paraskevaídas y Christian Almonacid (revisión de textos)

© Magdalena Bas Vilizzio, 2020
© Universidad de la República, 2023

Ediciones Universitarias,
Unidad de Comunicación de la Universidad de la República (UCUR)
18 de Julio 1824 (Facultad de Derecho, subsuelo Eduardo Acevedo)
Montevideo, CP 11200, Uruguay
Tels.: (+598) 2408 5714 - (+598) 2408 2906
Telefax: (+598) 2409 7720
Correo electrónico: <ucur@udelar.edu.uy>
<<https://udelar.edu.uy/portal/institucional/comunicacion/ediciones-universitarias/>>

ISBN: 978-9974-0-2014-6
e-ISBN: 978-9974-0-2017-7



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY

Contenido

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN BIBLIOTECA PLURAL, <i>Rodrigo Arim</i>	9
---	---

PRESENTACIÓN.....	13
-------------------	----

PUNTO DE PARTIDA

El régimen de solución de controversias inversor-Estado	15
Problema de investigación.....	17
Aspectos metodológicos.....	18
Estructura de la obra.....	22

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO: ENTRE LA SOBERANÍA Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

Regímenes internacionales, Estados y empresas transnacionales.....	23
Estados: soberanía y autonomía	24
Empresas transnacionales como sujetos del derecho internacional público.....	33

EL ESPACIO DE POLÍTICA PÚBLICA COMO BASE DE LA SOBERANÍA

Aspectos preliminares	49
Evolución del régimen de protección de inversiones hacia el reconocimiento de la necesidad de un espacio de política pública.....	49
¿Hay un lugar para el espacio de política pública?.....	56
El caso de la Unión Europea: ¿reivindicación de un espacio de política pública regional?.....	63
Conclusiones del capítulo.....	72

SOBERANÍA REGULATORIA: UN CONCEPTO EN TRANSICIÓN.....

Aspectos preliminares.....	75
Estados, empresas transnacionales y solución de controversias en un mundo en crisis.....	75
Soberanía regulatoria.....	82
Conclusiones del capítulo.....	94

HACIA LA SOBERANÍA REGULATORIA: UNA VISIÓN EN CONJUNTO.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	101
LISTA DE SIGLAS.....	109
APÉNDICE I. CURRÍCULOS DE LAS Y LOS ENTREVISTADOS.....	111
APÉNDICE II: JURISPRUDENCIA CITADA.....	115

Presentación de la Colección Biblioteca Plural

Vivimos en una sociedad atravesada por tensiones y conflictos, en un mundo que se encuentra en constante cambio. Pronunciadas desigualdades ponen en duda la noción de progreso, mientras la riqueza se concentra cada vez más en menos manos y la catástrofe climática se desenvuelve cada día frente a nuestros ojos. Pero también nuevas generaciones cuestionan las formas instituidas, se abren nuevos campos de conocimiento y la ciencia y la cultura se enfrentan a sus propios dilemas.

La pluralidad de abordajes, visiones y respuestas constituye una virtud para potenciar la creación y uso socialmente valioso del conocimiento. Es por ello que hace más de una década surge la colección Biblioteca Plural.

Año tras año investigadores e investigadoras de nuestra casa de estudios trabajan en cada área de conocimiento. Para hacerlo utilizan su creatividad, disciplina y capacidad de innovación, algunos de los elementos sustantivos para las transformaciones más profundas. La difusión de los resultados de esas actividades es también parte del mandato de una institución como la nuestra: democratizar el conocimiento.

Las universidades públicas latinoamericanas tenemos una gran responsabilidad en este sentido, en tanto de nuestras instituciones emana la mayor parte del conocimiento que se produce en la región. El caso de la Universidad de la República es emblemático: aquí se genera el ochenta por ciento de la producción nacional de conocimiento científico. Esta tarea, realizada con un profundo compromiso con la sociedad de la que se es parte, es uno de los valores fundamentales de la universidad latinoamericana.

Esta colección busca condensar el trabajo riguroso de nuestros investigadores e investigadoras. Un trabajo sostenido por el esfuerzo continuo de la sociedad uruguaya, enmarcado en las funciones que ella encarga a la Universidad de la República a través de su Ley Orgánica.

De eso se trata Biblioteca Plural: investigación de calidad, generada en la universidad pública, encomendada por la ciudadanía y puesta a su disposición.

Rodrigo Arim

Rector de la Universidad de la República

Ojalá podamos mantener viva la certeza
de que es posible ser compatriota y
contemporáneo de todo aquel que viva
animado por la voluntad de justicia y la
voluntad de belleza, nazca donde nazca y viva
cuando viva, porque no tienen fronteras los
mapas del alma ni del tiempo.

Eduardo Galeano,
*palabras de agradecimiento en ocasión
de recibir el Premio Stig Dagerman,
Suecia, 12 de setiembre de 2010*

Presentación

En 2019, se celebró el centenario de la primera cátedra de Política Internacional en el mundo, que dio origen a una fecunda tradición de enseñanza e investigación universitaria en relaciones internacionales. Asimismo, se cumplieron sesenta años desde la firma del primer tratado bilateral de inversiones (TBI) entre Alemania y Pakistán, en 1959, y setenta y cinco de la creación de las instituciones de Bretton Woods, en 1944. Cien, sesenta y setenta y cinco pueden ser solo números, pero demuestran el pasaje del tiempo en el estudio de una disciplina dinámica, profunda y amplia.

En el siglo XXI, la reflexión sobre la disciplina implica reconsiderar el papel y las características de sus actores, volver a pensar en el atributo de la soberanía y en las empresas transnacionales como posibles sujetos de derecho internacional público. También implica comprender que es necesario construir nuevas legalidades internacionales que den respuesta a los cambios sistémicos y a las medidas domésticas que, comprometidas con el desarrollo de los pueblos, impactan en las estructuras internacionales. Dicho ejercicio involucra el análisis de los impactos del cruce entre protección de derechos humanos y protección de inversiones, que rompe el *corset* clásico de los límites de la disciplina. Este libro busca recuperar el conocimiento surgido en los márgenes de las relaciones internacionales, en particular en la economía política y el derecho internacional.

En este marco, la obra tiene un doble origen. En primer lugar, se nutre de parte de los resultados de mi tesis en el Doctorado en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata: *Estado-empresas transnacionales: cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y redefinición de la soberanía a la luz de la protección de los derechos humanos*, cuya síntesis fue publicada en la revista *Relaciones Internacionales* de la Universidad Nacional de La Plata (2020d). En segundo lugar, este trabajo abreva de los avances del proyecto de investigación y desarrollo apoyado por la Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC) de la Universidad de la República: «Relación Estadoempresas transnacionales: Uruguay frente a los cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y el cuestionamiento de las medidas de interés público» (2019-2020). En este sentido, agradezco especialmente a ambas instituciones y a sus miembros, en particular a mi tutor en el doctorado, Lincoln Bizzozero, quien confió en mí desde el primer día y se convirtió en mi padre académico.

El resultado de este trabajo no hubiera sido el mismo sin los aportes de los colegas que hicieron llegar sus sugerencias, sus críticas constructivas y su aliento, en particular a los entrevistados que compartieron su tiempo y sus conocimientos. Muchas gracias a José Augusto Fontoura Costa, Alejandro

Garro, Juan Hernández Zubizarreta, Felipe Michelini, Fabio Morosini, Cecilia Olivet, Saskia Sassen, así como a Ana Pastorino, quien hizo una lectura atenta del primer borrador de este libro. De los errores u omisiones que pudieran existir, solo yo soy responsable.

Quisiera finalizar recordando a Felipe Michelini y a María José Orellano, ambos amigos y colegas que se fueron demasiado pronto. A ellos dos está dedicado este libro.

Punto de partida

El régimen de solución de controversias inversor-Estado

Hace más de sesenta años, el 25 de noviembre de 1959, Alemania y Pakistán celebraron el primer TBI de la historia. En la actualidad, son más de 3300 los instrumentos jurídicos que componen la red de acuerdos internacionales de inversiones, entre TBI, capítulos en tratado de libre comercio (TLC) o disposiciones en tratados regionales o multilaterales de diversas materias.¹ Estos instrumentos contienen reglas y principios que conforman un régimen internacional en cuyo centro se encuentra el principio general de la promoción y protección de la inversión extranjera en el territorio de un Estado huésped. Del principio fundamental, se desprenden otros derivados que regulan el comportamiento de los principales actores vinculados a la inversión extranjera, esto es, Estados e inversores. Estos principios derivados son los siguientes:

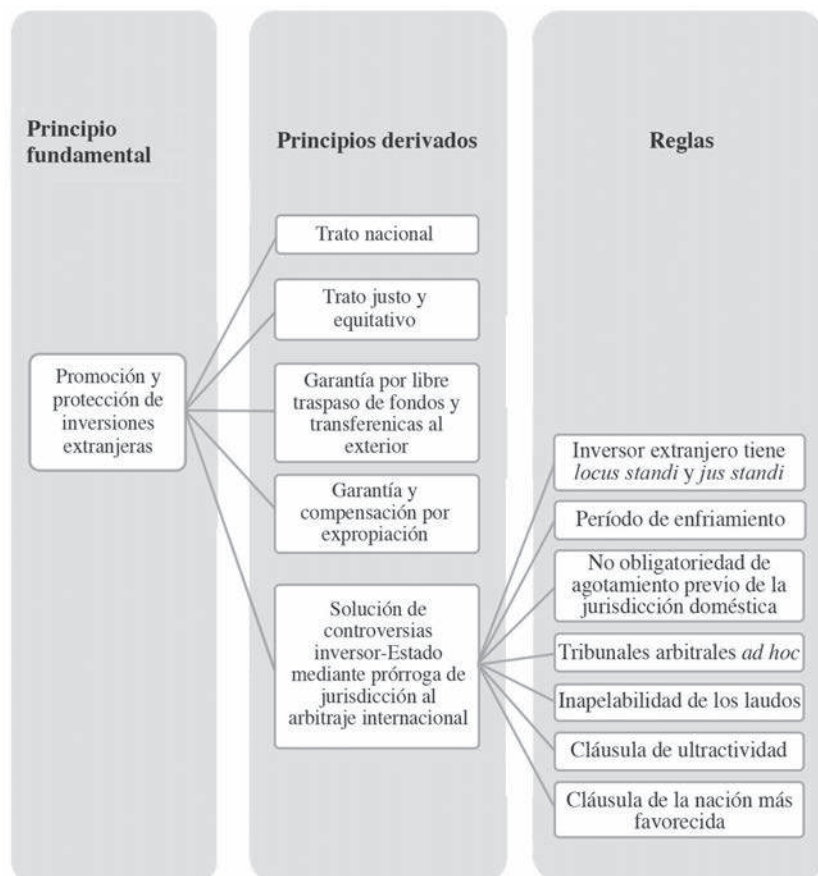
1. trato nacional;
2. trato justo y equitativo;
3. garantía y compensación por expropiación;
4. garantía por libre traspaso de fondos y transferencia de capitales y ganancias al exterior, y
5. solución de controversias inversor-Estado mediante la prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional prevista por escrito (figura 1).²

El principio de solución de controversias inversor-Estado —dada su complejidad y sus características propias— se comporta como un régimen internacional en sí mismo. Este régimen tiene dos particularidades que lo distinguen de otros sistemas de solución de disputas en el plano internacional. En primer lugar, son los inversores extranjeros —ya sean personas físicas o jurídicas— quienes tienen *locus standi* y *jus standi*, aspecto que trae al debate el creciente peso internacional de los actores no estatales. En segundo lugar, el régimen se erige como un mecanismo de control externo de la legalidad de los actos del Estado receptor de la inversión (Hernández González, 2017; Rocha Postiga, 2013, p. 182; Van Harten y Loughlin, 2016, p. 149).

1 Conforme a los datos del *Investment Policy Hub* de la Unctad, actualizados en enero de 2021, el número de los TBI celebrados alcanza a 2896 (81% en vigor) y el de otros acuerdos con disposiciones en materia de inversiones a 416 (78% en vigor).

2 La prórroga de jurisdicción puede estar prevista en un TBI, en un capítulo de inversiones de un TLC o en tratados multilaterales en los cuales el Estado huésped o receptor de la inversión y el Estado de nacionalidad del inversor sean parte, así como en leyes de inversiones del Estado receptor o en contratos puntuales entre empresas extranjeras y Estados huéspedes.

Figura 1. Principios del régimen internacional de protección de inversiones, con especial referencia a la solución de controversias inversor-Estado



Fuente: Bas Vilizzio (2018, p. 168).

Asimismo, producto de la expansión de temas susceptibles de regulación internacional y de la consecuente fragmentación del derecho internacional en regímenes jurídicos autocontenidos, la segunda característica de la solución de controversias inversor-Estado se complementa con el hecho de que las medidas domésticas cuestionadas por los inversores extranjeros pueden tener diversa índole, incluso estar vinculadas a temas de protección del medioambiente, salud pública, acceso al agua potable o derechos humanos en general. Los acuerdos modernos prevén límites al respecto, aunque, en la actualidad, el uso de estas disposiciones sigue siendo excepcional en la materia, como, por ejemplo, el Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés), en cuyo articulado está prevista la excepción de las medidas de control del tabaco (artículo 29.5).

En este contexto, el objeto material de esta investigación, esto es, la parcela de la realidad que se pretende conocer, es la relación empresas transnacionales-Estados en el marco de la solución de controversias inversor-Estado, desde 2007 —año en que Bolivia se convierte en el primer Estado del mundo en abandonar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)— hasta 2020. Si bien el objeto material tiene vinculación directa con el núcleo del derecho internacional público —el Estado como sujeto y la solución pacífica de controversias como uno de los principios fundamentales del sistema—, el objeto formal de este trabajo son las relaciones internacionales. La perspectiva desde la que aborda el objeto material excede el análisis estrictamente jurídico, ya que se amplía la mirada desde y hacia las relaciones internacionales y sus márgenes con otras disciplinas.

Problema de investigación

El régimen internacional de protección de inversiones tuvo su auge en la década del noventa durante el Consenso de Washington, cuyos postulados propulsaban la celebración del TBI y la apertura a capitales externos. No obstante, el régimen de solución de controversias inversor-Estado —parte integrante del anterior— comenzó a ser empleado por los inversores tímidamente una vez entrada la década del noventa y, con especial énfasis, en la primera década del siglo XXI con las demandas contra Argentina por las medidas tomadas para hacer frente a la crisis económica de 2001 —en particular por la pesificación de las tarifas de los servicios públicos—. Conforme a los datos del *Investment Policy Hub* de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad, por sus siglas en inglés), entre 1987 —cuando se registra la primera solicitud de arbitraje— y 2000, el número de disputas iniciadas fue 57, mientras que, entre 2001 y el 31 de diciembre de 2021, la cifra aumentó más de 22 veces, para llegar a 1190 procedimientos. Estos hitos en el régimen de solución de controversias inversor-Estado son en sí mismos hitos en la relación entre los actores principales en torno a la inversión extranjera, los Estados y las empresas transnacionales.

Adicionalmente, en los últimos años el régimen bajo análisis ha sido centro de fuertes críticas, a saber: inexistencia de una jurisprudencia consistente, ausencia de una instancia de apelación, procesos arbitrales como órganos de control externo de la actividad o inactividad estatal —incluso en materias de interés público que involucren la protección de los derechos humanos o áreas sensibles (energía, aguas y saneamiento, salud, medioambiente, derechos de los pueblos indígenas, etc.)—, demandas o amenazas de demandas que deriven en un congelamiento o parálisis normativa en temas de interés público, su incidencia sobre el espacio de política pública —*policy space*— y, por ende, el derecho de regular de los Estados, entre otras. Estas críticas tienen

como punto de partida la percepción de un desbalance de poder a favor de los inversores y en detrimento de los poderes estatales, que se manifiesta en las disposiciones incluidas en los TBI y en otros instrumentos jurídicos celebrados por los Estados.

Dichas críticas derivan en cambios en el discurso de un número inicialmente limitado de Estados y se cristalizan con los retiros del CIADI de Bolivia —en 2007—, de Ecuador —entre 2009 y 2021— y de Venezuela —en 2012—, así como en una serie de propuestas reformistas o alternativas en torno al arbitraje de inversiones desde diversas partes del mundo. Más recientemente, se agregan el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respecto a la incompatibilidad de los arbitrajes inversor-Estado con el derecho comunitario —cuando estos involucran inversores y Estados de la Unión (caso Achmea)—, el comunicado de la Comisión Europea respecto al tema (COM(2018) 547) y el acuerdo de terminación de los TBI entre veintitrés miembros de la Unión Europea (UE), el 5 de mayo de 2020, que incluye dejar sin efecto las cláusulas de ultractividad.³

Partiendo de la cuádruple proyección de la soberanía —soberanía wettaliana, soberanía legal internacional, soberanía interna y soberanía de interdependencia— que propone Stephen Krasner (2001a) en *Soberanía, hipocresía organizada*, ¿ha evolucionado el concepto de *soberanía* hacia una nueva definición, que parte de supuestos diferentes de los que propone Krasner, explicativa de los cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado? De ser así, ¿qué características tiene y en qué se fundamenta? Estas son las preguntas que busca responder este trabajo.

Aspectos metodológicos

El diseño de investigación es un protocolo de todas las tareas que demanda la ejecución de la investigación, por tanto, comprende un conjunto de decisiones interconectadas relativas al marco teórico, los objetivos y la metodología (Dalle, Boniolo, Sautu y Elbert, 2005). Habiendo hecho referencia a los dos primeros, en este apartado se analiza la estrategia metodológica. En primer lugar, esta investigación es explicativa, en tanto busca establecer por qué ocurre un fenómeno internacional en concreto, en qué condiciones y por qué se relacionan diferentes variables (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2010, p. 84). Respecto a la dimensión temporal, se trata de un estudio longitudinal, ya que el fenómeno es observado a lo largo de un período de tiempo extenso (2007-2020) a los efectos de comprender su propia dinámica.

3 El acuerdo no alcanzó a Austria, Finlandia, Irlanda ni Suecia. Finlandia y Suecia permanecieron fuera del proceso negociador desde sus comienzos.

Recorte temporal

El inicio del recorte temporal responde a que 2007 es un punto de quiebre en el régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado, ya que, el 2 de mayo de 2007, Bolivia se convierte en el primer Estado en el mundo en notificar la denuncia al Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y, por ende, en abandonar el CIADI.⁴ El inicio del recorte temporal también tiene implicancias sistémicas, ya que coincide con la antesala de la crisis financiera en los países desarrollados en 2008. Esta instancia abre una nueva etapa en que se cuestiona el modelo de gobernanza neoliberal que, estructurado desde la década del noventa, dio cabida a la fase de construcción y auge del régimen de protección de inversiones.

El escenario internacional de la globalización económica en el que irrumpe el *crack* de 2008 —ruptura de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos y su expansión al sistema financiero internacional— se estructura en torno al debilitamiento del Estado frente al fortalecimiento de los actores no estatales; la dispersión o descentralización del poder; las nuevas dinámicas de dependencia, desigualdad, dominación y exclusión (Del Arenal, 2008). Asimismo, esta etapa se caracteriza por dos lógicas que tienen un impacto directo en el régimen bajo análisis: la desregulación del mercado y privatización de la economía, así como el desarrollo de zonas del mundo segregadas, únicamente incluidas bajo la lógica del extractivismo (Sassen, 2011, p. 21).

En consecuencia, la crisis se presenta como resultado de al menos dos desequilibrios en el sistema internacional: el desequilibrio entre Estados que acumulan ahorro y Estados que gastan por encima de su presupuesto, y el desequilibrio entre el Estado y el mercado producto de la desregulación de la economía y las finanzas (Sanahuja, 2009, p. 57). Su irrupción, su rápida expansión global e incluso su impacto tanto en Estados desarrollados como en Estados emergentes y en desarrollo pusieron, en definitiva, de manifiesto la inexistencia de normas internacionales que sujeten la conducta de los actores no estatales o institucionales multilaterales que fueran capaces de dar respuesta a las situaciones de quiebre en el sistema internacional en términos de relación Estado-mercado.⁵ Desde lo político, se reclamó el «retorno del Estado» (Sanahuja, 2009, p. 58), idea antitética a la «retirada del Estado» que

4 Conforme al artículo 71 del mencionado tratado, la denuncia se hace efectiva seis meses después de su notificación, esto es, el 3 de noviembre de 2007.

5 Kwame Jomo y Felice Rodríguez (2011, p. 114) afirman que el multilateralismo ha sido amenazado por las decisiones impuestas a la comunidad internacional por un grupo de Estados poderosos. Las alternativas al G7 o al G20 fortalecerían un multilateralismo inclusivo, cuya ausencia quedó demostrada por la incapacidad de las instituciones multilaterales de resolver la crisis de 2008.

Susan Strange(2001) señalaba como característica del modelo que precisamente se comienza a quebrar.

A la luz de lo anterior, este trabajo se extiende hasta 2020, de modo de incorporar al análisis hechos como el retiro de Ecuador⁶ y de Venezuela del CIADI, la celebración de tratados que proponen alternativas como ser las excepciones sectoriales (por ejemplo, las medidas de control del consumo de tabaco en el CPTPP) o los movimientos surgidos en la UE en torno a los casos Micula contra Rumania (CIADI, número ARB/05/20) y Achmea (Asunto C-284/16 del TJUE).

Nivel de análisis

Como indica Leandro E. Sánchez (2013, p. 18), es la perspectiva intelectual del investigador la que determina el nivel de análisis internacional que debe emplearse y, por ende, los métodos y teorías que se seleccionen. El nivel de análisis puede ser micro o macro, en atención a los fenómenos examinados. Si estos son relevantes para el sistema internacional en su conjunto, el nivel de análisis será macro. Si los fenómenos estudiados son relevantes para un actor o pequeño grupo de actores en particular, el nivel de análisis será micro (Sánchez, 2013, p. 19).

Si bien la identificación del nivel de análisis internacional puede hacerse exclusivamente en términos de las categorías macro y micro, esta categorización puede complementarse con la propuesta de Charles Kegley y Shannnon Blanton (2012, pp.1415) en torno a tres niveles de análisis: el individual, el estatal y el global. El nivel individual consiste en las características personales de los seres humanos tomadores de decisiones que obligan a los Estados y a los actores no estatales, así como de los ciudadanos cuyo comportamiento tiene consecuencias políticas importantes. El nivel estatal o doméstico refiere a la toma de decisiones de las entidades gubernamentales que tiene efecto en la policía exterior, sumado a los atributos internos de los propios Estados. Por último, el nivel de análisis global se centra en la interacción de los actores estatales y no estatales globalmente, y en cómo estos son capaces de dar forma al sistema internacional mediante su comportamiento.

En el caso de esta investigación, el nivel de análisis empleado es macro o global, puesto que los fenómenos examinados son relevantes para el sistema internacional. Sin perjuicio de lo anterior, como en la mayoría de los temas de las relaciones internacionales, el tema elegido puede incidir en la toma de decisiones de un actor en particular (nivel micro). En el caso puntual de los Estados, es posible que el tema permee en la construcción jurídico-institucional doméstica, como, por ejemplo, las reformas constitucionales que

6 El reingreso de Ecuador al CIADI se hace efectivo el 3 de setiembre de 2021, *a posteriori* del depósito del instrumento de adhesión el 21 de agosto del mismo año.

establecieron limitaciones a la jurisdicción internacional en materia de inversiones, como en los casos de Bolivia y de Ecuador. No obstante, el abordaje teórico desde el que se parte brinda la óptica necesaria para el estudio del tema desde una perspectiva macro y, por ende, sistémica, para dar mayor relevancia al estudio de la incidencia del contexto global con independencia de la situación de un Estado en particular.

Fuentes

Con relación a las fuentes, este trabajo de investigación no tiene como base exclusiva el análisis o la incorporación de citas de obras de doctrina, sino que adicionalmente se examinan fuentes primarias y secundarias. Un ejemplo de fuentes primarias son los textos normativos, en particular, los TBI, tratados comerciales que incluyan capítulos de inversiones, y otros acuerdos vinculados. Como fuentes secundarias, se destacan los reportes de organizaciones internacionales (como la Unctad, la Organización de las Naciones Unidas [ONU], el CIADI, la Organización Mundial del Comercio [OMC]) y los artículos de prensa que dan cuenta de las posiciones y propuestas de los principales actores involucrados.

Se opta por una estrategia de integración de los métodos cualitativo y cuantitativo, como propone Eduardo Bericat (1998, pp. 38-39), en concreto la combinación de un método subsidiario (cuantitativo) en el método principal (cualitativo). El fin de la combinación es fortalecer la validez del último mediante la compensación de sus debilidades con las fortalezas del primero. En consecuencia, las técnicas empleadas son de dos tipos: técnicas no obstructivas de recolección de información y, complementariamente, entrevistas en profundidad a informantes calificados. En las técnicas no obstructivas, el investigador no está involucrado directamente en la obtención de la información de los sujetos, por tanto, son técnicas no reactivas, ya que se presume que evitan cualquier distorsión a causa de la mera presencia del investigador (Webb, 1981; Lee, 2000, p. 1).

En este sentido, y gracias a la adaptabilidad de las técnicas no obstructivas, en esta investigación se emplea el análisis documental de textos normativos, reportes de organizaciones internacionales, comunicados u otros documentos de los ministerios de Relaciones Exteriores, jurisprudencia, artículos de prensa y doctrina. Adicionalmente, con el fin de evitar, o intentar evitar, que el empleo de una sola técnica de investigación condicione los resultados y los torne artificiales y parciales, las técnicas anteriores se complementan con entrevistas semiestructuradas a informantes calificados del ámbito gubernamental, de la sociedad civil y de la academia. A través de las entrevistas, se busca recolectar información sobre la visión de los entrevistados respecto a los temas bajo análisis y otros aspectos del objeto de estudio que no son observables en forma directa, lo cual refuerza la ventaja del empleo

de múltiples técnicas de investigación. Cabe destacar que se incluye un breve currículo de cada entrevistado en el apéndice I y que todos los entrevistados citados dieron su consentimiento para ser mencionados por su nombre.

Estructura de la obra

A partir de este punto, el libro se estructura en tres partes. En primer lugar, se analizan los aportes teóricos en los que la investigación abreva: la teoría de los regímenes internacionales como teoría general que permite enmarcar el régimen de solución de controversias inversor-Estado, desagregada en teorías sustantivas: el abordaje de la soberanía de Stephen Krasner, así como los aportes de Susan Strange, Julian Arato y otros respecto a las empresas transnacionales como actores fundamentales de los mercados y en su relación con los Estados.

En segundo lugar, este trabajo analiza el espacio de política pública, en el entendido que es la base de la soberanía regulatoria (concepto en transición). Este capítulo contextualiza el reconocimiento de la erosión o condicionamiento del espacio de política pública por los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado. Se incluye el estudio particular de la situación de la UE que presenta la dualidad de considerar contrarios al derecho de la Unión los arbitrajes intra-UE, no así los mecanismos que involucran a terceros Estados. Por ejemplo, el sistema de tribunales de inversiones en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA, por su sigla en inglés).

El siguiente capítulo se enfoca en el concepto de *soberanía regulatoria*, su contextualización en la crisis de la globalización, la covid-19 y el multilateralismo, los motivos y las manifestaciones que tuvieron lugar desde 2007 en adelante: el retiro del CIADI de Bolivia, de Ecuador y de Venezuela; la celebración de nuevos modelos de acuerdos de protección de inversiones (CPTPP, el modelo del TBI de la India de 2016, el TBI Marruecos-Nigeria), así como la anteriormente analizada situación de la UE ante los arbitrajes intra-UE.

El trabajo cierra con un capítulo destinado a las conclusiones finales. Se añaden dos apéndices en los que se encuentran los currículos de los entrevistados (apéndice I) y el listado de casos jurisprudenciales citados (apéndice II).

Solución de controversias inversor-Estado: entre la soberanía y las empresas transnacionales

Regímenes internacionales, Estados y empresas transnacionales

Desde las relaciones internacionales, el régimen de solución de controversias inversor-Estado puede ser categorizado como un régimen internacional, esto es: «Un conjunto implícito o explícito de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión alrededor de los cuales las expectativas de los distintos actores convergen en un área determinada de las Relaciones Internacionales» (Krasner, 1983, p. 186). La definición de Krasner deja abierta la posibilidad de que los regímenes estén conformados por Estados y otros actores no estatales, en el caso bajo análisis, las empresas transnacionales como principales inversores extranjeros. En este punto es importante tener en cuenta que un inversor extranjero puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, pero, dadas las características de la transnacionalización del capital, en su mayoría se trata de empresas transnacionales.

En el caso puntual del régimen internacional de protección de inversiones, es posible afirmar que las expectativas de los Estados integrantes convergen en torno al principio fundamental de la promoción y protección de inversiones. Esto es, los Estados emisores de inversión extranjera directa ven garantizadas las inversiones de los particulares de su nacionalidad y los Estados receptores cuentan con instrumentos que brindan certeza jurídica al inversor extranjero como forma de promocionar la recepción de capital extranjero. Conforme al derecho internacional consuetudinario, los Estados tienen derecho a regular y excluir la inversión extranjera en su territorio, como expresión de su soberanía (Dolzer y Schreuer, 2008, p. 7); en consecuencia, también tienen capacidad de decisión de integrar el régimen (miembros), permanecer fuera al celebrar o no acuerdos internacionales en materia de inversión (externos) o abandonar el régimen (disidentes) (Bas Vilizzio, 2017a). En el último quinquenio, se ha constatado la presencia de un nuevo tipo de Estado que, si bien no opta por abandonar el régimen, cambia su posición inicial de miembro y lo enfrenta, al menos parcialmente (confrontadores).

Si bien el régimen surge como una creación europea-estadounidense, este se expandió de forma global, y sus principios y reglas son aplicables a lo largo y ancho del mundo, salvo excepciones (Estados externos o disidentes). Si bien el otro actor clave en torno a la inversión extranjera —las empresas transnacionales— no cuenta con el atributo de la soberanía y no tiene capacidad de celebrar los tratados que forman la red en la que se sostiene el

régimen, ostenta poder funcional y estructural sobre los Estados y, por tanto, se incluye en la toma de decisiones en la materia.

A continuación, se analizarán las características fundamentales de los Estados, en tanto actores del sistema internacional y sujetos indiscutidos de derecho internacional público, y de las empresas transnacionales, sujetos discutidos de derecho internacional público y actores en crecimiento en las relaciones internacionales. Asimismo, se incluye el estudio de las notas fundamentales del proyecto de instrumento jurídicamente vinculante para regular —en el marco del derecho internacional de los derechos humanos— las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas, el cual, desde el 6 de agosto de 2020, ya cuenta con su segunda versión revisada. Esta propuesta es calificada por la Unctad (2019, p. 4) como una manifestación de reequilibrio frente a los actuales mecanismos de solución de controversias inversor-Estado.

Estados: soberanía y autonomía

Proyecciones de la soberanía

El elemento que diferencia al Estado de cualquier otro sujeto de derecho internacional o de cualquier otro actor de las relaciones internacionales es la soberanía. El concepto de *soberanía* ha evolucionado a lo largo de la historia y no es exclusivo del ámbito del derecho internacional público ni de las relaciones internacionales. Es una noción que engloba diferentes áreas del conocimiento, como la ciencia política, la sociología, la filosofía, el derecho público, entre otros. Por tanto, el énfasis en el análisis varía según el autor y el momento histórico bajo examen.

Si bien en el ámbito del derecho internacional público existe una definición muy difundida de *soberanía*, concebida como un atributo de los Estados independientes que se reconocen como jurídicamente iguales (reconocimiento mutuo, no intervención e igualdad jurídica), este trabajo busca ampliar la mirada estrictamente jurídica. Por tanto, se tomarán como teoría sustantiva los aportes de Krasner (2001a) respecto a las cuatro proyecciones de la soberanía, conforme a la etapa histórica y a los elementos en los que se focalizan los Estados. Las definiciones propuestas son las siguientes:

1. soberanía de interdependencia, vinculada al control estatal de los movimientos a través de sus fronteras nacionales;
2. soberanía westfaliana, aquella que aparece históricamente en función de las notas fundamentales de la Paz de Westfalia de 1648 y que consolida un sistema de derecho basado en el principio de no intervención en los asuntos internos;

3. soberanía interna, relacionada con la existencia de estructuras de autoridad domésticas capaces de ejercer control efectivo dentro de fronteras, y
4. soberanía legal internacional, referida al reconocimiento mutuo entre Estados.

Como explica el autor, las cuatro proyecciones de la soberanía se caracterizan por su vinculación a tres conceptos fundamentales: el de *autoridad*, el de *control* y el de *legitimidad*. En este sentido, la soberanía legal internacional y la westfaliana están vinculadas a la autoridad y a la legitimación, pero no contienen notas de control. Por su parte, la soberanía interna está atada a los conceptos de *autoridad*, *control* y *legitimidad de una autoridad* dentro de las fronteras de un Estado, sin perjuicio de los límites y las condiciones que el ejercicio de dicha autoridad implica. Por último, la soberanía de interdependencia se arraiga exclusivamente en el control (Krasner, 2001a, pp. 14-15). Es la nota de control la que lleva a que, en estudios posteriores, Krasner (2009a, 2009b) plantee la incorporación de la soberanía de interdependencia en la soberanía interna, lo que implica analizar solo tres proyecciones: soberanía westfaliana —o vatteliana—, soberanía legal internacional y soberanía interna.

El concepto de *soberanía*, por tanto, no es unívoco ni estático, sino que siempre ha sido desafiado a lo largo de la historia conforme al contexto en el que los Estados desarrollan sus relaciones externas. En este punto es importante destacar que, si bien el uso de la mencionada tipología pareciera indicar que a lo largo de su historia un Estado evoluciona de un tipo de soberanía a otro como mecanismo de adaptación a los nuevos contextos internacionales, no tiene por qué ser siempre así. De hecho, en un momento determinado, un Estado puede ostentar un tipo de soberanía y no otra, y no por eso dejar de ser considerado un Estado o transformarse en una entidad diferente (Krasner, 2001a, p. 15).⁷ Asimismo, el ejercicio de una de las proyecciones de la soberanía puede condicionar o limitar el ejercicio de otra de ellas. Un ejemplo de lo anterior son los compromisos que el Estado asume internacionalmente de manera voluntaria, en ejercicio de su soberanía legal internacional, que condicionan o limitan otras proyecciones de la soberanía.

7 Krasner (2009a, 2011) afirma que no hay alternativa aceptada frente a la soberanía. Incluso en tiempos de globalización que cuestionan la autoridad estatal, es más factible que esta última se vea alterada a que sea creada una nueva forma de organizar la vida política diferente al Estado. Los cambios que puedan darse sobre la base de reglas que emerjan en la evolución del sistema internacional coexisten, pero no suplantán a la soberanía, esta es resiliente (Krasner, 2001b). En definitiva, aunque la soberanía pueda verse modificada y surjan nuevos conceptos, como se propone en este trabajo, esta seguirá constituyendo el elemento distintivo del Estado como única forma de organizar la vida política.

Estos compromisos son denominados por Krasner (2001a) como «invitaciones» en contraposición a la intervención, acto contrario a la voluntad del Estado, objeto de esta. En el tema concreto de esta investigación, la celebración de un TBI y su posterior entrada en vigor pueden condicionar la soberanía interna del firmante, particularmente en lo que refiere a la autoridad para ejercer los actos del Estado. El condicionamiento puede tomar diferentes formas, desde el congelamiento o parálisis regulatoria hasta la revisión y el control de legalidad de los actos del Estado en la esfera pública por parte de entidades externas (tribunales arbitrales internacionales), incluso en casos de ejercicio válido del derecho de regular en materia de derechos humanos.

Dentro de las modalidades de compromisos, se encuentran aquellos de carácter voluntario: los convenios internacionales y los contratos; así como aquellos de carácter no voluntario: la coerción y la imposición. Krasner (2001a, pp. 43-44) escribe que, en los convenios, los gobernantes se obligan a seguir ciertas reglas con independencia de lo que hagan los demás; en los contratos, se siguen determinadas conductas a cambio de un beneficio; en la coerción, los gobernantes son sometidos de modo que su poder relativo disminuye, y en la imposición, el gobernante no tiene capacidad de resistencia.

El autor plantea ejemplos vinculados a los tratados de protección de derechos humanos o que involucren la jurisdicción penal internacional, para describir el condicionamiento de la soberanía westfaliana frente al ejercicio voluntario de la soberanía legal internacional. Este fenómeno es lo que lo lleva a sostener que, en la actualidad, la soberanía se caracteriza por la hipocresía organizada, esto es, que normas como el principio de no intervención pueden ser violadas de manera legítima por acuerdos internacionales en materia de derechos humanos (contratos). Si bien el autor no lo plantea, similar razonamiento puede hacer con los TBI u otros instrumentos internacionales que prevén disposiciones en materia de protección de inversiones, celebrados en ejercicio válido de la soberanía legal internacional, y su impacto sobre la soberanía interna, en particular la autoridad para ejercer actos estatales en materia de políticas públicas.

Habitualmente, los acuerdos en materia de inversión son celebrados entre Estados desarrollados y Estados en desarrollo, en el caso de los tratados internacionales, o entre empresas originarias de Estados desarrollados y Estados en desarrollo, en el caso de los contratos de inversión.⁸ No se trata de una violación del principio de no intervención desde el punto de vista militar ni es realizada de forma directa por otro Estado, como plantea Krasner (2001a) en los ejemplos que maneja. Estos no entran en

8 El léxico puede resultar confuso, por tanto, en este punto es importante hacer la siguiente aclaración: un contrato de inversión es un acuerdo de voluntades entre un inversor extranjero y un Estado huésped. De acuerdo con las modalidades de compromiso propuestas por Krasner, los contratos de inversión son contratos; pero no todos los contratos, en el sentido krasneriano, refieren a dicha materia.

contradicción con la soberanía legal internacional, puesto que son una proyección de su ejercicio; sin embargo, condicionan la soberanía interna al limitar el desarrollo de las acciones del Estado dentro de fronteras. Se trata de un proceso desde el exterior hacia el interior del Estado. Un ejemplo de ello es cómo las estructuras domésticas pueden ser influenciadas por los actores externos, ya que, para ingresar al régimen internacional de protección de inversiones, los Estados deben celebrar acuerdos en la materia en ejercicio de su soberanía legal internacional.

Krasner (2001a) no propone una definición de *soberanía* basada en el espacio de política pública, en cuya defensa los Estados están dando pasos hacia la modificación de instituciones externas (proceso desde el interior al exterior del Estado). Si bien esta nueva definición de *soberanía* tiene notas de la soberanía interna, presenta diferencias al proyectarse hacia el exterior y moldear las instituciones internacionales conforme a los intereses domésticos (protección del espacio de política pública).

Del entramado de acuerdos internacionales de inversión, se derivan los principios y reglas que enmarcan la conducta de los Estados, que, a su vez, pueden condicionar sus estructuras internas. Como ya se indicara en este capítulo, este es el caso de la solución de controversias inversor-Estado en tribunales arbitrales internacionales que tienen capacidad para revisar y controlar la conducta del Estado huésped en la esfera pública, incluso sin el requisito de agotamiento previo de la jurisdicción doméstica. Además, la experiencia internacional indica que la pertenencia puede derivar en situaciones en las que la regulación de ciertas áreas sea enlentecida, suspendida o directamente evitada a los efectos de no recibir una demanda por parte de un inversor extranjero. Este es el caso de Nueva Zelanda con la implementación de la cajilla de cigarrillos plana —*plain packaging*— (Philip Morris Asia contra Australia, caso CPA, número 2012-2) o de El Salvador con relación a la ley que prohíbe la minería metálica (Pac Rim contra El Salvador, caso CIADI, número ARB/09/12).

Cabe señalar que, a diferencia de lo planteado por Krasner y desde un abordaje estrictamente jurídico, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en la sentencia sobre el fondo del asunto del vapor Wimbledon, el 17 de agosto de 1923, afirma que la soberanía estatal no puede verse erosionada por la asunción de compromisos internacionales, puesto que esta actividad se desarrolla justamente en ejercicio de la soberanía. Así, indica:

La Corte rechaza que la celebración de cualquier tratado por el cual un Estado se obligue a hacer o no hacer determinado acto implique un abandono de la su soberanía. No hay duda de que una convención que crea obligaciones de este tipo restrinja el ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que requiere que ellos sean ejercidos de determinada manera.

Pero el derecho de ser parte de compromisos internacionales es un atributo de la soberanía estatal (§ 35 *in fine*, traducción propia).⁹

Autores como Kal Raustiala (2003, pp. 844-847) y Lucas Barreiros (2008, pp. 5356) continúan abonando la tesis de la CPII, al entender que los tratados internacionales pueden tener un impacto sobre la conducta de los Estados, pero no afectan su soberanía. Estos mantienen su capacidad de tomar decisiones a pesar de los tratados celebrados y en vigor, capacidad que constituye el núcleo de la soberanía, según los autores.¹⁰ Si bien la soberanía es la base para el *jus tractatum* —capacidad de celebrar acuerdos internacionales—, la afirmación anterior es discutible respecto a los límites del ejercicio de los derechos emanados de la soberanía, en particular cuando condicionan el derecho de regular. Asimismo, es cuestionable si los autores no refieren al concepto de *autonomía* en vez de *soberanía* en sentido krasneriano o incluso jurídico, aspecto que se desarrollará en el siguiente apartado.

Con relación a los límites del ejercicio de los derechos emanados de la soberanía, este ejercicio se ve especialmente erosionado cuando los tratados condicionan el derecho de regular o el poder de policía del Estado. Este refiere a la «actividad de la Administración que restringe la libertad general del ciudadano en defensa del orden público» (Hernández González, 2017, p. 11), esto es, el poder del Estado de regular limitando libertades particulares con el fin de proteger un bien jurídico superior: el orden público. El derecho de regular puede ser entendido como un menor nivel de abstracción del concepto de *espacio de política pública* —*policy space*—, es decir, el conjunto de medidas tomadas en las áreas susceptibles de decisión pública.

El derecho de regular es, justamente, el que establece el freno a los acuerdos internacionales o, en términos del Estado, el que condiciona su propia

9 «The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty».

10 Cabe señalar que, en su trabajo, Barreiros concluye que la noción de *soberanía* nunca ha sido absoluta, ya que es a partir de la sentencia en el caso del vapor Lotus de la CPII, el 7 de setiembre de 1927, que la disciplina comenzó a preocuparse por las situaciones de condicionamiento o erosión de la soberanía. En este trabajo, no se comparte tal afirmación desde el punto de vista jurídico (Barreiros, 2008, pp. 47-48). Desde las relaciones internacionales, se siguen las ideas de Krasner respecto al condicionamiento que el ejercicio de un tipo de soberanía puede suponer sobre otros, partiendo de conceptos que demuestran que la soberanía es absoluta. Pensar en ceder o limitar soberanía es un oxímoron: se es soberano o no se es, por tanto, se es Estado o no se es. Sin perjuicio de esto, la soberanía puede verse condicionada por conductas que tienen cabida en un sistema basado en la hipocresía organizada y que hacen que el concepto de *soberanía* se transforme, pero no desaparezca como elemento distintivo del Estado o con carácter absoluto.

soberanía. Siguiendo a Catharine Titi (2014), el derecho de regular «denota el derecho que permite, excepcionalmente, al Estado anfitrión regular en derogación de los compromisos internacionales que ha contraído mediante acuerdos de inversión, sin que por esto incurra en el deber de compensar» (p. 18, traducción propia).¹¹ La noción de *derecho de regular* o de *poder de policía del Estado* suele ser invocada en casos de expropiación, en especial de expropiación indirecta, como cuando el Estado actúa en protección del interés general —por ejemplo, en la disputa entre Philip Morris y Uruguay relativa a la salud pública (caso CIADI, número ARB/10/7)—, lo cual se presenta como una excepción de la doctrina Hull. En definitiva, esta doctrina busca un balance entre los derechos de los inversores y el interés general cuyo guardián es el Estado (Pellet, 2015).

Por su parte, el *Informe sobre las inversiones en el mundo* de la Unctad (2003) introduce por primera vez en sus análisis el concepto de *espacio de política nacional* —*national policy space*—, que marca la posible tensión entre la liberalización del mercado y la necesidad de los Estados de regular para maximizar los beneficios y minimizar los riesgos de la apertura (Ghiotto, 2017, p. 69). En este sentido, respecto al espacio de política pública nacional, el informe indica que:

Su base es el derecho de regular, una prerrogativa soberana que deriva del control del Estado sobre su territorio y que es un elemento fundamental en el régimen jurídico internacional de los Estados soberanos. A pesar de que los Estados receptores de la inversión limitan su autonomía regulatoria como resultado de políticas de liberalización —y tienen su autonomía limitada por ser parte de un proceso más amplio de globalización económica—, los acuerdos internacionales de inversiones generan problemas particulares con relación a este punto. Estos acuerdos internacionales, como otros textos legales, son especificaciones de obligaciones legales que limitan la autonomía soberana de las partes (Unctad, 2003, p. 145, traducción propia).¹²

La afirmación de la Unctad reconoce la limitación que genera la celebración de acuerdos internacionales en lo que respecta al juego de la soberanía legal internacional y la soberanía interna, en términos de Krasner, o de una

11 «(It) denotes the legal right exceptionally permitting the host state to regulate in derogation of international commitments it has undertaken by means of an investment agreement without incurring a duty to compensate».

12 «Its foundation is the right to regulate, a sovereign prerogative that arises out of a State's control over its own territory and that is a fundamental element in the international legal regime of State sovereignty. Although host countries already limit their regulatory autonomy as a result of liberalization policies —and have their autonomy limited as part of the wider process of economic globalization— IIAs create distinctive issues in this connection. Such international agreements, like other legal texts, are specifications of legal obligations that limit the sovereign autonomy of the parties».

quinta proyección, como se analizará en el capítulo 4. En este sentido, autores como Jörg Mayer (2009, p. 376) afirman que el espacio de política pública es una combinación de decisiones sobre las políticas soberanas *de jure* y la autonomía nacional *de facto*. La autonomía y su relación con la soberanía también serán objeto de análisis en el siguiente apartado.

El desafío, en particular para los Estados en desarrollo, lo constituye el balance entre la liberalización económica y las políticas de desarrollo sostenible (Ghiotto, 2017, pp. 65, 69). Puntualmente, en lo que respecta a la relación Estado-empresa transnacional, el condicionamiento de la soberanía estatal tendría efecto directo en la posibilidad de iniciar procesos arbitrales inversor-Estado, que, en definitiva, operarían como una barrera de contención a la parálisis o enfriamiento regulatorio. Además de condicionar la soberanía desde un punto de vista interno (autoridad para ejercer los actos del Estado), los acuerdos que dejan afuera de su articulado la protección del derecho de regular condicionan la autonomía estatal al limitar su capacidad de toma de decisiones. Si bien Krasner (1999, p. 40) analiza la autonomía dentro de la soberanía westfaliana, como la condición en la que la autoridad estatal es independiente de cualquier poder externo, *soberanía* y *autonomía* no son conceptos sinónimos ni uno es parte del otro, como se desarrollará a continuación.

Soberanía y autonomía

Ninguno de los TBI u otros instrumentos con disposiciones en materia de inversiones representa una violación de la soberanía, ya que los Estados como soberanos son quienes ingresan a dichos acuerdos en modalidad de invitación (soberanía legal internacional), pero a su vez confrontan la soberanía, dado que condicionan o erosionan las estructuras internas de los signatarios, en especial si son Estados con menor poder relativo (soberanía interna). Asimismo, como señala Krasner (2001a, p. 39), esta situación impacta de manera negativa sobre la autonomía interna el Estado, ya que la condiciona. En consecuencia, como tercera teoría sustantiva, este trabajo se asienta sobre los aportes de los autonomistas latinoamericanos.

Si bien el concepto de *autonomía* no ha sido unívoco en materia de relaciones internacionales, este trabajo parte del concepto propuesto por Juan Carlos Puig (1980), quien señala que la autonomía es «la máxima capacidad de decisión propia que se puede tener, tomando en cuenta los condicionamientos del mundo real» (p. 148). Por tanto, la autonomía es una condición del Estado que le permite articular y alcanzar metas políticas de manera independiente,¹³ y el goce de la autonomía es lo que le permite al Estado articular

13 Russell y Tokatlian (2001, pp. 71-73) identifican dos significados más. El primero refiere a la autonomía como sinónimo de la soberanía westfaliana conforme a Krasner, en el sentido de que ningún actor externo puede ejercer autoridad dentro del territorio de

y lograr sus objetivos de manera independiente de las demandas o intereses de entidades internas o externas, más que el atributo de la soberanía. Si bien el abordaje de Puig tiene como centro al Estado, reconoce el protagonismo internacional de otros actores no estatales como las empresas transnacionales. Mismas ideas pueden verse en Helio Jaguaribe (1979).

La existencia de actores no estatales también impacta en la autonomía de los Estados, en especial porque esta no es una propiedad estable, sino que fluctúa conforme a la coyuntura. En efecto, Jaguaribe (1979) afirma que «la autonomía no es una conquista estable y permanente» (p. 96), por tanto, un Estado puede transitar de situaciones de autonomía completa a dependencia completa. Como señala Puig (1986), «la dinámica autonomista suele ser cíclica y desarrollarse por etapas. Es algo así como un ir y venir; un proceso de avances y retrocesos» (p. 58). Ahora bien, este proceso de fluctuaciones no necesariamente impacta sobre la soberanía estatal, ya que un Estado podría perder o disminuir su autonomía, como condición política y económica, pero aun así ser soberano. La autonomía es una condición y la soberanía un atributo que hace que el Estado sea precisamente ese sujeto/actor y no otro. Para el ejercicio de la primera es imprescindible que el Estado sea soberano, pero no viceversa.

En materia de solución de controversias inversor-Estado, el primer hito relacionado con la autonomía internacional de los Estados latinoamericanos tuvo lugar durante la reunión anual de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial (BM), el 9 de setiembre de 1964 en Tokio. Diecinueve Estados latinoamericanos¹⁴ junto con Irak y Filipinas ejercieron su autonomía internacional al tomar la decisión de votar en contra del borrador preliminar del Convenio de Washington, mediante el que se crea el CIADI, con el llamado «No de Tokio». La decisión fue tomada con base en la tradición jurídica latinoamericana en torno a la doctrina Calvo —contenida en la mayoría de las constituciones de la época— y con el interés de no otorgar al inversor extranjero derechos superiores a los inversores nacionales al permitirles demandar a los Estados fuera de su territorio (Polanco, 2014).

No obstante, a finales de la década de los ochenta, los Estados latinoamericanos comenzaron a transitar un camino de dependencia y pérdida de autonomía al seguir a rajatabla las recetas propuestas por el Fondo Monetario Internacional (FMI), el BM y el Departamento del Tesoro de Estados Unidos, el denominado Consenso de Washington. En las dos organizaciones internacionales, el sistema de votación ponderó a las grandes potencias, en particular Estados Unidos, por lo cual las propuestas del consenso reflejaban con

un Estado. El segundo indica que la autonomía es uno de los intereses nacionales del Estado, siendo los otros dos la supervivencia y el bienestar económico.

14 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (Boeglin, 2012).

claridad los intereses de la potencia hegemónica del momento. El consenso propulsaba reformas estructurales basadas en la desregulación del mercado, la apertura comercial mediante la rebaja de aranceles y la eliminación de barreras no arancelarias, la privatización de servicios públicos y la liberalización de las barreras a la inversión extranjera directa (Fernández Alonso, 2013, pp. 48-50; Bohoslavsky, 2010, p.18).

El paquete propuesto generó el clima propicio para que los Gobiernos neoliberales de los noventa comenzaran la práctica de celebrar los TBI y consolidaran la adhesión al Convenio de Washington, lo que reforzó una pérdida de poder de decisión y consecuente dependencia de los Estados centrales (Rapoport y Míguez, 2015, p. 146). De hecho, los TBI son, en su mayoría, celebrados entre Estados desarrollados y Estados en desarrollo, en busca de la protección de la inversión de las empresas de los primeros en los ordenamientos jurídicos de los segundos.

La práctica tendiente a la celebración de TBI o inclusión de capítulos de inversiones en los TLC y otros acuerdos se mantiene hasta el día de hoy en América Latina y el mundo. Sin perjuicio de lo anterior, se han planteado cambios al régimen de protección de inversiones, especialmente en lo que refiere al régimen de solución de controversias inversor-Estado como régimen derivado del anterior. Estos cambios tienen como base la reivindicación de la autonomía y la defensa de la soberanía. En este sentido, puede señalarse la situación de Brasil, que tiene un modelo alternativo de acuerdo de protección de inversiones denominado Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), la de El Salvador durante el proceso en torno al caso Pac Rim o la situación actual de la UE respecto a los arbitrajes intra-UE. No obstante, también se perfila una transición hacia una nueva concepción de soberanía en cuyo núcleo duro está el espacio de política pública, como se analizará más adelante en este trabajo.

Dado que el sistema internacional es dinámico, los actores que lo componen también lo son, tanto en sus características como en su diversidad. Es por esto que, en lo que refiere al Estado —en particular a su soberanía— los cambios y las alternativas propuestas al régimen internacional de protección de inversiones avizoran una nueva proyección de la soberanía estatal diferente a las estudiadas por Krasner, que se analizará en el último capítulo de este libro.

Empresas transnacionales como sujetos del derecho internacional público

Empresas transnacionales como sujetos del derecho internacional público

Si bien el centro de esta investigación no es la subjetividad jurídica de las empresas transnacionales, se considera un análisis complementario que permitirá una mejor comprensión del poder ganado por las empresas transnacionales como actores de las relaciones internacionales, en particular en parcelas de poder, en términos de Strange (2001), que antes eran ocupadas por los Estados (capacidad procesal y acceso directo a la solución de controversias inversor-Estado). Asimismo, dado que es habitual que las empresas transnacionales sean las antagonistas¹⁵ de los Estados en los procesos arbitrales, el tema resulta pertinente, habida cuenta de que históricamente la subjetividad jurídica en derecho internacional público ha estado vinculada con la soberanía. Por tanto, solo los entes que detentaran dicho atributo eran considerados sujetos.

Los Estados fueron durante mucho tiempo, además de sujetos originarios y plenos, los únicos sujetos del sistema. En consecuencia, esta rama del derecho fue tradicionalmente considerada como un conjunto de normas creadas por los Estados para regular de forma exclusiva las relaciones interestatales. No obstante, en la medida en que el derecho internacional público evolucionó y logró desligarse de su exclusividad soberanista, es que se reconoce la subjetividad jurídica internacional de otros actores de las relaciones internacionales, que tienen diferente naturaleza y que cuentan con características no compartidas con los Estados. En esta línea, se pronuncia la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en la opinión consultiva relativa a las reparaciones a los daños sufridos al servicio de la ONU, el 11 de abril de 1949, al indicar que:

Los sujetos de derecho en cualquier sistema legal no son necesariamente idénticos en naturaleza o extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. A través de la historia, el desarrollo del derecho internacional ha estado influenciado por los requerimientos de la vida internacional, y el aumento progresivo de las actividades colectivas

15 Se emplea el adjetivo *habitual*, ya que la condición de inversor extranjero también puede ser ostentada por parte de una persona física, aunque esta particularidad se da en un menor número de casos. A los efectos de este trabajo, se analiza la situación de los inversores en tanto personas jurídicas.

de los Estados ha dado lugar, en el plano internacional, a la acción de ciertas entidades que no son Estados (p. 8, traducción propia).¹⁶

Dicha afirmación destaca la existencia de otros sujetos, además de los Estados, cuya personalidad jurídica internacional se basa en las propias necesidades del sistema internacional y cuya naturaleza o extensión de derechos no es idéntica entre sí o respecto a otros sujetos, incluso los originarios. Sin perjuicio de lo anterior, cumplen con los requisitos determinados por la doctrina para ser sujeto de un sistema de coordinación, que, como explican Eduardo Jiménez de Aréchaga, Herbert Arbuet-Vignali y Roberto Puceiro Ripoll (2005, p. 180), consisten en la participación directa en todas las etapas de creación, su interpretación, aplicación y castigo a los infractores de las normas. Además de la capacidad normativa, habitualmente relacionada con el *jus tractatum*, la doctrina suele afirmar que, para ser sujeto, se requiere capacidad de enviar y recibir representantes —*jus legationem*— y capacidad procesal internacional —*locus standi*—, en seguimiento de los atributos que clásicamente se asignan a los Estados.

En consecuencia, en la actualidad, se aceptan como sujetos indiscutidos a los Estados —sujetos plenos y originarios— y a un grupo de sujetos secundarios y con personalidad jurídica funcional o específica a ciertas competencias, como son las organizaciones internacionales —tanto intergubernamentales como supranacionales— cuya actuación se enmarca en el principio de especialidad, los movimientos de liberación nacional —surgidos en torno al proceso de descolonización— y las comunidades beligerantes. Asimismo, se acepta la subjetividad pasiva del ser humano individual. A su vez, en la práctica, la doctrina mayoritaria reconoce como sujetos al Comité Internacional de la Cruz Roja, a la Soberana Orden de Malta y a la Santa Sede (Jiménez de Aréchaga *et al.*, 2005).

Finalmente, existen entes que, si bien son actores indiscutidos de las relaciones internacionales, en el ámbito del derecho internacional público su subjetividad jurídica sigue estando en discusión. Este es el caso del ser humano individual con subjetividad activa —además de pasiva—, los pueblos, las minorías, los movimientos terroristas y ciertas fuerzas transnacionales, como las organizaciones no gubernamentales y las empresas transnacionales (Remiro Brotons, 2007).

En el caso particular de las empresas transnacionales, su personalidad jurídica en el derecho interno, así como su creciente papel en las relaciones

16 «The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States».

internacionales están fuera de discusión. En efecto, Strange (2001) resalta el desbalance de poder en el sistema internacional, dado el auge de las empresas como actores políticos, que ganan parcelas de poder que años atrás se encontraban dentro de la órbita estatal. Como explica Lincoln Bizzozero (2017, pp. 7-8), el reconocimiento de la subjetividad jurídica de las empresas transnacionales daría lugar a mayor transparencia en su funcionamiento, así como el planteo de instrumentos internacionales que establezcan su responsabilidad y obligaciones, y no exclusivamente derechos relacionados con el comercio y las inversiones.

En consecuencia, es posible cuestionarse si el derecho internacional público acompaña el devenir de los hechos y reconoce a las empresas transnacionales el papel que, aunque limitado, le han dado los Estados. La doctrina se divide en dos: quienes aceptan la subjetividad internacional de las empresas transnacionales y quienes la niegan. Una posición intermedia la representan autores como Carmela Pérez Bernárdez (2010, p. 212) que afirman que las empresas transnacionales se encaminan a convertirse en sujetos —*tertium genus*—, aunque en la actualidad no lo sean.

Quienes niegan la subjetividad internacional de las empresas transnacionales, lo hacen comparándolas con los Estados, como tradicionalmente la doctrina ha comparado a los sujetos indiscutidos derivados o no plenos. Los argumentos en contra pueden sintetizarse en que este ente no cuenta con *jus tractatum*, ni con *jus legationem* ni con *locus standi* en general, salvo en casos excepcionales, como el arbitraje de inversor-Estado y, en la UE, mediante la interposición de recursos ante el Tribunal General y de recursos de casación, anulación y omisión ante el TJUE. En consecuencia, a continuación, se analiza si las empresas transnacionales cumplen con los atributos clásicos asignados a los sujetos de derecho internacional.

El primero de los atributos es el *jus tractatum*. Aun si fuera cierto que las empresas transnacionales no participan de forma directa en la elaboración de tratados internacionales, el poder que ejercen sobre los Estados influye de manera directa en la toma de decisiones en torno a la elaboración de normas internas, como la firma, la adhesión o el cumplimiento de tratados internacionales. En esta línea, el ex experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo de la ONU durante el período 2012-2018, Alfred-Maurice de Zayas, analizó, en el cuarto informe elevado a la Asamblea General, la situación particular de las empresas transnacionales y el arbitraje inversor-Estado. Así, afirma que las demandas o amenazas de demandas en manos de inversores extranjeros pueden derivar en una «*parálisis normativa*» o, incluso, en una «*congelación*», que impide a los Estados adoptar reglamentos en áreas sensibles como la protección del medioambiente o la salud pública (ONU, 2015a, p. 5). Asimismo, «podría disuadir en el futuro a los Estados, de tomar medidas para respetar, proteger y cumplir sus obligaciones en materia de derechos

humanos y, por lo tanto, tiene un efecto negativo en el orden internacional democrático y equitativo» (ONU, 2015a, p. 12).

La parálisis normativa se hace extensiva a los tratados internacionales, al punto que los Estados pueden verse renuentes a aplicar normas programáticas como las contenidas en el artículo 11 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre el control de tabaco respecto al empaque de los cigarrillos. El caso de Nueva Zelanda es una prueba fehaciente de lo anterior, puesto que, en 2012, paraliza la sanción de una norma de empaque genérico de cigarrillos hasta que no fuera emitido el laudo del arbitraje iniciado por Philip Morris Asia contra Australia (caso CPA, número 20122). El demandante argumenta que la ley de empaquetado genérico de los cigarrillos (2011) y sus normas modificatorias y complementarias constituían una violación de las disposiciones del TBI entre Hong Kong y Australia, en particular los artículos relativos al trato justo y equitativo y expropiación de la propiedad intelectual.

El proceso se cierra el 17 de diciembre de 2015, cuando el tribunal acepta la objeción de Australia con relación a que constituye un abuso de derecho que el demandante hiciera una restructuración en Hong Kong, poco antes del inicio del arbitraje. El laudo favorable a Australia deriva en que Nueva Zelanda retome la senda tendiente a la sanción de una ley de empaque genérico de cigarrillos y anuncie los cambios en la enmienda sobre empaque genérico a la ley de ambientes libres de humo de tabaco del 14 de setiembre de 2016¹⁷ y al decreto sobre ambientes libres de humo de tabaco del 6 de junio de 2017,¹⁸ que establecen los mecanismos de implementación del empaque genérico y su aplicación a partir del 14 de marzo de 2018. En definitiva, teniendo en cuenta los tiempos del arbitraje y la sanción de las normas internas, las medidas sobre empaque genérico en Nueva Zelanda estuvieron paralizadas por casi cinco años.

Una situación similar se evidencia en el caso de El Salvador frente al arbitraje iniciado por la minera Pac Rim. El germen de la disputa se centra en la obtención de los permisos de explotación minera de oro y plata del Proyecto El Dorado en el departamento de Cabañas y la detención *de facto* de la emisión o renovación de permisos hasta que no se aprobara una nueva ley de minería. Dado que la empresa considera que su inversión perdió valor y que El Salvador modificó de manera ilegítima el régimen jurídico en el marco del cual invirtió, se presenta ante el CIADI y solicita una indemnización de 314 millones de dólares (caso número ARB/09/12).

En el laudo del 14 de octubre de 2016, el tribunal desestima las pretensiones de Pac Rim, al considerar que, a la fecha del anuncio del presidente

17 <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2016/0043/latest/DLM5821008.html#DLM5821003>

18 <http://www.legislation.govt.nz/regulation/public/2017/0123/latest/whole.html>

Saca, la empresa no tenía derechos de explotación en vigor. Por tanto, el reclamo de daños y perjuicios no es amparado por el derecho salvadoreño ni el derecho internacional, al igual que la condena al pago de parte de los gastos legales incurridos por el Estado durante el litigio. Si bien el fallo es favorable al Estado, se repite la situación de parálisis normativa, ya que la ley que prohíbe la minería metálica en suelo y subsuelo termina siendo sancionada el 29 de marzo de 2017, siete años después del inicio del litigio.

En este sentido, Arato (2015) afirma que la parálisis normativa termina por perfilar a las empresas multinacionales como creadoras de normas vinculantes para los Estados, lo cual «amenaza valores públicos locales y regionales, tan diversos como el desarrollo económico, los derechos humanos y la protección de la salud o el medioambiente» (p.283, traducción propia).¹⁹ Incluso situaciones como las anteriores podrían llegar a cuestionar si el atributo de creación de normas internacionales no es indirectamente ejercido por las empresas transnacionales al presionar a los Estados en las diferentes etapas de la formación de los tratados.

Continuando con el segundo atributo de los sujetos, es innegable que las empresas no poseen *jus legationem*. Sin embargo, en lo que refiere al tercer atributo, el *locus standi in judicio*, las empresas que ofician de inversores extranjeros pueden demandar a los Estados en foros jurisdiccionales como el CIADI o la CPA, siempre que cumplan con determinados requisitos. En el caso particular del CIADI, el artículo 25 del Convenio de Washington establece que la institución tiene jurisdicción para entender en aquellas controversias inversor-Estado que sean de naturaleza jurídica, que tengan una relación directa con una inversión entre un Estado parte y un nacional de otro Estado parte de dicho tratado, y en las que exista una cláusula de prórroga de jurisdicción por escrito. La prórroga de jurisdicción puede encontrarse en un TBI, en el capítulo de inversiones de un TLC, en un tratado regional, en un contrato entre la empresa y el Estado receptor de la inversión o en una ley de inversiones.

Por tanto, al ser titulares de la acción, las empresas no solo tienen *locus standi* en el arbitraje de inversiones, sino que también tienen *jus standi*, al reconocerse la titularidad de la acción y el consecuente acceso directo a los tribunales internacionales. Este punto puede ser de especial trascendencia, puesto que, en el caso del ser humano, este no goza de acceso directo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos.²⁰

En vista de lo anterior, las empresas transnacionales pueden ser consideradas sujetos de derecho internacional público, si bien de carácter menor. Asimismo, como expresa Romualdo Bermejo García (2015, p. 103), su

19 «(This) threatens local and global public values, as diverse as economic development, human rights, and the protection of public health and the environment».

20 Para un análisis específico de este tema, ver Rosas Castañeda (2007) y Cançado Trindade (2007).

personalidad jurídica es relativa y funcional. Relativa porque no tiene carácter *erga omnes*, sino que es oponible al Estado que la haya reconocido, y funcional porque está limitada al cumplimiento de las obligaciones que se establecen en los acuerdos internacionales. Sin perjuicio de lo anterior, es posible agregar que los Estados reconocen virtualmente a todas las empresas transnacionales cuyo centro de negocios se encuentre en determinado Estado con el cual se celebre, por ejemplo, un TBI. Asimismo, la personalidad jurídica de estos sujetos está limitada no solo a las obligaciones específicas que deban cumplir, sino también a los derechos específicos que se les otorga.

La problemática analizada respecto a la subjetividad jurídica de las empresas transnacionales se acrecienta, habida cuenta de que el derecho internacional contemporáneo no ha sido suficiente para dar solución al problema de las empresas transnacionales como titulares de obligaciones (Theilbörger y Ackermann, 2017). Ahora bien, en materia de derechos humanos, Sufyan Droubi (2016) afirma que la obligación de las empresas de respetarlos ha sido incluida de forma indirecta en el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos con redacción suficientemente laxa como para incluir la obligación de las empresas a respetar los derechos humanos,²¹ pero también ha tenido un tratamiento directo en las resoluciones 14/5 y 21/5 del Consejo de Derechos Humanos (CDH). Sin embargo, el autor indica que:

Esta reiterada afirmación en torno a las obligaciones de las empresas parece constituir una práctica embrionaria de la ONU que refleja la *opinio juris* de muchos Estados y que se dirige a una progresiva cristalización normativa que determine el respeto del derecho internacional de los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales o, tal vez más factible —dado el carácter general de la norma—, un principio de derecho internacional. Desde esta perspectiva, la obligación de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos no se infiere directamente de los instrumentos actuales que regulan la materia, sino de normas emergentes, un nuevo instrumento que contenga de manera expresa la obligación (Droubi, 2016, pp. 129-130, traducción propia).²²

21 Artículo 30: «Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

22 «This reiterated affirmation of the obligation seems to constitute an embryonic U.N. practice that reflects the *opinio juris* of many states and directs the progressive crystallization of a legal norm requiring TNCs to respect international human rights law —either as a customary norm or, more likely given the general character of the norm, a principle of international law. On this perspective, the TNC obligation to respect human rights will not be directly derived from existing human rights instruments but rather from an emerging norm— a new instrument that may expressly set forth the obligation».

La problemática de las violaciones corporativas a los derechos es relevante porque, en el régimen bajo análisis, son las empresas las que tienen la legitimación activa para iniciar arbitrajes, no así los Estados. La elaboración de normas internacionales que determinen la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos en caso de actividades transnacionales, con mecanismos jurisdiccionales efectivos, puede actuar como contracara del régimen de solución de controversias inversor-Estado.

Empresas y derechos humanos: notas sobre proyecto del instrumento vinculante

Apuntes iniciales

En la nota temática sobre acuerdos internacionales de inversiones número 1 de 2019 de la Unctad, en el apartado titulado «Reequilibrio de la solución de controversias en materia de inversiones: desarrollo sostenible y derechos humanos»,²³ la institución reconoce el impacto de la agenda 2030 sobre desarrollo sostenible en el régimen de solución de controversias inversor-Estado (Unctad, 2019). El espíritu general sobre la agenda 2030 de la resolución número A/RES/70/1 de la Asamblea General de la ONU queda de manifiesto en el punto 3 de la declaración de los Estados miembros que afirman:

Estamos resueltos a poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Estamos resueltos también a crear las condiciones necesarias para un crecimiento económico sostenible, inclusivo y sostenido, una prosperidad compartida y el trabajo decente para todos, teniendo en cuenta los diferentes niveles nacionales de desarrollo y capacidad (ONU, 2015b, p. 3).

En este sentido, el objetivo 16 —«promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas» (ONU, 2015b, p. 16)— implica cambios en torno al régimen de solución de controversias inversor-Estado. La Unctad (2019, p. 23) destaca el objetivo 16.3, que insta a los Estados a «promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos» (ONU, 2015b, p. 29). El régimen bajo análisis es objeto

23 «Rebalancing investment dispute settlement: sustainable development and human rights».

de diversas críticas. Una de ellas es la ausencia de una instancia de reclamación por parte de los Estados, puesto que son los inversores extranjeros los únicos que poseen *jus standi*, salvo que los tratados prevean la posibilidad de presentar demandas reconvenzionales, como en el caso Urbaser contra Argentina (caso CIADI, número ARB/07/26).

La Unctad (2019) considera que el balance del régimen puede pensarse desde algunos instrumentos internacionales existentes o en gestación, como son los principios de la ONU sobre empresas y derechos humanos (texto no vinculante) o el instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas (proyecto revisado). De esta manera, se podría «abordar la naturaleza “unidireccional” de la solución de controversias inversor-Estado o centrarse en formas de mitigar los posibles impactos negativos en el acceso a los recursos jurídicos» (Unctad, 2019, p. 23, traducción propia).²⁴

Embarcada en un proceso de reforma más de tipo marginal que estructural, o más abocada a la esfera procesal que sustancial, la Unctad reconoce que es necesario abordar una de las falencias procesales del régimen. Esta es, precisamente, la imposibilidad de acceso directo de los Estados, quienes en casos excepcionales podrán reconvenir, si el instrumento en el que se basa la demanda del inversor extranjero así lo permite. Este aspecto se relaciona de forma directa con el estudio de la subjetividad jurídica de las empresas transnacionales, en particular con el hecho de que la regulación internacional actual no ha dado solución al problema de las empresas transnacionales como titulares de obligaciones (Theilbörger y Ackermann, 2017). El rechazo de la personalidad jurídica de las empresas transnacionales, en palabras de M. Sornarajah (2015), «permite mantener una cortina para que los abusos de las corporaciones multinacionales permanezcan fuera de la vista» (p. 40, traducción propia)²⁵ y abona las diferencias entre los dos regímenes jurídicos.

Al comparar el derecho corporativo global —concibiendo dentro de él al régimen de solución de controversias inversor-Estado— y el derecho internacional de los derechos humanos, Erika González (2017, p. 28) afirma que existe una asimetría normativa, esto es, mientras el primero es imperativo, coercitivo y ejecutivo, el segundo es frágil, limitado a Estados, y carece de instancias de control y seguimiento. Los pasos tendientes a la elaboración de un instrumento vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas, en particular el proyecto revisado, son vistos por Fabio Morosini como:

24 «Address the “one-way-street” nature of ISDS (to improve access to remedies) and/or focus on ways to mitigate potential negative impacts on access to remedies».

25 «Enabled the continued maintenance of a curtain so that abuses by multinational corporations could remain beyond scrutiny».

Una respuesta a la crisis de legitimidad del régimen de inversiones, en la que pretende alcanzar un equilibrio de fuerzas entre los Estados y los inversores [...] En consecuencia, considero que el tratado propuesto (paradigma de la responsabilidad del inversor) es un contrapeso al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (paradigma de protección del inversor) (comunicación personal, 4 de octubre de 2019).

En consecuencia, en los siguientes apartados, se analizará el segundo borrador revisado del instrumento vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas —hecho público el 7 de agosto de 2020—, desde una perspectiva del régimen de solución de controversias inversor-Estado.

El camino hacia el instrumento vinculante

En la ONU, la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos ha sido indirectamente incluida en el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dada su redacción laxa. Durante la década de los setenta, el tema había sido objeto de debate en el ámbito de la ONU, sin lograr su consagración en una serie de principios básicos no vinculantes o en un instrumento vinculante. En 1974, por ejemplo, en el seno del Consejo Económico y Social se constituyó la Comisión de Sociedades Transnacionales con el fin de crear un código de conducta para las empresas transnacionales. Como explica Alejandro Teitelbaum (2014), el texto fue discutido durante diez años sin llegar a un acuerdo. En la década de los noventa e inicios de la primera década del siglo XXI, tuvo lugar el siguiente paso tendiente a resolver la problemática de la inexistencia de obligaciones internacionales a cargo de las empresas. El tema se discutió en la Comisión de Derechos Humanos (antecesora del CDH), cuya Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos trabajó junto con la Asociación Americana de Juristas y el Centro Europeo Tercer Mundo. El proyecto elaborado no fue implementado por la comisión y el tema pasó a manos de un representante especial nombrado por el secretario general (Teitelbaum, 2014).

Es en esta instancia que tiene lugar uno de los pasos más relevantes: la resolución 17/4 (16 de junio de 2011) del CDH. Se trata de una puesta en práctica del marco jurídico elaborado en 2008 por John Ruggie, ex representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas durante el período 2005-2011.²⁶ Esta implementó 31 principios rectores no vinculantes

²⁶ El análisis de los principios excede los objetivos de este trabajo. En este sentido, véase Werhane (2015).

respecto a las empresas y los derechos humanos, que funcionan bajo tres pilares: proteger, respetar y remediar. La protección de los derechos humanos refiere a la obligación esencialmente estatal y su responsabilidad en caso de incumplimiento; el pilar de respeto se enfoca en la responsabilidad de las empresas por su conducta, y la remediación refiere a las acciones estatales tendientes a asegurar los recursos jurídicos o administrativos para la reparación de los daños sufridos.

En suma, los caminos que hasta ese momento han adoptado las normas demuestran dos posibilidades para establecer el respeto de los derechos humanos por parte de empresas privadas que hacen negocios fuera de frontera: imponer obligaciones a los Estados o desarrollar instrumentos de *soft law* que establezcan obligaciones morales para las empresas, más que obligaciones legales (Mouyal, 2016, posición 3829). Sin perjuicio de lo anterior, María Agostina Schell (2017) señala que una norma de *soft law* «no es suficiente para regular la relación entre los intereses de las empresas inversoras y la protección de los derechos humanos. Sin embargo, colabora con la legitimación y gobernanza global» (p. 168).

Considerando los casos concretos de cuestionamiento de la responsabilidad empresarial por vulneración de derechos humanos, comienza a tomar relevancia la propuesta presentada por Ecuador respecto a iniciar la discusión tendiente a la celebración de un instrumento internacional legalmente vinculante sobre empresas y derechos humanos (24 período de sesiones del CDH, del 9 al 27 de setiembre de 2013). El camino continúa con la resolución 26/22 (25 de junio de 2014) del CDH, mediante la cual decidió establecer un grupo de trabajo intergubernamental (GTI) para «elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos» (punto 1). El 29 de setiembre de 2017 fue emitido un informe en el que se señalan los elementos centrales de la discusión en aras de redactar el borrador cero, extremo que se cumple el 16 de julio de 2018. Un año después, el 16 de julio de 2019, es presentado el proyecto revisado que recoge las opiniones y propuestas de cambio vertidas por los Estados ante el borrador cero, y el 6 de agosto de 2020, el segundo borrador revisado.

Por primera vez se está negociando, en el ámbito de la ONU, un tratado internacional en materia de derechos humanos y empresas, sean empresas transnacionales u otras empresas, como su denominación indica. Este constituye un paso más para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos por parte de todos los actores internacionales. La clave estará en el número de Estados que ratifiquen o adhieran al instrumento, y que dentro de estos se encuentren no solo aquellos en los que las empresas desarrollan actividades transnacionales, sino también los principales Estados en que estas se domicilian.

El segundo borrador revisado²⁷ amplía su número de artículos de los quince incluidos al inicio en el borrador cero,²⁸ y los veintidós del primer borrador,²⁹ a veinticuatro artículos divididos en tres secciones. El primer elemento a subrayar es que en su preámbulo destaca la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos, en que el Estado es el sujeto obligado de manera primordial a promover, respetar, proteger y hacerlos efectivos. No obstante, esta afirmación se torna incompleta cuando los Estados están obligados internacionalmente al cumplimiento de normas de derechos humanos y de protección de inversiones, válidas de igual manera y en vigor, pero que presentan soluciones contrapuestas. La colisión entre regímenes jurídicos autocontenidos no es resuelta o tomada en cuenta por el proyecto, aun cuando existen *leading cases* en la materia.

En el plano internacional, ejemplos de la colisión entre dichos regímenes autocontenidos son las disputas Philip Morris contra Uruguay relativa a la salud pública (caso CIADI, número ARB/10/7), Pac Rim contra El Salvador en torno a la protección del medioambiente en explotaciones mineras (caso CIADI, número ARB/09/12) y Chevron contra Ecuador con relación a la protección del medioambiente frente a la contaminación petrolera (caso CPA, número 2009-23). En cuanto a lo interno, es pertinente citar el caso Aguinda Salazar contra Chevron Corporation en los tribunales ecuatorianos, respecto a la responsabilidad de la empresa extranjera frente a ciertas colectividades indígenas en consecuencia del episodio de contaminación en la Provincia de Sucumbíos (Amazonia ecuatoriana), vinculado de manera directa con el caso Chevron contra Ecuador.

Respecto a las empresas, el proyecto prevé que estas deben respetar los derechos humanos, evitar que sus actividades generen o contribuyan a generar consecuencias negativas sobre los derechos humanos, y reparar a los damnificados. Si bien el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas es un elemento a destacar, este se hace en el preámbulo, por lo cual es de discutible obligatoriedad.³⁰ Al definir el ámbito de aplicación, el proyecto avanza en claridad respecto al borrador cero, ya que indica que este será aplicable a

27 https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf

28 <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

29 https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

30 Cabe señalar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados incluye al preámbulo dentro del contexto que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar los términos incluidos en el tratado, si bien no forma parte del texto *per se*.

las actividades empresariales, pero no exclusivamente a aquellas de carácter transnacional. Esto es, se aplicará a aquellas actividades desarrolladas en dos o más jurisdicciones nacionales, o bien en el territorio de un Estado, aunque parte del proceso empresarial se desarrolle en otro Estado o tenga consecuencias sustanciales en otro Estado (artículo 3). Asimismo, es importante la aclaración de que el texto comprende a todos los derechos humanos, sin dejar rastro de duda en su aplicación.

La definición es amplia, no se centra en el carácter subjetivo de la empresa, sino en su actividad (elemento objetivo), y no se ciñe al ámbito privado, ya que incluye a las empresas de propiedad estatal (soe, por su sigla en inglés). Las soe deberán ser objeto de regulación específica, dado el impacto que puede generar una violación a los derechos humanos por parte de este tipo de empresa. El tema cobra mayor trascendencia con el avance de las empresas chinas con participación directa del Estado, como señala Fabio Morosini (comunicación personal, 4 de octubre de 2019).

Responsabilidad corporativa y derechos de las víctimas

El artículo 4 del proyecto establece que las víctimas tienen derecho a ser tratadas con humanidad y respeto, garantizándoles sus derechos y protegiéndolas de cualquier interferencia ilegal contra su privacidad o de actos de intimidación. Por consiguiente, es obligación del Estado proporcionar el acceso legítimo, efectivo, rápido y no discriminatorio a la justicia o a los mecanismos no jurisdiccionales. No se trata meramente de la existencia del mecanismo, sino de que este sea adecuado. Como establece la Corte IDH en la sentencia de fondo del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (§ 64), un mecanismo resulta adecuado si su función es idónea para proteger la situación jurídica infringida más allá de su existencia formal.³¹

Los reclamos pueden presentarse ante los tribunales internos del Estado donde se produjeron los actos u omisiones o ante el tribunal del Estado, el domicilio de la víctima o donde esté domiciliada la persona física o jurídica —o la asociación de estas— que se presume que haya cometido tales actos u omisiones, sea el lugar donde tiene su sede social, administración central, interés empresarial, principal filial, agencia, dependencia, subdivisión, oficina de representación o afín (artículo 9). La jurisdicción prevista es doméstica y

31 El derecho de la víctima también implica que esta pueda acceder, en caso de que sea necesario, a mecanismos diplomáticos y consulares apropiados, así como a mecanismos no jurisdiccionales en los Estados parte. Asimismo, las víctimas tienen derecho a acceder a información relevante sobre los recursos disponibles, aspecto que va de la mano con el Acuerdo de Escazú (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe), en vigor desde el 22 de abril de 2021.

no un tribunal de carácter internacional, aunque sea *ad hoc* como en el régimen de solución de controversias inversor-Estado.

En el informe de setiembre de 2017 del GTI, se planteaba la posible discusión sobre mecanismos domésticos e internacionales, judiciales y no judiciales, incluso el posible establecimiento de una Corte Internacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos (GTI, 2017, p. 13). El camino tomado impidió que se diera un cambio sustancial en el sistema, dado que hubiera reforzado la idea del *locus standi* de las empresas transnacionales con la posibilidad de que sean demandadas en un foro internacional, además del actual papel de demandantes en el arbitraje inversor-Estado. Consultado sobre este tema, José Augusto Fontoura Costa concluyó que los procedimientos internos pueden ser suficientes. Aun así, destacó la importancia de que el sistema judicial cuente con una «regla amplia para el pronto cumplimiento de las decisiones provisionales y definitivas en los Estados donde las compañías tengan activos» (comunicación personal, 23 de setiembre de 2019), aspecto no previsto por el proyecto revisado.

Esta norma incluida en el proyecto fortalece la idea central del documento respecto a que la obligación primordial en relación con los derechos humanos recae en los Estados. Por tanto, la responsabilidad de las empresas se diluye al entrar en juego el interés o la capacidad del Estado en cumplir con su obligación, con la consecuente responsabilidad estatal en caso de omisión. Un avance del proyecto frente al borrador cero es que la responsabilidad de las empresas transnacionales estaba ceñida a las fronteras del Estado en que desarrollan su actividad o donde se domicilian. El proyecto amplía la jurisdicción al incluir a los tribunales del domicilio de las víctimas, elemento que facilita el acceso a la justicia, dado que en la actualidad no es sencillo determinar con precisión el territorio de actuación de una empresa, o incluso su domicilio, con el uso de cadenas globales de valor.

El punto anterior no debe confundirse con el deber del Estado frente al incumplimiento de cualquier obligado en materia de derechos humanos, partiendo de una concepción amplia de obligados, como la que propone el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Felipe Michellini sostiene que frente al incumplimiento de organizaciones o empresas

el Estado debe accionar los mecanismos correspondientes para la prevención, el cese de la violación, la investigación y la eventual sanción de los responsables, así como la reparación de las víctimas y sus familiares. Si no lo hace, será responsable por omisión. El Estado no puede renunciar a esa conducta ni pretender excepcionar su responsabilidad, alegando el cumplimiento de otras normas como, por ejemplo, honrar una cláusula contractual. Asimismo, las organizaciones o empresas no deberían aceptar obligaciones contractuales que violen en forma flagrante disposiciones de derechos humanos (comunicación personal, 28 de setiembre de 2019).

En línea con lo anterior, es destacable la previsión del proyecto respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y físicas por violaciones a los derechos humanos o abusos en el contexto de las actividades estatales. Sin embargo, el segundo borrador no incluye el listado de delitos previstos en la versión anterior, lo cual brindada claridad al despejar dudas respecto a la tipificación de las conductas. Un elemento que continúa siendo valorado es el reconocimiento de que las empresas, como personas jurídicas, pueden incurrir en responsabilidad civil, administrativa o penal.

En cuanto al primer borrador, Juan Hernández Zubizarreta considera que, más allá de las disposiciones sustantivas del borrador, los aspectos ejecutivos, tal y como están redactados, difícilmente podrán ser empleados para hacer valer los derechos fundamentales frente a las empresas transnacionales. Por consiguiente, es una demostración de

la gran desigualdad jurídica o asimetría frente a los sistemas de solución de controversias inversor-Estado, por eso desde la red (Desmantelando el Poder Corporativo) se exige un tribunal internacional que controle el poder de las empresas transnacionales y neutralice los efectos del régimen de solución de controversias inversor-Estado. Este régimen deja en un vacío jurídico a las personas, los pueblos e incluso a los Estados que no pueden hacer valer sus derechos e intereses. Hasta el momento no se ha logrado, las jurisdicciones deberían cruzarse en un tribunal internacional y no permanecer en paralelo.

[...] La idea de la seguridad jurídica de los inversores hay que respetarla, pero, en caso de confrontación entre inversiones y derechos humanos, deben prevalecer los segundos. Por tanto, deben fortalecerse los mecanismos internos de protección de los derechos humanos, y establecer en un instrumento vinculante (por ahora es un proyecto revisado) un marco global en el cual puedan resolverse los conflictos que vinculen a los Estados, pero que participen todas las partes involucradas (Estados, empresas transnacionales, pueblos, personas físicas) (comunicación personal, 30 de setiembre de 2019).

En suma, es importante el análisis de la relación entre empresas transnacionales y Estados, con los derechos humanos como epicentro, considerando que las empresas transnacionales «actúan permeando fronteras, normas y reglamentos y con ellos cuestionan los propios principios humanos sobre los cuales se edifica toda la legitimidad del pensamiento (y modelo) de crecimiento económico» (Bizzozero, 2017, p. 8). La problemática que aborda el proyecto revisado del instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas trasciende los aspectos jurídicos y atraviesa otras áreas: las relaciones internacionales, las políticas

públicas, la economía, etcétera. El texto, que ha experimentado muchos cambios desde la propuesta inicial, no deja de ser una manifestación institucional del reclamo estatal de recobrar los poderes regulatorios.

El espacio de política pública como base de la soberanía

Aspectos preliminares

Para responder a la pregunta de si el concepto de *soberanía* ha evolucionado hacia una nueva definición, que parte de supuestos diferentes a los que propone Krasner y que se manifiesta en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, se parte del estudio de las cuatro fases de la evolución del régimen de protección de inversiones, comprensivo del régimen de solución de controversias inversor-Estado: fase formativa o inicial, fase de universalización, fase de cambio neoliberal y fase actual (Sornarajah, 2015). En segundo lugar, se examina el concepto de *espacio de política pública*, su introducción al debate, su erosión o condicionamiento por los tratados que conforman el entramado jurídico del régimen (Unctad, 2003). Este capítulo cierra con la presentación de la posición de la UE respecto a los arbitrajes intra-UE y los TBI entre sus miembros, como ejemplo de defensa del espacio de política pública regional.

Evolución del régimen de protección de inversiones hacia el reconocimiento de la necesidad de un espacio de política pública

El régimen de protección de inversiones, que comprende al régimen de solución de controversias inversor-Estado, surge de la necesidad de brindar protección jurídica de fuente internacional a los inversores extranjeros, de manera independiente o acumulativa a la protección que pudiera brindarle cada Estado desde su derecho doméstico. Por tanto, se trata de una construcción originalmente hegemónica desde dos centros de poder: Estados Unidos y Europa, con el fin de proteger las inversiones de las empresas de su nacionalidad en el resto del mundo, en especial los Estados en desarrollo.

Como se indicara antes, los principios fundamentales del régimen, frente a la promoción y protección de la inversión extranjera y los derivados, son los siguientes:

1. trato nacional;
2. trato justo y equitativo;
3. garantía y compensación por expropiación;

4. garantía de libre traspaso de fondos y transferencia de capitales y ganancias al exterior, y
5. solución de controversias inversor-Estado mediante la prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional (este punto se considerará como un régimen en sí mismo, dadas sus características particulares).

Siguiendo a Sornarajah (2015), cada fase del régimen es la arena de fuerzas en pugna que forman, universalizan, construyen o destruyen el régimen internacional de protección de inversiones. Cabe señalar que la Unctad estructura la evolución del régimen en cuatro etapas, que varían mínimamente con el planteo del mencionado autor. Por tanto, se indicarán las coincidencias y las diferencias de cada una.

La fase inicial o formativa puede situarse previamente a la celebración del primer TBI en 1959 y al inicio de los procesos de descolonización en la ONU. En este régimen en gestación participaban de forma exclusiva Estados de América del Norte y América del Sur, dado que en el resto del mundo los flujos de inversión extranjera se daban en el marco de procesos coloniales (Sornarajah, 2015, p. 32). La característica fundamental en materia de solución de controversias inversor-Estado se presenta entre la puja entre dos ideas contrarias respecto al trato de los extranjeros: la protección diplomática sin restricciones, propulsada en especial desde Estados Unidos, y la doctrina Calvo, impulsada principalmente desde América Latina. La etapa inicial coincide en gran medida con la era de infancia del régimen (década del cincuenta a 1964), como la denomina la Unctad (2015, p. 121).

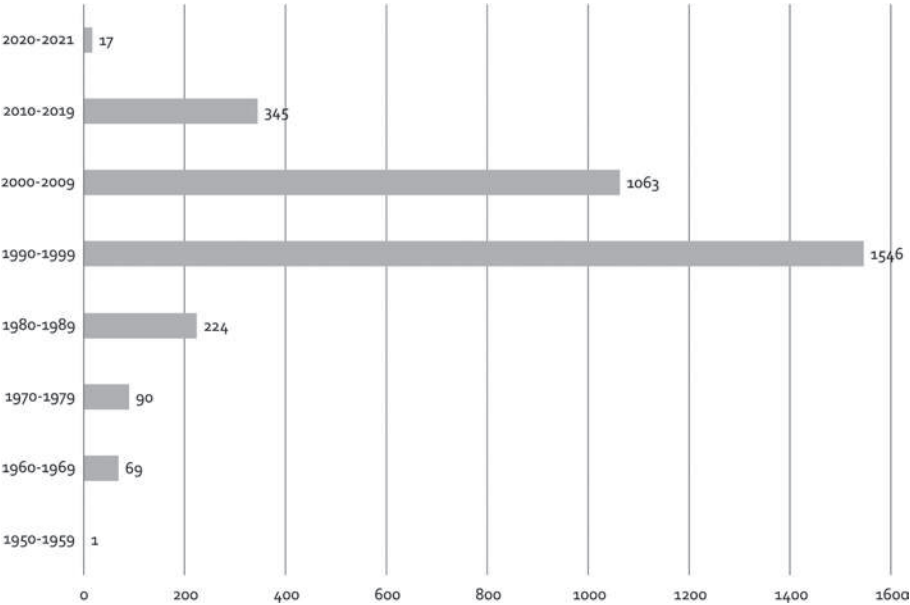
La segunda etapa, que Sornarajah (2015) denomina fase de universalización (1959-1990), tiene como centro la pugna entre la fórmula Hull,³² relativa a la expropiación y debida compensación apoyada por Estados Unidos y sus aliados Europeos, y la universalización de la doctrina Calvo junto a la defensa de la soberanía permanente sobre los recursos naturales y la creación de un nuevo orden económico en manos de América Latina y otros Estados en desarrollo.³³ Es por esto que la Unctad (2015, p. 122) denomina a esta fase como la era de la dicotomía y plantea su inicio con dos hitos que muestran un sistema fracturado en dos: la celebración del Convenio de Washington constitutivo del CIADI (1964) y el consecuente «no de Tokio» de los Estados latinoamericanos junto con Filipinas e Irak en seguimiento de la doctrina Calvo.

32 Conforme a la nota del secretario de Estado de Estados Unidos, Cornell Hull, de fecha 21 de Julio de 1938, una expropiación debe ser indemnizada de forma pronta, adecuada y efectiva. Esto es, que no existan demoras injustificadas en su pago (pronta), que el monto sea equivalente al valor total expropiado conforme al valor de mercado al momento de la expropiación (adecuada) y en una moneda convertible (efectiva) (Nikièma, 2013, p. 9).

33 Estos dos últimos basados en las dos resoluciones de la Asamblea General de la ONU: la 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962 y la 3201 (S-VI) del 1 de mayo de 1974.

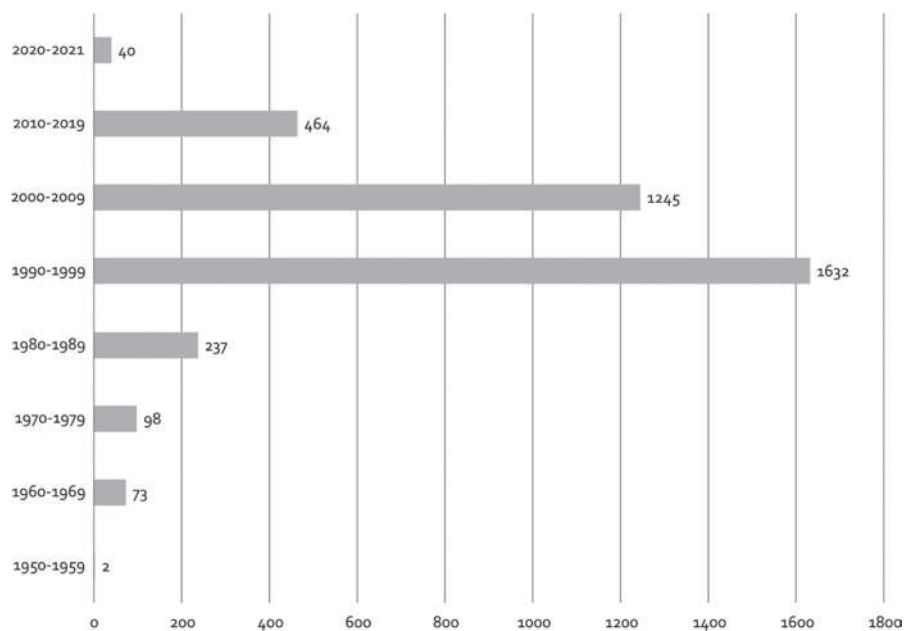
La segunda fase, si bien cristaliza en el plano global las características del sistema, muestra un número reducido de TBI celebrados (gráfica 1), y si el análisis se hace extensivo a otros acuerdos internacionales con disposiciones en materia de inversiones, los resultados siguen la misma tendencia (gráfica 2). Con relación a las controversias registradas, es en esta fase que se presentó la primera en la historia del régimen (gráfica 3), en la disputa AAPL contra Sri Lanka (caso CIADI, número ARB/87/3) de 1987.

Gráfica 1. Número de tratados bilaterales de inversiones celebrados por década (total de Estados del mundo)



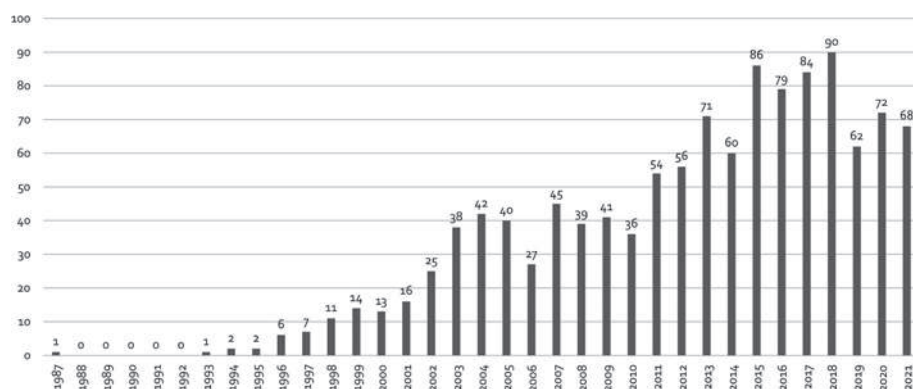
Fuente: elaboración propia a partir de datos del *Investment Policy Hub* de la Unctad, actualizados el 31 de diciembre de 2021.

Gráfica 2. Número de acuerdos internacionales de inversiones celebrados por década (total de Estados del mundo)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del *Investment Policy Hub* de la Unctad, actualizados el 31 de diciembre de 2021.

Gráfica 3. Número de controversias conocidas según el año de inicio



Fuente: elaboración propia a partir de datos del *Investment Policy Hub* de la Unctad, actualizados el 31 de diciembre de 2021.

La tercera fase coincide con el auge de las políticas neoliberales en el plano global que toman a occidente como modelo de gobernanza y se desarrolla entre 1990 y 2004 (Sornarajah, 2015, p. 32). La Unctad denomina a esta etapa la era de la proliferación y marca su inicio en la década de los noventa y su fin en 2007. Este período se acuna en el Consenso de Washington, que dentro de sus diez puntos propulsa la apertura a inversiones extranjeras directa y genera el clima propicio para la construcción de un entramado de más de tres mil trescientos acuerdos de inversiones que forman la red básica del régimen de protección de inversiones actual.

Como explica Cecilia Olivet, en esta etapa se desarrollan las denominadas *bodas masivas*, esto es, rondas de negociación de TBI, organizadas por la Unctad por regiones: América del Sur, África francófona, etc. Esta práctica se desarrolla hasta 2005, fecha que coincide con el retiro de Karl P. Sauvant como director de la División de Inversiones de la Unctad (Cecilia Olivet, comunicación personal, 14 de octubre de 2019). Coincidentemente, también es este el momento de ingreso de los Estados sudamericanos al régimen, con la celebración de TBI y la adhesión al Convenio de Washington como principales vías de entrada.

En consecuencia, es la etapa en que se celebra el mayor número de acuerdos de inversiones (aproximadamente el 70%), tanto en el plano bilateral como regional y multilateral. Se destacan el Tratado de la Carta de la Energía (1994), en el ámbito europeo, y una serie de acuerdos con disposiciones relativas a inversiones en el marco de la OMC (1994): el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS, por su sigla en inglés), el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Gracias a una interpretación extensiva de sus cláusulas, en especial el trato justo y equitativo, da lugar a un aumento casi constante en el número de demandas presentadas por inversores extranjeros. Cabe destacar que, durante esta fase, tiene lugar la crisis económica de Argentina, en 2001, cuyas medidas paliatorias fueron el germen de 37 demandas que llevaron a Argentina a ser el Estado más demandado del mundo,³⁴ con 62 demandas al 31 de julio de 2019, conforme a datos del *Investment Policy Hub* de la Unctad.

Ahora bien, en el plano de la gobernanza del sistema, se da un punto de inflexión. A fines de esta fase, la Unctad (2003), mediante el *Informe sobre las inversiones en el mundo*, introduce al debate el impacto del arbitraje inversor-Estado sobre el espacio de política pública de los Estados. De esta manera, comienza a visualizarse que las demandas o amenazas de demandas

34 Para un análisis de los arbitrajes de inversiones a consecuencia de la crisis argentina, véanse Fernández Alonso (2013), Ricaurte Herrera (2012) y Perrone (2008).

tienen como resultado un condicionamiento del espacio de política pública, tema que se analizará en profundidad en el siguiente apartado.

Este aspecto constituye un hito de la etapa actual, ya que por primera vez una de las instituciones vinculadas a la gobernanza del régimen identifica una falencia que debe ser considerada a la hora de celebrar nuevos acuerdos internacionales. En efecto, Sornarajah (2015, p. 39) identifica como punto de quiebre para el avance a la fase actual la celebración de *TBI balanceados*, entre los cuales el autor cita el modelo de Estados Unidos de 2004. Si bien es una práctica que empieza a gestarse, el reconocimiento del espacio de política pública y, por ende, el derecho de regular en determinadas áreas (sobre todo en seguridad y en salud) se desarrollan con más fuerza y solidez años después.

La fase actual es la que presenta la lucha entre la continuación de la fase neoliberal y la resistencia al neoliberalismo a fin de que el régimen no proteja exclusivamente a la inversión extranjera (Sornarajah, 2015) y condicione el espacio de política pública. Es en este sentido que se puede visualizar el segundo hito de la fase actual: el retiro de Bolivia del CIADI en 2007. Bolivia es el primer Estado en denunciar el Convenio de Washington y emprender un proceso de terminación de los TBI que mantenía en vigor. La presencia del primer disidente constituye un hito que marca una resistencia clara al régimen por parte de un Estado que pertenecía a este y presenta vestigios del modelo relacional de las relaciones internacionales en el marco de un sistema que es en su mayoría institucional.

El tercer hito del período lo constituye el aumento de las demandas. Durante la fase actual, la tendencia de crecimiento en el número de controversias registradas continúa en ascenso, en la que aproximadamente el 80% del total de controversias conocidas fueron iniciadas *a posteriori* de 2004. El mayor pico se da en 2015, año en que se desatacan los arbitrajes contra España en el sector de energías renovables (19 de 83 casos registrados).³⁵ Las crisis económicas, como la de España (2008-2014) y Argentina (2001), actúan como catalizadores de las demandas, dado que las medidas adoptadas para paliar sus efectos regulan áreas que afectan a los inversores, sean medidas vinculadas a avances o a retrocesos en materia de derechos humanos. Estas críticas se suman a la tradicional que refiere a la falta de transparencia en el sistema, la cual se buscó resolver mediante la celebración de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (2014), que con el depósito de tres ratificaciones entró en vigor el 18 de octubre de 2017.³⁶

35 Ejemplo de esta problemática es la disputa Masdar contra España (caso CIADI, número ARB/14/1).

36 La convención tiene veintitrés Estados signatarios y, el 27 de setiembre de 2019, fue ratificada por Camerún, Canadá, Gambia, Mauricio y Suiza. El impacto en el régimen es relativo, dado el escaso número de Estados parte.

Estos tres hitos tienen un impacto directo en la posición de los Estados respecto al régimen de protección de inversiones en general y el de solución de controversias inversor-Estado en particular. En una investigación anterior, se construyó una tipología que agrupa a los Estados del continente en tres conjuntos —miembros, disidentes y externos— y que sigue a la teoría de los regímenes internacionales (Bas Vilizzio, 2017a). Para este trabajo, se elaboró una tipología que congrega a los Estados en cuatro grupos, conforme a si son parte o no del régimen de solución de controversias inversor-Estado y de acuerdo con la existencia o no de cambios en su posición respecto al régimen.

La tipología, que se sintetiza en la figura 2, permite agrupar a los Estados bajo análisis en las siguientes categorías:

1. miembros: los Estados que son parte del régimen y que no presentaron cambios en su posición (figura residual);
2. confrontadores: Estados que, sin abandonar el régimen, presentan cambios en su posición original, en especial mediante la propuesta de creación de un régimen alternativo o paralelo, o buscan un escaso empleo del actual (por ejemplo, la India con el modelo de TBI de 2016, la UE respecto a los arbitrajes intra-UE y, en especial, los veintitrés miembros que firmaron entre ellos el acuerdo de terminación de los TBI);³⁷
3. externos: Estados que históricamente se ubicaron fuera del régimen (por ejemplo, Brasil), y
4. disidentes: Estados que fueron parte del régimen y cambiaron su posición al abandonarlo (por ejemplo, Bolivia, Ecuador (2009-2021), Venezuela y, más cercano a los externos, pero con características de disidente, Sudáfrica, al no haber firmado o adherido al Convenio de Washington).

37 Se examinará en profundidad en el siguiente apartado.

Figura 2. Tipología de Estados según su posición en torno al régimen de solución de controversias inversor-Estado



Fuente: elaboración propia.

El reclamo de un espacio de política pública, sea a escala nacional o regional, es parte de los cuestionamientos que motivan los movimientos respecto a las posiciones tradicionales ante el régimen (confrontadores) o la ausencia férrea de Brasil en él (externo). Es por este motivo que en el siguiente apartado se examinará cuál es el lugar del espacio de política pública dentro del régimen de solución de controversias inversor-Estado, para, en el siguiente apartado, pasar al estudio de la situación de la UE como confrontador que defiende su espacio de política pública regional.

¿Hay un lugar para el espacio de política pública?

El reconocimiento del espacio de política pública condicionado

Como se indicara en el marco teórico de este trabajo, el *Informe sobre las inversiones en el mundo* de la Unctad (2003)³⁸ analiza por primera vez el impacto del régimen de protección de inversiones sobre el espacio de política nacional y marca la posible tensión entre la liberalización del mercado y la necesidad de los Estados de regular para maximizar los beneficios y minimizar los riesgos de la apertura (Ghiotto, 2017, p. 69). El reconocimiento

38 Si bien el marco temporal de este trabajo es desde 2007 hasta el presente, en este apartado se amplía la mirada por la relevancia que tiene que una de las instituciones de la gobernanza del régimen identifique la erosión del espacio de política pública.

del impacto de los acuerdos de inversiones pone en evidencia el desafío que implica para los Estados, en particular para aquellos en desarrollo, lograr un balance entre la liberalización económica y las políticas de desarrollo sostenible (Ghiotto, 2017, pp. 65, 69).

Por tanto, la defensa del espacio de política pública resulta fundamental, especialmente en lo que respecta a la solución de controversias inversor-Estado, régimen en el cual entra en juego el cuestionamiento de las medidas tomadas en su marco. En un menor nivel de abstracción, el derecho de regular es el poder que tiene el Estado de limitar libertades particulares con el fin de proteger un bien jurídico superior: el interés público. En definitiva, los dos conceptos en tensión son el de *estabilidad* (en cuanto a la protección de la inversión extranjera) y el de *flexibilidad* (en cuanto a la protección del espacio de política pública del Estado).

En este sentido, es importante recordar la opinión disidente del juez Roberts³⁹ en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos del 2 de diciembre de 2013,⁴⁰ *a posteriori* del laudo del caso BG Group contra Argentina —arbitraje *ad hoc*, según las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral, por su sigla en inglés)—, que con claridad afirma que «al aceptar el arbitraje, un Estado permite a los jueces privados revisar sus políticas públicas y anular efectivamente los actos autorizados de sus poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial» (p.10, traducción propia).⁴¹

Asimismo, dos *leading cases* lo han reconocido de manera expresa: ParkeringsCompagniet AS contra Lituania (caso CIADI, número ARB/05/8) y Philip Morris contra Uruguay (caso CIADI, número ARB/10/7). Respecto al laudo en el caso ParkeringsCompagniet AS contra Lituania,⁴² el tribunal concluye que, a excepción de la existencia de cláusulas de estabilización, el inversor debe tener en cuenta que el ordenamiento jurídico en el cual invierte evoluciona como consecuencia del derecho de regular de los Estados, por tanto, es esperable que existan modificaciones normativas durante el tiempo en que se desarrolle una inversión. El límite opera en el ejercicio de este derecho de manera discriminatoria o injusta. Específicamente afirma que:

Es innegable el derecho y privilegio de un Estado de ejercer los poderes legislativos soberanos. Un Estado tiene el derecho de promulgar, modificar o derogar una ley a su propia discreción. Salvo que exista un acuerdo, bajo

39 Opinión disidente disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3117.pdf>

40 Sentencia disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3115.pdf>

41 «By acquiescing to arbitration, a state permits private adjudicators to review its public policies and effectively annul the authoritative acts of its legislature, executive, and judiciary».

42 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>

la forma de una cláusula de estabilización u otro modo, no hay nada objetable en la modificación presentada en el marco reglamentario existente en el momento en que un inversor realizó su inversión. De hecho, cualquier hombre de negocios o inversionista sabe que las leyes evolucionarán con el tiempo. Sin embargo, lo que está prohibido es que un Estado actúe de manera injusta, irrazonable o inequitativa en el ejercicio de su poder legislativo (§332, traducción propia).⁴³

Una interpretación más restrictiva puede verse en la disputa ADC contra Hungría (caso CIADI, número ARB/03/16),⁴⁴ en cuyo laudo se establece que:

De los principios básicos del derecho internacional, el tribunal entiende que, si bien un Estado soberano posee el derecho inherente de regular sus asuntos internos, el ejercicio de ese derecho no es ilimitado y debe tener sus límites. Como han señalado acertadamente los demandantes, el estado de derecho, que incluye las obligaciones de los tratados, establece esos límites. Por lo tanto, cuando un Estado celebra un tratado bilateral de inversiones como el del presente asunto, queda vinculado por él y las obligaciones de protección de las inversiones que asumió en él deben cumplirse en lugar de ser ignoradas, argumentando posteriormente que el Estado tiene derecho de regular (§423, traducción propia).⁴⁵

La visión restrictiva del derecho de regular entra en la contradicción de considerar la actividad estatal como límite de esta, por tanto, sería el propio Estado el único causante, por ejemplo, de su propio enfriamiento regulatorio. Desde un enfoque internacionalista y de acuerdo con Krasner (2001), la soberanía westfaliana puede ser condicionada por el ejercicio de la soberanía legal internacional. Aunque el autor no lo trata, haciendo una interpretación

43 «It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power».

44 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>

45 «It is the Tribunal's understanding of the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. As rightly pointed out by the Claimants, the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment protection obligations it undertook therein must be honoured rather than be ignored by a later argument of the State's right to regulate».

extensiva, la soberanía interna también puede ser limitada por la soberanía legal internacional desde un punto de vista de la autoridad para ejercer actos estatales. La transición hacia un nuevo concepto de *soberanía* debe tener en cuenta la posibilidad de limitación o no mediante invitaciones.

Los caminos hacia la salida del laberinto

En el plano de la gobernanza multilateral, en la hoja de ruta para la reforma del régimen internacional de protección de inversiones desarrollada por la Unctad (2015, p. 128), se establecen cinco esferas de acción:

1. reformar la solución de controversias sobre inversiones;
2. promover y facilitar las inversiones;
3. conseguir inversiones responsables;
4. aumentar la coherencia sistémica, y
5. salvaguardar el derecho a regular, dando al mismo tiempo protección a las inversiones.

Ahora bien, con relación a las normas internacionales, es posible visualizar una evolución, aún no generalizada, a la inclusión de disposiciones en los TBI u otros acuerdos que consagran el derecho de regular en áreas determinadas, como la seguridad o el medioambiente o exclusiones concretas a la aplicación de mecanismos de solución de controversias inversor-Estado —por ejemplo, las medidas de control del tabaco en el Acuerdo de Asociación Transpacífica (TPP), posterior CPTPP—. Sin embargo, no se trata de un camino directo de salida del laberinto que constriñe el espacio de política pública.

También se excluyen del examen de este apartado las reformas marginales que se dan en el plano de la gobernanza del régimen, sin perjuicio de la opinión de académicos como Alejandro Garro (comunicación personal, 23 de setiembre de 2019) que sostienen que el ámbito más propicio para mejorar el régimen son los foros donde se gestaron los mecanismos como el CIADI o la Uncitral. En el CIADI, la reforma del sistema refiere exclusivamente a mecanismos procesales, y en la Uncitral (grupo de trabajo 3) la discusión profunda sobre el espacio de política pública, vinculado a los aspectos sustantivos de los tratados de inversiones, se dará una vez que se culmine con el debate sobre la reforma del régimen de solución de controversias. No obstante, cabe seguir la reflexión de Fabio Morosini en torno a que «discutir sobre solución de controversias es discutir el espacio de políticas, no se pueden separar las cuestiones de procedimiento tan fácilmente de las cuestiones sustantivas» (comunicación personal, 4 de octubre de 2019).

Tampoco se analizarán las propuestas de modificaciones a nivel de cláusulas concretas (por ejemplo, el trato justo y equitativo, el estándar mínimo de protección, la cláusula de la nación más favorecida, la cláusula

paraguas, etc.) que, por su diversidad, pueden llevar a diferentes resultados interpretativos. Por tanto, ¿dónde se pone el foco del análisis de los caminos de salida del laberinto que constriñe el espacio de política pública? El foco está puesto en los caminos directos de consagración de este, donde se visualizan tres propuestas:

1. el reconocimiento expreso del derecho de regular;
2. la incorporación de excepciones generales en los tratados, y
3. la exclusión del régimen actual y la creación de una nueva institucionalidad alternativa a la actual que garantice su protección.

En primer lugar, el derecho de regular puede ser expresamente reconocido de manera general o particular en un sector o sectores de actividad estatal. El TBI más innovador en los últimos tiempos es el TBI Marruecos-Nigeria, celebrado el 3 de diciembre de 2016 y no vigente a la fecha de cierre de este trabajo. El reconocimiento del derecho de regular no es una innovación en el sistema, de hecho, uno de los caminos más habituales para su incorporación es su enunciación en los preámbulos de los tratados, que busca balancear el sistema con referencias generales o en materias de interés no económico (Mouyal, 2016, posición 5233 a 5241). Este es el caso de los preámbulos de los ACFI celebrados entre Brasil y Mozambique, Angola, Malawi, Perú, Etiopía, Surinam, Guyana y Emiratos Árabes Unidos, en los cuales se reconoce la autonomía de los Estados y su facultad para implementar políticas públicas. No obstante, estos acuerdos excluyen de su articulado los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado.

La diferencia del TBI Marruecos-Nigeria con respecto a los ACFI radica en que, previendo el arbitraje internacional inversor-Estado en tribunales arbitrales *ad hoc* del CIADI o el arbitraje *ad hoc* mediante el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral, en su preámbulo reafirma, de manera general, el derecho de regular y de adoptar medidas domésticas respecto a las inversiones con el fin de alcanzar sus objetivos de política pública. Asimismo, marca la especial necesidad de los Estados en desarrollo de ejercer el derecho de regular. Si bien el preámbulo no forma parte del articulado obligatorio del tratado, es pertinente su análisis a los efectos de la interpretación del texto, como lo indica el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, en 1969. Por lo tanto, es innegable la importancia del reconocimiento del derecho de regular del Estado.

Por tanto, siguiendo las recomendaciones de la Unctad (2015) sobre el fortalecimiento del derecho de regular, el tratado reconoce expresamente que el derecho de los Estados parte de actuar con discrecionalidad en cuanto a la regulación en materia de inversiones y medioambiente (artículo 13), y de cumplimiento, investigación, acusación y toma de decisiones respecto a la asignación de recursos en temas medioambientales, que el Estado considere que

tienen una prioridad más alta (artículo 13 numeral 2). La importancia de esta disposición se erige en el reconocimiento de que la protección del medioambiente puede ser prioritaria frente a la inversión extranjera, en otras palabras, la existencia de un bien jurídico superior a proteger ante la protección de las inversiones extranjeras. Por ende, el Estado tiene derecho a regular con amplio margen discrecional (Kendra, Bradshaw y Kabbouri, 2017).

En segundo lugar, el artículo 13 numeral 4 destaca que nada en el tratado impide a las partes adoptar, mantener o reforzar medidas consistentes con él y no discriminatorias, que les permitan garantizar que las inversiones en su territorio sean hechas de forma consistente —*sensible* en inglés— con el medioambiente y las cuestiones sociales. Como explica Tarcisio Gazzini (2017), esta norma debe leerse en conjunción con el artículo 23 numerales 2 y 3 que establecen que la adopción de medidas no discriminatorias en cumplimiento con otras normas internacionales diferentes al TBI no implica un incumplimiento de este. La disposición es esencial en materia de normas internacionales provenientes de los regímenes internacionales de protección del medioambiente, la salud y los derechos humanos que, al colisionar con TBI u otros acuerdos internacionales de inversiones, fueron la base para los casos concretos de controversias. Esto sería neutralizado si se universalizaran disposiciones como las señaladas.

El último punto a destacar del articulado del TBI Marruecos-Nigeria es que las partes se comprometen a no rebajar la regulación laboral o en derechos humanos, con el fin de atraer o fomentar inversiones (artículo 15). Una previsión expresa de este tipo, que evita una carrera a la baja, es fundamental a pesar de no establecer cuál es el zócalo mínimo de protección en dichas áreas, ya que da un amplio espacio de interpretación a los tribunales arbitrales *ad hoc*. Será la práctica derivada de la aplicación del acuerdo la que determine si el camino iniciado por un TBI innovador permea en la realidad de manera de proteger el derecho de regular, cuando las cláusulas pueden ser ambiguas (Nweke-Eze, 2017). Es en este punto que podría cuestionarse si es posible proteger el espacio de política pública, dándole amplio margen discrecional al Estado para que este pueda regular y ejercer su razón de Estado como indica Saskia Sassen (2010), y al mismo tiempo aplicar una política de flexibilidad como propugna la Unctad (2003, 2015). Precisamente, el riesgo de la flexibilidad es desdibujar los límites de la protección del derecho de regular, y que pasen a ser delineados de manera difusa y no consistente por la jurisprudencia.

El segundo camino de reivindicación lo plasman autores, como Markus Wagner (2014), que proponen incorporar en futuras reformas del régimen de protección de inversiones la introducción a los tratados de cláusulas similares a las existentes en el régimen multilateral del comercio con los artículos xx del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por su sigla en inglés) y xvi del GATS. En el primer caso, en líneas generales, se prevé que las normas del

acuerdo no pueden ser interpretadas en forma de vulnerar medidas adoptadas por los Estados con relación a la protección de la moral pública, la salud y la vida; la importación de oro y plata; la observancia de las normas domésticas que no sean incompatibles con el tratado; los artículos fabricados en prisiones; el patrimonio nacional artístico, histórico o arqueológico; la conservación de recursos no renovables; los acuerdos sobre productos básicos; las restricciones a la exportación de materias primas en el marco de planes de estabilización, y las medidas para paliar situaciones de desabastecimiento.

En el caso del GATS, si bien existe un paralelismo, *mutatis mutandis*, el elenco de excepciones previsto a texto expreso es sensiblemente inferior. En síntesis, la norma refiere a que ninguna disposición puede ser interpretada de manera tal que vulnere medidas estatales relativas a la protección de la moral y el orden públicos, la salud y la vida; la observancia de las normas domésticas, normas destinadas a garantizar la imposición o recaudación equitativa o efectiva, y los acuerdos o disposiciones domésticas para evitar la doble imposición. En cualquiera de los casos, el límite es el principio de no discriminación, piedra fundamental del sistema multilateral del comercio.

Simon Lester y Bryan Mercurio (2017) siguen la misma línea de Wagner al analizar las disposiciones del CPTPP (antes TPP) que restringen el reconocimiento del espacio regulatorio del Estado a áreas específicas de regulación: seguridad, medioambiente y salud. Los autores afirman que existen mejores mecanismos para evitar la vulneración del derecho de regular y la limitación del espacio de política pública, ya que las exclusiones son injustas e innecesarias. Estas focalizan en un sector o sectores determinados, pero corren el riesgo de vulnerar el principio de trato justo y equitativo, ya que el Estado tiene carta blanca para favorecer a la industria local frente a los inversores extranjeros, incluso para dejar sin recurso a un inversor extranjero frente a situaciones de incumplimiento de normas de defensa de la competencia o anticorrupción.

En consecuencia, Lester y Mercurio (2017, p. 8) proponen trabajar en una mejor redacción de los acuerdos internacionales e incorporar excepciones generales, no específicas para la solución de controversias inversor-Estado. Las excepciones generales podrían tomar como modelos los artículos XX del GATT y XVI del GATS, como en el caso del artículo 22.1 (excepciones generales) del TLC Australia-Corea respecto a las medidas para proteger la vida, los animales, las plantas y la salud, para asegurar el cumplimiento de normas, la protección del patrimonio nacional en materia artística, histórica o arqueológica, la conservación de recursos naturales. La propuesta de estos autores también es innovadora, aunque de mayor dificultad a la hora de una negociación internacional, en especial para Estados de menor peso económico relativo.

La tercera posibilidad, esto es, la exclusión del régimen actual y la creación de una nueva institucionalidad, se analizará en el siguiente apartado

mediante el caso concreto de la UE y la defensa del espacio de política pública regional, que se bilateraliza en los acuerdos con terceros y que en el futuro se pretende multilateralizar mediante la creación de un sistema multilateral de tribunales de inversiones.

El caso de la Unión Europea: ¿reivindicación de un espacio de política pública regional?

Los arbitrajes intra-UE a la luz de los casos Micula y Achmea

En los últimos años, se ha consolidado en el ámbito institucional de la UE una posición contraria al arbitraje inversor-Estado intra-UE, esto es, arbitrajes entre miembros e inversores nacionales de otros miembros. Dos disputas deben atenderse a los efectos de comprender el impacto de la problemática sobre el derecho de la Unión: el caso Micula contra Rumania (CIADI, número ARB/05/20) y el caso Achmea contra Eslovaquia (arbitraje *ad hoc* en territorio alemán).

La disputa de Ioan Micula, Viorel Micula y las empresas sc European Food SA, sc Starmill SRL y sc Multipack SRL de nacionalidad sueca contra Rumania tiene su origen en la negociación de Rumania para su ingreso a la UE, el que se concreta el 1 de enero de 2007. Para su ingreso, el ordenamiento jurídico interno de Rumania, al igual que en el caso de otros nuevos miembros, necesitó adaptación al derecho de la Unión. En este sentido, el 31 de agosto de 2004, Rumania procede a derogar el Decreto de Urgencia 24/1998, mediante el cual se les otorgaban beneficios a los inversores en regiones desfavorecidas, previstos hasta 2009. Frente a este cambio normativo y con base en el TBI Rumania-Suecia, los hermanos Ioan y Viorel Micula y las empresas sc European Food SA, sc Starmill SRL y sc Multipack SRL registraron un arbitraje en el CIADI, en el entendido que el Estado había incumplido con el tratado, vulnerando legítimas expectativas mediante la modificación del marco jurídico conforme al cual habían invertido y en el cual confiaban.

Conforme al laudo del 11 de diciembre de 2013, el tribunal entendió que la medida adoptada por Rumania era injusta e incumplía las disposiciones del TBI, por tanto, condenó al Estado a la indemnización de 376.433.229 leus rumanos más intereses (alrededor de 178 millones de euros a la fecha del laudo). Frente a esta situación, Rumania notificó a la Comisión Europea lo previsto en el laudo y su intención de dar ejecución a este, por lo cual canceló una deuda impositiva que mantenía una de las empresas demandantes, sc European Food SA (76 millones de euros aproximadamente).

La respuesta de la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión Europea a Rumania, C(2014) 6848 final)⁴⁶ constituye un punto de inflexión en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, ya que sostiene que cualquier forma de ejecución o implementación del laudo constituye una ayuda incompatible con el derecho de la Unión (§ 71). Por consiguiente, siguiendo lo previsto en el Reglamento del Consejo 659/1999, Rumania debía proceder a recuperar la ayuda ilícita y suspender cualquier otra acción vinculada con la ejecución del laudo (§ 74).

La posición comunitaria se completa con la Decisión 2015/1470,⁴⁷ en la cual se expresa que «la aplicación o ejecución del laudo arbitral concede a los demandantes una ventaja económica de la que, de otra forma, no dispondrían en el mercado» (§ 96) y, por tanto, cualquier forma de ejecución del laudo tiene similares efectos a la medida derogada antes. Por lo tanto, la recuperación del monto pagado ilícitamente debía incluir los intereses devengados.

El caso *Achmea* presenta algunas diferencias con la controversia anterior, aunque refuerza la posición comunitaria respecto a los arbitrajes intra-UE. *Achmea*, empresa holandesa, giraba en el sector de seguros de enfermedad privados. En 2006, Eslovaquia modificó la regulación de este mercado, por lo cual dejó sin efecto su liberalización y luego, en 2008, prohibió la distribución de beneficios económicos. Tres años después, Eslovaquia autorizó de nuevo la distribución de beneficios conforme a una sentencia del Tribunal Constitucional. No obstante, en 2008, considerando que las medidas ocasionaban un perjuicio a su inversión, *Achmea* había iniciado un arbitraje con base en el TBI Países Bajos-Checoslovaquia.

El arbitraje se desarrolló en Alemania y el derecho aplicable era el alemán. Eslovaquia planteó sin éxito una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, argumentando que la disposición del TBI que establecía los mecanismos de solución de disputas inversor-Estado era incompatible con el derecho de la Unión. El tribunal arbitral laudó a favor de la empresa y condenó al Estado al pago de una indemnización por 22,1 millones de euros. Frente al laudo, Eslovaquia presentó recursos de anulación y posterior casación en la jurisdicción alemana, y, durante el tratamiento del último, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal planteó una cuestión prejudicial al TJUE. En concreto, consultó sobre la compatibilidad del artículo 8 del TBI con los artículos 18 (principio de no discriminación según nacionalidad), 267 (cuestión prejudicial) y 344 (consultas sobre interpretación o aplicación de los tratados) del Tratado de Funcionamiento de la UE.

El TJUE determinó la incompatibilidad del artículo 8 del TBI con el derecho de la Unión (caso C-284/16),⁴⁸ en el entendido que, de acuerdo con

46 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4066.pdf>

47 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32015D1470>

48 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>

el artículo 344, son los tribunales domésticos de los miembros o el TJUE los únicos que tienen la facultad de interpretar el derecho de la Unión, cuya piedra angular del sistema jurisdiccional es la cuestión prejudicial. El tribunal arbitral previsto en el TBI no es parte del sistema jurisdiccional de la UE al tiempo que excluye la competencia de los órganos jurisdiccionales domésticos de los Estados involucrados.

Un tribunal arbitral como el del caso Achmea puede verse involucrado en una controversia en la que deba interpretar el derecho de la Unión; sin embargo, no tiene la facultad de presentar una cuestión prejudicial. Por consiguiente, el TJUE entiende que dichos mecanismos de solución de disputas ponen en jaque el principio de confianza mutua entre los Estados miembros (§ 58) y vulnera a la autonomía del derecho de la Unión (§ 59).

Sin perjuicio de que la decisión sea aplicable al caso concreto, en una comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo (2018 547)⁴⁹ el tema es retomado y se afirma de manera contundente que los TBI intra-UE vulneran el sistema de recursos jurídicos de los tratados de la UE, con lo que ponen en peligro la autonomía, la eficacia, la primacía y el efecto directo del derecho de la Unión, así como el principio de mutua confianza entre los Estados. El caso Achmea da lugar a un escenario favorable para los recursos de anulación contra laudos de tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro, y de difícil reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (Iruretagoiena, 2018).

Los efectos del caso Achmea no se hicieron esperar: el 15 de enero de 2019, veintidós miembros de la UE iniciaron un proceso negociador tendiente de la terminación de los TBI entre ellos. Este proceso se concretó con la firma del acuerdo de terminación del 5 de mayo de 2020, que entró en vigor el 29 de agosto de 2020. Desde el punto de vista jurídico, más allá de los aspectos políticos, el acuerdo es innovador al tratarse de un acuerdo plurilateral de terminación de los TBI, cuando habitualmente son procesos bilaterales, y al dejar sin efecto las cláusulas de ultractividad.

En suma, el caso Micula y el caso Achmea son las dos gotas que rebosaron el vaso y dieron mayor solidez a la posición que la Comisión Europea venía sosteniendo durante la última década, a la cual se suma el pronunciamiento del TJUE respecto al caso Achmea. La defensa del derecho de la Unión es una manifestación de la protección del espacio de política pública comunitario y su corazón, el derecho de regular de la UE. Por tanto, su consagración dentro del núcleo duro del derecho de la Unión determina que este prime por encima de los tratados bilaterales que puedan ser celebrados entre sus miembros, so pena de que la comisión decida iniciar un procedimiento de infracción (artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Sin embargo, no hay ninguna referencia a los TBI extra-UE, en particular el Tratado de la Carta de la Energía,

49 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>

en el cual se basan 47 de las 52 controversias en las que España es demandada (tercer Estado en el mundo en el ranking de demandados).⁵⁰

En este punto es destacable la posición de Cecilia Olivet, quien entiende que en la oposición a los arbitrajes intra-UE no hay un reconocimiento específico del derecho de regular, como sí puede encontrarse en el Dictamen 1/17 del TJUE. Como se verá más adelante, el dictamen afirma que el sistema de tribunales de inversiones previsto en el capítulo 8 del CETA no vulnera el derecho de regular. Olivet entiende que aceptar que los arbitrajes intra-UE puedan erosionar el espacio de política pública regional haría más difícil para las instituciones comunitarias defender la incorporación de estos mecanismos en los acuerdos con terceros Estados. Por tanto, esta dualidad es una «manifestación del doble estándar de la UE: al exterior de la institución impulsan un régimen que al interior no» (Cecilia Olivet, comunicación personal, 14 de octubre de 2019).

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá: un ejemplo del primer eslabón de la cadena

En paralelo a la problemática analizada en los apartados anteriores, desde 2015 la UE impulsó una reforma del régimen de solución de controversias inversor-Estado en dos fases. En una primera instancia, la UE incluye en la negociación o renegociación (modernización) de tratados de comercio o inversión con terceros Estados un sistema bilateral de tribunales de inversiones. En la segunda fase, sustitutiva de la anterior, el objetivo es la creación de un sistema multilateral cuya negociación estará abierta a todos los Estados interesados, no solo a los miembros del proceso de integración en exclusividad.

La primera fase fue plasmada en el CETA entre la UE y Canadá,⁵¹ entre otros tratados bilaterales.⁵² El CETA es celebrado el 30 de octubre de 2016 y entra en vigor provisionalmente el 21 de setiembre de 2017, debido a que las disposiciones relativas a la protección de inversiones, a las inversiones de cartera (no así la inversión extranjera directa) y al sistema de tribunales de inversiones deben ser aprobadas por los parlamentos nacionales y, en algunos casos, por los parlamentos regionales, dado que no se trata de competencias

50 A la fecha de cierre de este trabajo, el tratado se encuentra en etapa de renegociación o modernización, y tanto Francia como España plantearon que, si el resultado final es incompatible con la transición energética y el objetivo de desarrollo sostenible número 7, consideran no continuar en este.

51 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN)

52 Se destaca el Acuerdo de Protección de las Inversiones con Singapur (celebrado el 15 de octubre de 2018), con Vietnam (negociación culminada, no firmada) y con México (negociación en curso).

exclusivas de la UE.⁵³ Al cierre de este trabajo, este extremo no se ha cumplido, motivo por el cual puede considerarse tal situación como otra demostración de cómo el modelo relacional propuesto por Norberto Consani (2008) aún manifiesta resistencias en un sistema institucional. Por este motivo, el 22 de mayo de 2018, el Consejo Europeo emitió un documento relativo a la negociación y la celebración de acuerdos comerciales de la UE con terceros (8622/18), en el que recomienda la celebración en forma separada de acuerdos comerciales y de acuerdos en materia de inversiones.⁵⁴

En el capítulo 8 del CETA (inversiones), se prevé la constitución de dos tribunales permanentes para resolver disputas entre inversores y Estados: el Tribunal de Inversiones Permanente y el Tribunal de Apelación. En la primera instancia actúa el Tribunal de Inversiones Permanente, que está compuesto por quince jueces elegidos por un período de cinco años renovable por una única vez (cinco nacionales de la UE, cinco de Canadá y cinco de terceros Estados), y para cada caso concreto intervienen tres jueces, con el fin de mantener la proporcionalidad en las nacionalidades del pleno.

El Tribunal de Apelación también es permanente y tiene como objetivo confirmar, modificar o revocar los laudos de la instancia anterior. De esta manera se procura hacer frente a la tradicional crítica al sistema de solución de controversias inversor-Estado con relación al carácter *ad hoc* de sus tribunales, la ausencia de apelación, la jurisprudencia poco uniforme, la falta de rendición de cuenta de los miembros y, por ende, el déficit democrático (Schill y Vidigal, 2018, p. 15).

Con el fin de garantizar la transparencia en los procedimientos y la independencia de los miembros de los tribunales, se establece a texto expreso que estos no reciben instrucciones de organizaciones o Gobiernos en temas vinculados a las controversias, y desde su designación tienen prohibida la actuación como asesores, expertos nombrados por una parte o testigos (artículo 8.30). Este punto es crucial en el sistema, ya que es una de las críticas más fuertes al actual régimen de solución de controversias inversor-Estado, en particular desde la sociedad civil organizada.⁵⁵

Respecto al derecho de regular, el CETA prevé su consagración general, aunque ejemplifica áreas concretas de regulación, giro en la redacción que puede llevar a interpretaciones diversas: se incluye cualquier área de regulación estatal o únicamente aquellas indicadas a texto expreso. En concreto, los dos primeros numerales del artículo 8.9 (inversiones y medidas reglamentarias) disponen lo siguiente:

53 La entrada en vigor del CETA sustituirá los TBI de Canadá con Croacia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Malta, Polonia y Rumania.

54 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8622-2018-INIT/en/pdf>

55 Véase Eberhardt y Olivet (2012).

1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección.

Desde la sociedad civil organizada, el Centro Canadiense de Políticas Alternativas, el Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo y el Transnational Institute publicaron un documento de trabajo en el cual ponen a prueba el sistema de tribunales de inversiones propuesto por la UE (Cingotti, Eberhardt, Grotefendt, Olivet y Sinclair, 2016), cuyo primer ejemplo se encuentra en el CETA. Del análisis de las disputas inversor-Estado seleccionadas en el documento,⁵⁶ afirman que una interpretación restrictiva de normas que protegen el derecho de los Estados a legislar puede dar cabida a demandas que se dirijan «contra leyes u otras medidas adoptadas por los países para proteger la salud pública, el medio ambiente, las comunidades locales o luchar contra el cambio climático» (Cingotti *et al.*, 2016, p. 10).

Finalmente, cabe señalar que no todos los acuerdos bilaterales negociados o renegociados por la UE prevén el sistema de tribunales de inversiones. Un ejemplo es el Acuerdo Mercosur-UE, cuya negociación culminó el 28 de junio de 2019 y pasó a la etapa de revisión legal y traducción para posterior firma.⁵⁷ El texto tampoco incluye la tradicional solución de controversias inversor-Estado con prórroga al arbitraje internacional. Si bien podía ser previsible la exclusión de este tema, dado que no estaba en el mandato inicial, tampoco lo estaban las listas negativas o el comercio electrónico, que se incluyeron en las sucesivas negociaciones. Tampoco significa que el sistema de tribunales de inversiones sea excluido para siempre de las relaciones entre el Mercosur y la UE. Una posible renegociación del acuerdo puede incluirlo, como es el caso del Acuerdo México-UE, o puede avanzarse hacia

56 Casos Philip Morris contra Uruguay (caso CIADI, número ARB/10/7), TransCanada contra Estados Unidos (caso CIADI, número ARB/16/21), Lone Pine contra Canadá (caso CIADI, número UNCT/15/2), Vattenfall contra Alemania (caso CIADI, número ARB/09/6), Bilcon contra Canadá (caso CPA, número 2009-04).

57 Textos de los capítulos cuya redacción no se encuentra sujeta a revisión técnica. Disponibles en <https://www.gub.uy/ministerio-relaciones-exteriores/comunicacion/publicaciones/acuerdo-asociacion-mercosur-union-europea-sintesis-del-acuerdo-textos>

el sistema multilateral con apoyo del Mercosur. Menos aún significa que la relación entre bloques quede exenta del tradicional arbitraje inversor-Estado, ya que una extensa red de TBI regula las relaciones bilaterales, salvo para el caso de Brasil.⁵⁸

Un caso similar presenta el Tratado Comprensivo sobre Inversiones entre la UE y China, cuyo principio de acuerdo fue alcanzado el 30 de diciembre de 2020. Este no incluye ninguna referencia al arbitraje inversor-Estado ni al sistema de tribunales de inversión. En este caso, también una red de veinticinco TBI que regula las relaciones bilaterales entre los miembros de la UE y China continúan en aplicación.⁵⁹

La compatibilidad del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá con el derecho de la Unión

La preocupación por los riesgos del régimen de solución de controversias inversor-Estado llevó a que dos parlamentos regionales de Bélgica (comunidad francófona de Valonia y federación de Valonia-Bruselas) votaran en contra del CETA en octubre de 2016. El primer efecto de esta negativa fue que el acuerdo entró en vigor de manera provisoria, ya que los artículos relativos a la solución de controversias inversor-Estado no están vigentes (sección F del capítulo 8). El segundo efecto fue que, el 30 de octubre de 2016, Bélgica presentó ante el TJUE una consulta relativa a la compatibilidad del derecho de la UE con el sistema de tribunales de inversiones previstos en el CETA. El 30 de abril de 2019, el TJUE emitió el Dictamen 1/17,⁶⁰ en el que contestó las observaciones planteadas por el Estado miembro que, a los efectos de este trabajo, se sistematizarán en cuatro puntos:

1. principio de autonomía del derecho comunitario;
2. principio de igualdad de trato;
3. principio de efectividad, y
4. acceso a un tribunal independiente.

Dos elementos centrales destacan en el pronunciamiento del TJUE. En primer lugar, la afirmación de que el mecanismo de solución de disputas entre inversores extranjeros y Estados es externo al sistema jurídico de la UE, y dichos tribunales no pueden interpretar disposiciones de derecho comunitario,

58 Para un análisis particular de la solución de controversias inversor-Estado como tema excluido del Acuerdo Mercosur-UE, véase Bas Vilizzio (2019a, 2019b y 2019c).

59 Sobre este tema puede consultarse Berger y Chi (2021).

60 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215650&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12661214>

sean normas originarias o derivadas, sino que aplican e interpretan normas de derecho internacional, como el propio CETA y otras disposiciones legales internacionales aplicables a las partes en la disputa. Por tanto, concluyó que no es necesario el establecimiento de un mecanismo de consulta previa al máximo órgano jurisdiccional comunitario, y si lo fuera, también podría ser objeto de consulta en Canadá.

En segundo lugar, el tribunal consideró que los mecanismos son diferentes. Tomando como antecedente el caso *Achmea*, en el sistema de tribunales del CETA no estarán involucrados dos miembros de la UE, por tanto, no se vulnera la autonomía del derecho comunitario.

Si bien el pronunciamiento es claro respecto a la compatibilidad del sistema de tribunales de inversiones del CETA, y por ende de los demás acuerdos celebrados o en negociación que incluyan este mecanismo, voces desde diferentes ámbitos se han mostrado contrarias a la alternativa europea. La Asociación de Magistrados de Alemania (2016) emitió un comunicado que muestra su oposición al sistema. Destaca, en particular, que no lo consideran un sistema necesario, al existir recursos claros en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, y que se está creando un órgano con potestad de interpretar y aplicar las normas comunitarias sin las exigencias que tienen los tribunales domésticos en dichos casos. Tampoco consideran que el sistema garantice la imparcialidad de los jueces al no cumplirse con la carta magna de los jueces del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (Documento 2010/3).

Como se indicara antes, en el documento elaborado por el Centro Canadiense de Políticas Alternativas, el Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo y el Transnational Institute (Cingotti *et al.*, 2016), se identifican cinco *leading cases* inversor-Estado y con ellos ejemplifican cómo el sistema no cuenta con las garantías suficientes para evitar demandas en áreas vinculadas a la salud pública (sector tabacalero) o a la protección del medioambiente (sector petrolero o energía nuclear).⁶¹ En particular, destacan el uso de una terminología imprecisa y amplia respecto a conceptos como el de *trato justo y equitativo* o el de *arbitrariedad manifiesta*; la necesidad de interpretar conceptos como el de *derecho de regular*; la introducción del concepto de *expectativas legítimas*, que podrá dar lugar a un mayor número de controversias; la inclusión de posibles indemnizaciones por pérdida de derechos futuros, y la falta de garantía de jueces públicos e independientes, como establece la mencionada carta magna.

61 Todos los casos surgen como consecuencia de la fragmentación del derecho internacional y la colisión entre el régimen de protección de inversiones y los regímenes que engloban las materias señaladas. Es la propia fragmentación del derecho internacional la que alimenta la creación de regímenes jurídicos autocontenidos y viceversa.

Hacia un sistema multilateral de tribunales de inversiones

Como segunda fase, la UE tiene previsto profundizar y extender su sistema de tribunales de inversiones desde el relacionamiento bilateral al plano multilateral. Esta fase implica que los mecanismos bilaterales serán sustituidos cuando la instancia multilateral entre en vigor. Una vez en vigor, el sistema multilateral de tribunales de inversiones sustituirá a los tribunales bilaterales previstos en otros acuerdos por el CETA o por los TLC celebrados por la UE con Vietnam y Singapur.⁶² Todo hace pensar que, dado el enlentecimiento en las negociaciones con un actor como Estados Unidos y la autorización del Consejo a la Comisión Europea para iniciar las negociaciones de un acuerdo multilateral, los debates sobre la reforma del régimen de solución de controversias inversor-Estado se darán con más fuerza en el plano multilateral fuera del CIADI.

La UE continuará incluyendo su sistema de tribunales de inversiones en las negociaciones bilaterales. Estas instancias muestran cómo los Estados prefieren resolver *vis-à-vis* y en un orden paralelo aquellos temas que no encuentran solución en el modelo institucional de las relaciones internacionales, planteándose una reivindicación, al menos puntual, del modelo relacional con mayor centralidad del Estado como actor y sujeto.

La construcción de una nueva institucionalidad tiene como efecto la constitución de un régimen paralelo por parte de Estados que, sin abandonar el tradicional régimen de solución de controversias inversor-Estado, proponen un régimen internacional alternativo. En otras palabras, la UE en general y los veintitrés miembros signatarios del acuerdo de terminación de los TBI entre ellos (5 de mayo de 2020),⁶³ aun en la etapa previa a concretarse la nueva institucionalidad, conforman un nuevo grupo en Estados confrontadores del régimen actual, pero sin abandonarlo (mantienen la membresía en el CIADI y los TBI extra-ue en vigor). A este grupo también puede sumarse la India, con el

62 Similar planteo ha presentado la UE en relación con la modernización del Tratado de la Carta de la Energía. Sin embargo, dado el cuestionamiento respecto a su compatibilidad con la estrategia medioambiental de la UE, en la que se basan los pactos verdes y el objetivo de desarrollo sostenible número 7 (garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna), miembros como Francia y España están considerando la posibilidad de retirarse de no alcanzarse un acuerdo de modernización conveniente.

63 Los signatarios son Alemania, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Eslovaquia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa y Rumania. Cabe destacar que Finlandia y Suecia permanecieron al margen del proceso negociador, que durante el último año se apartó Reino Unido —dado el proceso del Brexit— y que Croacia, Eslovaquia, Hungría y Luxemburgo se incorporaron en las últimas etapas. No debe perderse de vista que la comisión anunció la eventual aplicación del procedimiento de infracción a aquellos Estados que no formaran parte del acuerdo, lo cual generó una situación de negociación coercitiva en términos de Krasner (2011, p. 21305). Para profundizar este tema, véase Bas Vilizzio (2020a).

reforzamiento de la jurisdicción doméstica previo al arbitraje inversor-Estado, el cual mantiene e incluye en su nuevo modelo de TBI (2016).

El grupo de los confrontadores, desde la óptica de los modelos de las relaciones internacionales propuesta por Norberto Consani (2008) presenta una demanda de protección de la soberanía estatal y defensa de la autonomía (regional o estatal), por tanto, constituyen casos de resistencia del modelo relacional en el marco de un modelo mayoritariamente institucional. Como los modelos son ideales y, por consiguiente, no se encuentran en la realidad en estado puro, la pugna entre uno y otro es habitual, más allá de la presencia prioritaria de uno de ellos en un momento histórico determinado. El papel de los confrontadores es una manifestación de una mayor reivindicación del Estado como sujeto central del modelo relacional, puesto que, en el modelo institucional, el Estado ya no es el núcleo en torno al cual se funda el sistema (Consani, 2008, p. 7).

Conclusiones del capítulo

La preocupación por el condicionamiento del derecho de regular por parte de la Unctad, como ejemplo institucional de la gobernanza del régimen, fue tardía (casi cinco décadas después de su creación, ya iniciada la etapa actual). Sin perjuicio de lo anterior, esta marca un punto de quiebre al poner en evidencia la existencia de la falacia acerca de que los TBI son siempre beneficiosos para los Estados. Asimismo, marca un hito al reconocerse la existencia de falencias en el régimen internacional y cómo estas impactan negativamente recortando los poderes regulatorios de los Estados.

Sin embargo, ¿se condiciona la soberanía estatal en el sentido de alguna de las cuatro proyecciones propuestas por Krasner (2001a, 2009a, 2009b)? Si bien en los anteriores capítulos de este trabajo se hizo referencia al condicionamiento de la soberanía interna, el foco se puso en la autoridad para ejercer actos estatales, noción que la recorta conceptualmente. Ninguna de las proyecciones que propone Krasner tiene como centro el espacio de política pública ni da respuesta al reclamo de los Estados de recuperar los poderes regulatorios, en particular en casos de crisis económica, como indica Sornarajah (2015, p. 66). Por tanto, es necesaria una nueva concepción de *soberanía*, que tenga como base el espacio de política pública, cuyo corazón es el derecho de regular, como se profundizará en el siguiente capítulo.

Ahora bien, debe distinguirse la nueva noción de *soberanía* de la elección de los mecanismos que permitan al Estado desarrollarse como mejor lo entienda y, por ende, ejercer su condición de soberano. Este segundo concepto es el de *autonomía*, condición que, como señala Puig (1986), «otorga las posibilidades de adoptar políticas más justas y más equilibradas» (p. 40). En términos jurídicos, la autonomía se manifiesta en el principio de libre determinación de los pueblos que establece el derecho de estos a elegir con

libertad su condición política y, por tanto, a determinar de forma autónoma las políticas de desarrollo económico, social y cultural, excluyendo de su ejercicio cualquier forma de injerencia externa. Esta norma de *jus cogens* se encuentra consagrada principal y expresamente en los artículos 1 párrafos 2, 55 y 56 de la carta de la ONU, en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) —con idéntica redacción que el anterior— y en la Declaración 2625 (XXV) (1970).

Al ser el derecho de regular una de las áreas de acción del proceso de reforma del régimen de protección de inversiones impulsado por la Unctad, los Estados pueden optar por excluir determinados sectores o temas de la solución de controversias inversor-Estado como forma de protegerlo. Sin embargo, no es un camino directo a su protección, sino que presenta un nivel de cambio menor frente al régimen actual. Otros caminos pueden determinar una consagración directa del derecho de regular, a saber: su reconocimiento expreso —como en el TBI Marruecos-Nigeria—, la introducción de excepciones generales —tomando como modelo los artículos XX del GATT y XVI del GATS— o la exclusión del régimen actual y la creación de una nueva institucionalidad que proteja. Este último es el caso de la UE con la defensa del espacio de política pública regional, al considerar que los arbitrajes intra-UE son contrarios al derecho de la Unión y, por tanto, nulos. Aunque Juan Carlos Puig (1986) analiza la integración solidaria desde la óptica de los Estados latinoamericanos, es posible identificar en la UE la solidaridad estratégica entre Estados como fuerza superadora que fortalece la autonomía y defiende el espacio de política pública comunitaria como espejo de la soberanía de sus miembros.

Sin perjuicio de lo anterior, la crítica de las instituciones europeas al tradicional régimen de solución de controversias inversor-Estado para los arbitrajes intra-UE no es más que un efecto reflejo de una problemática interna (la crisis económica y el aumento desmedido de los arbitrajes en el sector energías renovables son los catalizadores). Si bien su propuesta de un sistema de tribunales de inversiones (fase bilateral y fase multilateral) genera una alternativa real, esta no necesariamente suplanta el régimen actual. Asimismo, muestra una dualidad: los arbitrajes intracomunitarios son rechazados, mientras que los arbitrajes extracomunitarios son impulsados, ya sea en el régimen tradicional (no hay propuesta de terminación de los TBI extra-UE) o con la propuesta alternativa. Por tanto, el lugar actual de la UE seguirá siendo el de confrontador del régimen, sin llegar a atravesar el umbral hacia la disidencia.

En suma, la situación de la UE respecto a los arbitrajes intra-UE, que se complementa con su propuesta de sistema de tribunales de inversiones, constituye una primera demostración de la construcción de un nuevo concepto de *soberanía*, donde prima la defensa del espacio de política pública, aunque en

el mediano plazo se convierta en un régimen en paralelo con el régimen actual más que en una sustitución real. Esta construcción se inicia en el interior de los Estados y busca moldear el sistema internacional, generando transformaciones en el régimen internacional: principios, reglas e instituciones.

Soberanía regulatoria: un concepto en transición

Aspectos preliminares

La soberanía es una idea plenamente vigente en el derecho internacional público y en las relaciones internacionales. A partir de un abordaje explicativo, este capítulo inicia posicionándose en el momento histórico en el que las cuatro proyecciones de la soberanía que propone Krasner son interpeladas: la crisis global de 2008 como punto de quiebre en la globalización, aunque no sea su fin, coadyuva a su enlentecimiento. El foco se pone en el impacto de esta crisis en las empresas transnacionales y el cuestionamiento de su retirada o transformación como actor internacional.

La crisis de la globalización se solapa con la crisis de la legitimidad del multilateralismo en general y del régimen de solución de controversias inversor-Estado en particular, y por ende con las reacciones de las audiencias relevantes —como el retiro del CIADI de Bolivia, Ecuador (hasta su reingreso en 2021) y Venezuela— o con la alternativa de construcción de una nueva institucionalidad —como en la UE—.

El capítulo cierra con la evaluación de si el concepto de *soberanía* se encuentra en transición de las cuatro proyecciones propuestas por Krasner (soberanía de interdependencia, westfaliana, interna y legal internacional) a la soberanía regulatoria. Se examinan las características del concepto en transición; el papel que juegan las notas de autoridad, control y legitimidad, y los motivos que hicieron que se manifestara *a posteriori* de 2007. Además, se brindan ejemplos de manifestaciones en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y fuera de este.

Estados, empresas transnacionales y solución de controversias en un mundo en crisis

Crisis de la globalización

La crisis global de 2008 marcó un punto de quiebre en la globalización, entendida como modelo histórico articulado en torno a dos ideas fuerza: el debilitamiento del Estado y la dispersión del poder para incluir a otros actores no estatales (Del Arenal, 2008) como los «dueños de la globalización» (Grabendorff, 2017) y, en segundo lugar, la presencia de nuevas dinámicas de dependencia, desigualdad, dominación y exclusión (Del Arenal, 2008). Si bien la globalización no se desvanece producto de esta 2008, sí coadyuva a

generar un momento de crisis, transformación o enlentecimiento, o bien marca un camino hacia una nueva etapa (desglobalización o posglobalización).

Aunque la transformación esté en proceso o ya se haya iniciado una nueva etapa, este momento se manifiesta en cuatro fenómenos identificados por José Antonio Sanahuja (2018) como

1. modificaciones en la distribución del poder;
2. debilitamiento del modelo económico de transnacionalización de la producción basado en el *off-shoring*;
3. agotamiento del modelo en términos sociales y medioambientales, especialmente en lo que respecta al extractivismo y a la segregación, como plantea Sassen (2011), y
4. falencias en la gobernanza doméstica e internacional.

A los efectos de este apartado, los dos primeros elementos requieren un examen más profundo. Las modificaciones en la distribución del poder refieren en su mayoría a la gravitación de los actores estatales, en especial con el peso que ha ganado China en las últimas dos décadas. Su ingreso a la omc en 2001 y su defensa del multilateralismo que tiene como telón de fondo la relación con Estados Unidos son solo dos ejemplos de este nuevo equilibrio de poder en el plano multilateral. La pugna entre potencias debilita el orden mundial diseñado como un traje a medida por y para los Estados occidentales (Tussie, 2019, p. 107) y pone en evidencia una nueva multipolaridad que presenta nuevas voces e intereses que complejizan los acuerdos en el ámbito global (Held, 2018).

Asimismo, China es un actor fundamental en el avance de un nuevo tipo de empresa transnacional: las empresas de propiedad estatal. Como reflexiona Morosini, aún «queda por saber si el sistema actual de reglas de cuenta de este nuevo tipo de empresa transnacional» (comunicación personal, 4 de octubre de 2019). En particular, este fenómeno puede llevar a la reiteración de antecedentes, como el de la disputa entre Masdar (empresa de capitales estatales de Emiratos Árabes Unidos) y España.

Esta transformación en la estructura del tejido empresarial no es la única modificación que puede visualizarse y que impacta sobre los flujos comerciales internacionales. Como sostienen Susan Lund, James Manyika y Michael Spence (2019), «el crecimiento de las nuevas tecnologías, como la conectividad a internet y la inteligencia artificial (IA), también está cambiando los patrones comerciales» (traducción propia).⁶⁴ Esto permite dar respuesta a la necesidad de una mayor celeridad y proximidad a los consumidores, en especial en aquellas regiones de mayor crecimiento y

64 «The growth of new technologies, such as Internet connectivity and artificial intelligence (AI), are also changing trade patterns».

concentración de los flujos comerciales, como Europa y Asia. En otros términos, el comercio internacional sigue patrones regionales y geopolíticos, al tiempo que se han acortado las cadenas globales de valor, y las normas que regulan el comercio y la inversión no son ajenas a la tendencia a la regionalización (The Economist, 2019, p. 26).⁶⁵ En consecuencia, tiene lugar un proceso de sustitución del modelo dominante del *offshoring* por uno de *onshoring*, donde se priorizan el trabajo calificado y las nuevas tecnologías frente a los salarios bajos o el acceso a los recursos.

En este marco, en enero de 2017, la publicación británica *The Economist* tituló su artículo central como «La retirada de la empresa global»,⁶⁶ en el que se sostiene que la era de las empresas transnacionales, tal como las conocíamos a lo largo de las últimas décadas, está terminando. Entre sus argumentos, reiterados en enero de 2019 en el artículo «The global list» —en un número dedicado a la *slowbalisation*—, *The Economist* destaca el declive de las ganancias en el exterior (17% menos en los últimos cinco años); el impacto del aumento de normas domésticas e internacionales en materia de contabilidad global, defensa de la competencia, lavado de dinero o relativas a restricciones para garantizar trabajos locales; el incremento de los aranceles y otras medidas proteccionistas, y los cambios en los patrones de comercio que tienden a la regionalización (The Economist, 2017, 2019).

Por consiguiente, los viejos argumentos a favor de la internacionalización empresarial están quedando obsoletos y las empresas transnacionales deben reconsiderar las ventajas competitivas. Mirando hacia un escenario futuro, la publicación avizora tres elementos: un número reducido de empresas transnacionales con un énfasis más profundo en los mercados domésticos que siguen los intereses nacionales, el auge de aquellas empresas vinculadas a la tecnología y una mayor presencia de empresas pequeñas que se dediquen al comercio electrónico a escala mundial. Este escenario dará lugar a un capitalismo más fragmentado y localista (The Economist, 2017, p. 18), fenómeno que, en el largo plazo, generará niveles más profundos de proteccionismo y dejará heridas en el multilateralismo en términos comerciales.

Ahora bien, cabe preguntarse si las empresas transnacionales han perdido su poder y si, en un momento de crisis de la globalización, se manifiestan cambios en los actores no estatales en el marco de la nueva distribución de poder que comienza a gestarse. Si bien es cierto que la crisis de la globalización podría leerse desde sus *dueños*, como denomina Wolf Grabendorff (2017) a los actores no estatales, la idea de una retirada de las empresas transnacionales no se ajusta cabalmente a la realidad del sistema internacional

65 El TPP, el CPTPP y el acuerdo entre Estados Unidos, México y Canadá (sustitutivo del acuerdo de libre comercio de Norteamérica). Como ejemplos interregionales, pueden citarse el Acuerdo Mercosur-UE, el acuerdo de libre comercio Mercosur-Unión Europea y el CETA (UE-Canadá).

66 «The retreat of the global company».

actual. Las empresas transnacionales se han transformado para hacer frente a los cambios en los flujos comerciales internacionales. Asimismo, han ingresado al ruedo nuevos tipos de empresas, como las empresas de propiedad estatal que mencionaba Morosini.

Con relación al ámbito del arbitraje inversor-Estado, el artículo de *The Economist* sentencia que los «tribunales globales que las multinacionales utilizan para eludir los tribunales domésticos están bajo ataque» (*The Economist*, 2017, p. 16).⁶⁷ La frase es realista, dadas las reacciones desde los movimientos sociales y algunos espacios políticos hacia el régimen. Sin embargo, esto no significa que en este ámbito las empresas transnacionales hayan perdido poder. De hecho, en los últimos cinco años el número de demandas ha aumentado casi un 50% respecto al quinquenio anterior (273 controversias iniciadas en el período 2010-2014 frente a 386 correspondientes a 2015-2019). El aumento se debió, en parte, al gran número de demandas basadas en el Tratado de la Carta de la Energía, en especial contra España en el sector energías renovables.

Juan Hernández Zubizarreta concluye que «lejos de retirarse han crecido en materia económica y jurídica, y están captando poder político» (comunicación personal, 30 de setiembre de 2019), coincidiendo en este último punto con las ideas desarrolladas por Strange (2001). Otro fenómeno a destacar es el hecho de que las altas finanzas han mantenido su capacidad. La socióloga Saskia Sassen sostiene que, en el sistema internacional actual, las altas finanzas funcionan mediante «una serie de circuitos altamente especializados que fácilmente cruzan fronteras, concentran ventajas en actores privados con mucho poder, y tienen inmensas capacidades extractivas. Una vez que extraen, dejan detrás destrucción, al igual que la industria minera» (comunicación personal, 26 de octubre de 2019). Al contrario del comercio, las altas finanzas no buscan fidelizar clientes, sino que trabajan de manera extractiva, hasta agotar el terreno sobre el que operan. La crisis de la deuda de los préstamos universitarios en Estados Unidos es un ejemplo de esto.⁶⁸

En definitiva, la crisis global de 2008 demostró la gran capacidad de adaptación de las empresas transnacionales, presentando a las grandes corporaciones financieras como las principales beneficiadas (Cecilia Olivet, comunicación personal, 14 de octubre de 2019). Es esperable, entonces, que, en un momento de crisis de la globalización, las empresas transnacionales también sean capaces de adaptarse sin necesidad de retirarse del escenario internacional.

67 «(The) global tribunals that multinationals use to bypass national courts have come under attack».

68 Véase Josh Mitchell (2019).

Crisis de la covid-19

En el marco de la crisis de la globalización, como una suerte de mamushkas, la crisis de la covid-19,⁶⁹ si bien comienza como una crisis sanitaria y es declarada como pandemia por la oms el 11 de marzo de 2020, es pertinente analizarla como una sindemia. El concepto de *sindemia* fue acuñado por Merrill Singer (2009) y recuperado por Richard Horton (2020) para el estudio de la covid-19, en el entendido que deben incorporarse al análisis, además de los factores biológicos, los factores económicos y sociales que se superponen al patógeno (como factores que coadyuvan a su propagación y como consecuencia de esta).

En este marco, los Estados extendieron su capacidad regulatoria con el fin de controlar la expansión del virus, tomando medidas que derivan en una reivindicación de su espacio de política pública. Estas medidas contemplan el cierre total o parcial de fronteras, controles a la movilidad interna, confinamientos, limitación en las actividades económicas, etc. En un momento en el que desde el editorial del *Financial Times* (2020) se aboga «un nuevo contrato social», que reivindica el papel del Estado, la soberanía está más viva que nunca.

No es el objetivo de este trabajo determinar cómo afecta la crisis de la covid-19 al régimen de solución de controversias inversor-Estado o si las medidas adoptadas pueden ser consideradas una eximente de responsabilidad internacional (estado de necesidad, conforme al artículo 25 de la resolución AG/56/83).⁷⁰ Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en consideración que la crisis de la covid-19 refleja el avance del sistema internacional hacia un nuevo concepto de *soberanía*, donde el espacio de política pública tiene mayor centralidad, incluso desafiando al multilateralismo.

Dos ejemplos en este sentido pueden ser ilustrativos. El primero de ellos surge con la apropiación de las vacunas contra la covid-19 por parte de los Estados desarrollados en detrimento de los Estados en desarrollo. Canadá, Estados Unidos, Australia, Japón, Reino Unido y la UE albergan el 14% de la población mundial, pero acordaron contratos por la mitad de la producción de vacunas del mundo (Amin, 2021). Ahora bien, si se amplía la mirada hacia los mercados, como explican Els Torreele, Henry Lishi Li y Mariana Mazzucato (2020), «más allá de los intereses nacionales acecha el problema de los aún más estrechos intereses privados, producto de un modelo de innovación farmacéutica hiperfinancierizado» que lleva a que «la

69 Sanahuja (2020) denomina a la crisis de la covid-19 como una crisis dentro de otra mayor: la crisis de la globalización.

70 Para profundizar este tema, véase Bas Vilizzio (2020c).

creación de la vacuna para las personas quede en segundo plano» frente a las ganancias.⁷¹

Como segundo ejemplo, puede mencionarse el bloqueo de la UE de la exportación de vacunas desde Italia a Australia, debido al incumplimiento del contrato por parte de AstraZeneca (retrasos en los suministros), el 4 de marzo de 2021. Este caso también muestra un avance de los Estados a los mercados, aunque la onda expansiva de sus efectos se visualiza directamente contra otros Estados. Siguiendo a Yuval Harari (2021), si la covid-19 continúa en expansión en 2021 o arriba una nueva pandemia en el futuro, se deberá, en gran medida, a un fracaso en la toma de decisiones políticas, en especial en el plano multilateral. En definitiva, la inequidad de la acción de los Estados desarrollados en conjunto con la industria farmacéutica puede poner en riesgo la inmunidad colectiva al dejar a un gran número de Estados atrás, como advirtió el director de la OMS.⁷²

¿Existe un multilateralismo efectivo para resolver los desafíos de la crisis de la covid-19 y del sistema internacional en general? En cuanto a esta pregunta, cabe señalar que el término *multilateralismo* puede tener diferentes acepciones, por un lado, una suerte de «efecto Rashomon» como enseña Sanahuja (2013, pp. 31-33), al analizar que el multilateralismo es el principio constitutivo del orden internacional aspiracional (basado en la soberanía y en un orden legal universal o regional), pero también refiere a las prácticas y mecanismos institucionales de cooperación y organización internacional realmente existentes, así como a la arena de disputa entre modelos basados en fuerzas hegemónicas y contrahegemónicas. A los efectos de este trabajo, se sigue la segunda acepción, más allá de la narrativa imperante: multilateralismo hegemónico, normativo, defensivo o revisionista. El multilateralismo, entendido de esta manera, también se encuentra en crisis, como se analizará en el siguiente apartado.

Crisis del multilateralismo

Al mismo tiempo que se desarrolla la crisis de la globalización, potenciada por la crisis de la covid-19, tiene lugar la crisis del multilateralismo. En lo que refiere al régimen internacional de protección de inversiones, en especial el régimen de solución de controversias inversor-Estado, se trata de una crisis de legitimidad (Morosini, comunicación personal, 4 de octubre de 2019). De acuerdo con Robert Keohane (2006), el concepto de *legitimidad* puede tener dos acepciones: legitimidad en sentido normativo y legitimidad en sentido sociológico. Normativamente hablando, una institución es legítima cuando

71 Para un análisis de la situación de la vacuna de la covid-19 desde la seguridad humana y los mercados, véase Bas Vilizzio y Nieves (2020).

72 <https://news.un.org/es/story/2021/01/1486742>

«sus prácticas cumplen con un conjunto de normas que han sido declaradas y defendidas»⁷³ y, desde el punto de vista sociológico, cuando «las audiencias relevantes la aceptan, se apropian de ella y la consideran digna de ser obedecida»⁷⁴ (Keohane, 2006, p. 57). La coincidencia entre ambas se alcanza cuando las audiencias relevantes aceptan, como dignos de ser obedecidos, los principios de un sistema jurídico determinado.

Por tanto, al aplicar las ideas del autor al régimen de solución de controversias inversor-Estado, la crisis de legitimidad, tanto jurídica como sociológicamente, se manifiesta cuando las audiencias relevantes rechazan los principios del sistema. Las reacciones pueden sintetizarse en el abandono del régimen —situación de Bolivia, Ecuador (2009-2021) y Venezuela respecto al CIADI—, en la propuesta de tratados que buscan balancear el sistema —situación de los ACFI de Brasil o el modelo de TBI de la India de 2016— y en la presentación de proyectos alternativos —situación de la UE con el sistema de tribunales de inversiones—.

Si bien los Estados y las empresas transnacionales son los actores centrales del régimen de solución de controversias inversor, existen otros actores a los que el régimen les otorga un papel secundario. Es el caso de la sociedad civil organizada o las comunidades locales. Las comunidades locales suelen ser, en palabras de Nicolás Perrone (2019, p. 16), un «actor ausente». No obstante, es un actor que recibe los efectos directos de la inversión extranjera, especialmente sobre el territorio que habita.

A su vez, esta crisis de legitimidad coincide con el 75 aniversario de las instituciones gemelas creadas en Bretton Woods, el FMI y el BM, instituciones que están recibiendo críticas en todo el mundo que coadyuvan a la presión sin precedentes que enfrenta el multilateralismo (Kapur, 2019). En el CIADI, dentro del BM, la discusión de la reforma de las reglas de arbitraje y conciliación, si bien es una reforma marginal al focalizarse en disposiciones procesales y no sustanciales, no deja de ser otra manifestación de la imperante necesidad de cambio y reequilibrio de fuerzas en el régimen de solución de controversias inversor-Estado.

El régimen de solución de controversias inversor-Estado no es el único sistema de solución de disputas que involucra a Estados soberanos que se encuentra embarcado en un momento de fuertes cuestionamientos y plantea una necesidad de ser revisado. En la OMC —típica institución multilateral—, en diciembre de 2019, el Órgano de Apelación atraviesa una situación límite: solo uno de sus miembros permaneció en funciones. El mandato de los demás expiró sin renovación o designación de nuevos miembros, dejando al Órgano de Apelación paralizado ante nuevos casos. El motivo es el bloqueo

73 «Its practices meet set of standards that have been stated and defended».

74 «It is accepted as and appropriate, and worthy of being obeyed, by relevant audiences».

del consenso en la toma de decisiones de la organización por parte de la Administración Trump (2017-2021).⁷⁵

Soberanía regulatoria

De las cuatro proyecciones de Krasner a la soberanía regulatoria

En el contexto de la crisis de la globalización, y más recientemente de la crisis del multilateralismo, el régimen de solución de controversias inversor-Estado atraviesa una crisis de legitimidad. La reacción de una de las audiencias relevantes, los Estados como uno de los actores clave en torno a la inversión extranjera —ya sea mediante el cuestionamiento o rechazo de los principios del sistema jurídico, o incluso mediante la construcción de alternativas—, es una manifestación de cambios profundos. Partiendo de las cuatro proyecciones de la soberanía que propone Krasner (2001a), en este apartado se valorará si existe una transición hacia la construcción de una quinta proyección: la soberanía regulatoria.

El mencionado autor propone cuatro proyecciones de la soberanía, en otros términos, cuatro conceptos que definieron el instituto de la soberanía a lo largo de la historia conforme a tres elementos vinculados: la autoridad, el control y la legitimidad. Las cuatro proyecciones son:

1. soberanía de interdependencia, vinculada al control estatal de los movimientos a través de sus fronteras nacionales (notas de control);
2. soberanía westfaliana, aquella que aparece históricamente en función de las notas fundamentales de la Paz de Westfalia de 1648 y que consolida un sistema de derecho basado en el principio de no intervención en los asuntos internos (notas de autoridad y legitimidad);
3. soberanía interna, relacionada con la existencia de estructuras de autoridad domésticas capaces de ejercer control efectivo dentro de fronteras (notas de autoridad, legitimidad y control), y
4. soberanía legal internacional, referida al reconocimiento mutuo entre Estados (notas de autoridad y legitimidad) (Krasner, 2001a).

En estudios posteriores, incorpora la soberanía de interdependencia a la soberanía interna, ya que ambas comparten las notas de control (Krasner, 2009a, 2009b).

75 Para un análisis particular de este tema, véanse Bas Vilizzio (2020b) y Arredondo y Godio (2019). Para un examen del trilema de las negociaciones en la OMC, véase Zelicovich (2019).

Krasner (2011) sostiene que «no hay alternativa aceptada a la soberanía» (p. 21306, traducción propia),⁷⁶ afirmación que la realidad internacional confirma; sin embargo, la soberanía se transforma según las necesidades de esta realidad. El autor no incluye dentro de su categorización ninguna definición que se focalice en el espacio de política pública del Estado, cuyo reconocimiento en el régimen de solución de controversias inversorEstado se analizó en el capítulo anterior. En primer lugar, el nuevo concepto de *soberanía* no se vincula con la soberanía westfaliana, porque no se plantea como una prohibición que se ejerce con exclusividad frente a la injerencia de otro actor estatal (principio de no intervención recogido originariamente en los tratados de Westfalia y, en la actualidad, en la carta de la ONU y en la Declaración 2625). En la soberanía regulatoria, la prohibición o limitación se ejerce frente a actores no estatales (empresas transnacionales) al cuestionar las medidas tomadas por los Estados. Tampoco se relaciona con la soberanía de interdependencia, ya que la nota de control no se encuentra priorizada como en ella. No existe un control de los flujos a través de fronteras, sino un espacio inquebrantable de elaboración normativa en el interior del Estado que se proyecta al exterior de este para la construcción, modificación o abandono de regímenes internacionales (conjunto de normas, principios y reglas que rigen la conducta de sus miembros).

Los poderes regulatorios están vinculados con la soberanía interna, ya que implican la existencia de una autoridad, que será legítima si las audiencias relevantes la aceptan como obligatoria y que tendrá control dentro de sus fronteras. Sin embargo, esta definición de *soberanía* no explica *per se* cómo un Estado, por el hecho de ser soberano (atributo), tiene poder de regular en determinadas áreas sin injerencia externa (sea de Estados u otros actores). El ejercicio de dicho poder, que es una condición del Estado, se plasma en el principio de libre determinación de los pueblos: elección libre de su condición política, y por tanto determinar de forma autónoma cuáles son las políticas de desarrollo económico, social y cultural que mejor considera. La libre determinación tiene sentido sin injerencia de otro Estado (punto de conexión con la soberanía westfaliana) ni de ningún otro actor no estatal (por ejemplo, empresas transnacionales).

Con relación a la soberanía legal internacional, la soberanía regulatoria podría presentarse como una fase doméstica de esta (como concepto antitético), una suerte de soberanía legal interna. Sin embargo, sería una lectura acotada, ya que la soberanía regulatoria no se circunscribe con exclusividad hacia el interior del Estado, sino que también se proyecta hacia el exterior del Estado, moldeando las estructuras externas mediante la creación, modificación o abandono de regímenes internacionales. En un artículo titulado «Cambiano las estructuras estatales: desde afuera hacia adentro», Krasner

76 «There is no accepted alternative to sovereignty».

(2011) afirma que las instituciones internacionales pueden moldear las estructuras internas, en especial cuando los Estados comprometen la soberanía westfaliana mediante el ejercicio de la soberanía legal internacional (celebración de tratados, básicamente).

Krasner no analiza el fenómeno inverso: el cambio de estructuras internacionales como efecto de los cambios internos en los Estados, esto es, un proceso desde adentro hacia afuera (*inside out*) por oposición al proceso desde afuera hacia adentro (*outside in*). Como se verá más adelante, las manifestaciones de la transición hacia un nuevo concepto de *soberanía regulatoria* son ejemplos de cómo la defensa del espacio de política pública en el interior del Estado impacta en las estructuras internacionales mediante el abandono del régimen internacional —situación de Bolivia, Ecuador (2009-2021), Sudáfrica y, parcialmente, Venezuela—, la celebración de tratados que buscan balancear el régimen —los ACFI de Brasil con la exclusión del régimen, el CPTPP con la excepción a las medidas de control del tabaco y el modelo de TBI de la India con un fortalecimiento del mecanismo de agotamiento de la jurisdicción doméstica— o la creación de nuevas instituciones en paralelo a las actuales —el sistema de tribunales de inversiones de la UE—.

Asimismo, el acuerdo plurilateral de los veintitrés miembros de la UE para la terminación de sus TBI intra-UE es otro ejemplo, aunque parcial y particular por la presencia de una organización supranacional. La Comisión Europea ya había manifestado que aquellos Estados que no terminen sus TBI intra-UE podrán ser objeto de procedimiento de infracción (artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la UE). El procedimiento tiene una etapa inicial prejudicial que comienza con una notificación de emplazamiento al Estado incumplidor del derecho de la Unión. Este tiene un plazo que suele ser de dos meses para responder, pero, en caso de que la comisión entienda que el Estado no cumple con el derecho, emite un dictamen motivado instándolo a hacerlo. Si persiste el incumplimiento, la comisión tiene facultad para llevar el caso ante el TJUE, quien emite sentencia. Si la sentencia no es cumplida o no se informa su cumplimiento, el artículo 260 numerales 2 y 3 da la posibilidad de un seguro recurso de infracción ante el TJUE.

Dado el anuncio de la comisión y el antecedente del dictamen del TJUE en torno al caso Achmea, podría darse una situación de negociación coercitiva. Esto es, los Estados que, aun sin ser firmantes originarios, decidan adherir al acuerdo plurilateral en el entendido que fuera del nuevo *status quo* estarán en peores condiciones que si fueran parte (Krasner, 2011, p. 21305). Asimismo, tanto la aplicación efectiva del procedimiento de infracción como la negociación coercitiva son ejemplos de procesos desde afuera hacia adentro: las normas internacionales⁷⁷ impactan en la política exterior de los miembros que no siguen la posición de la comisión.

77 Estas normas pueden ser supranacionales o no.

Si bien el papel de la comisión es velar por el cumplimiento de los tratados fundamentales, la intención de iniciar los procesos de infracción manifiesta una clara posición política frente a los arbitrajes intra-UE. Ya sea que prime la narrativa jurídica o la narrativa política, ambas influyen desde la estructura del régimen internacional (UE) sobre la conducta de sus miembros, con el fin de encauzarlo al cumplimiento del derecho. Dadas las características de organización internacional supranacional, la UE es uno de los casos donde se percibe con mayor claridad la construcción de estructuras de manera bidireccional (interna-externa).

Autoridad, control y legitimidad en la soberanía regulatoria

Teniendo en cuenta las tres notas básicas de la soberanía —control, autoridad y legitimidad—, la soberanía regulatoria carece de la nota de control, ya que esta no se presenta en la vigilancia de flujos a través de fronteras, como en la soberanía de interdependencia, ni tampoco de lo que sucede dentro del Estado, como en la soberanía interna. Está presente la nota de autoridad, en el entendido que es mediante ella que se ejercen los poderes regulatorios sin limitaciones de terceros actores, sean Estados u otras entidades. En otros términos, la soberanía regulatoria no admite invitaciones válidas para su erosión o condicionamiento justamente porque vulnerarían su base: el espacio de política pública. A pesar de la interpretación de la CPJI en el asunto del vapor *Wimbledon* (1923) respecto a que la soberanía no puede erosionarse por tratados concluidos por el Estado en ejercicio de dicha soberanía, en este trabajo se sostiene que la soberanía es un concepto absoluto (se es soberano o no se es, no tiene posibilidad de graduación). Si el Estado pierde su soberanía, dejaría de ser Estado porque esta es el atributo de ese tipo de sujetos de derecho internacional. Si existen limitaciones, estas se aplican a la autonomía, como condición y no atributo del Estado.

La soberanía se tiene o no se tiene, no se limita por el ejercicio de esta. Cuando autores como Mouyal (2016, posición 6696) afirman que la soberanía no es un concepto absoluto (en términos de regular o no regular) y que, como soberano, un Estado puede elegir entre regulaciones que determinen desarrollo o bienestar social, no tienen en consideración que la capacidad de elegir no es una consecuencia de la soberanía, sino de la autonomía estatal. Por tanto, la limitación puede verse en la autonomía estatal, ya que es una condición y no un atributo del Estado.

Finalmente, la última nota distintiva de la soberanía regulatoria es la legitimidad. La consolidación del espacio de política pública implica la declaración y defensa de un conjunto básico de normas (legitimidad en términos jurídicos) y el apoyo de audiencias relevantes que las aceptan como indicadores de las conductas a seguir (legitimidad en términos sociológicos) (Keohane, 2006). ¿Es posible visualizar un criterio unívoco de actos estatales

o áreas de regulación que conformen la soberanía regulatoria? Si hay un límite en su contenido, está en construcción. De los instrumentos jurídicos analizados puede inferirse que están incluidas las normas relacionadas con la seguridad estatal, el medioambiente, la salud y las medidas de control del tabaco, a las cuales debe sumarse la protección de los derechos humanos, en la cúspide del sistema. De esta manera se haría frente al congelamiento o parálisis regulatoria en dichas áreas.⁷⁸

En efecto, habitualmente los actos estatales vinculados con dichas áreas regulatorias son considerados como medidas de expropiación indirecta, aplicación del principio de expropiación y debida compensación que deja más espacio a la interpretación arbitral (análisis caso a caso).⁷⁹ Ejemplo de lo anterior son los casos Eco Oro contra Colombia, Philip Morris contra Uruguay, Bear Creek contra Perú, entre otros.⁸⁰ Cuando los tribunales arbitrales interpretan normas amplias o poco precisas, de cierta manera están dándole forma y definiendo conceptos como el derecho de regular (Perrone, 2019, p. 17), con la peligrosidad que esto implica como control externo de la actividad estatal.

La inexistencia de un elenco claro tiene como centro que casi la totalidad de temas susceptibles de regulación estatal en el ámbito doméstico también son regulados internacionalmente. Esto se da en parte por interés político o económico de los Estados, que hacen uso de la soberanía legal internacional, y en parte porque «muchas políticas se han internacionalizado a través de la casualidad o el funcionamiento de los *lobbies* políticos en lugar de con cualquier justificación económica genuina»,⁸¹ como indica Dani Rodrik (2019).⁸² El autor señala que aun en el supuesto de que los Estados apliquen de manera errada ciertas políticas, los Estados democráticos deberían estar autorizados a equivocarse (Rodrik, 2019). En definitiva, en el acierto o en el error, el ejercicio de la soberanía regulatoria debe ser protegido y no puede ser condicionado por otros actores.

78 Para ganar en legitimidad, sería necesario incluir la opinión de las *voces ausentes* en el régimen internacional de protección de inversiones, ya que sus intereses suelen estar en tensión con los principales actores vinculados a la inversión extranjera (Perrone, 2019).

79 En este sentido, véase OCDE (2004).

80 Un análisis de las mencionadas disputas puede verse en Bas Vilizzio (2019d, 2017b).

81 «Many policies have become internationalized through happenstance or the operation of political lobbies rather than with any genuine economic justification».

82 El planteo del autor parte del trilema desarrollado en *La paradoja de la globalización*. En esta obra, Rodrik (2010) señala que no puede haber al mismo tiempo hiperglobalización, políticas democráticas y soberanía nacional. El Estado debe elegir dos de estas y descartar la tercera, de ahí el trilema.

Los motivos

En vista del análisis anterior, ¿cuál es el motivo de la gestación de una nueva concepción de la soberanía? Desde la perspectiva del régimen de solución de controversias inversor-Estado, la respuesta debe hacer foco en el impacto que generó el propio régimen internacional sobre los Estados miembros: la erosión o el condicionamiento del espacio de política pública reconocido por la Unctad a partir de 2003, ya que los tribunales arbitrales *ad hoc* se comportan como órganos de contralor externos de la actividad o inactividad de los Estados (Hernández González, 2017; Rocha Postiga, 2013, p. 182; Van Harten y Loughlin, 2016, p. 149). Este impacto es señalado en la carta que un grupo de 230 profesores de Derecho y de Economía de diferentes universidades de Estados Unidos⁸³ enviaron al entonces presidente Donald Trump, el 25 de octubre de 2017,⁸⁴ instándolo a remover el régimen de solución de controversias inversor-Estado de la renegociación del acuerdo de libre comercio de Norteamérica y cualquier tratado comercial o de inversiones que Estados Unidos firme en el futuro.

La carta desarrolla varios argumentos que pueden resumirse en dos ideas centrales:

1. los tribunales *ad hoc* en el régimen de solución de controversias inversor-Estado son quienes, en última instancia, determinan los límites de los actos administrativos, legislativos y judiciales del Estado, al tener capacidad de controlarlos (establecer una indemnización por los actos estatales o, incluso, dejarlos sin efecto) sin posibilidad de apelación, y
2. los ciudadanos u otras entidades afectadas no cuentan con recursos para intervenir o participar de manera significativa en las disputas.

En definitiva, el régimen no solo tiene un déficit democrático por el poder otorgado a los tribunales, sino que no tiene en cuenta a los verdaderos afectados. Se trata de un «actor ausente», como denomina Perrone (2019, p. 16) a las comunidades locales, calificativo que puede ser extendido a cualquier persona física individual que se vea afectada. Su participación se encuentra circunscripta a la presentación de escritos *amicus curiae* que deben ser aceptados por el tribunal que entiende en la disputa, como se analizó en los casos Pac Rim contra El Salvador y Eco Oro contra Colombia.

83 Universidades de Columbia, Yale, Fordham, Alabama, Florida, Notre Dame, San Francisco, Minnesota, Denver, Portland, Johns Hopkins, Ithaca, Harvard, Georgetown, American, entre otras.

84 https://www.citizen.org/wp-content/uploads/migration/case_documents/isds-law-economics-professors-letter-oct-2017_2.pdf

En definitiva, el impacto sobre el espacio de política pública tiene lugar porque el régimen internacional de protección de inversiones, contenido del régimen de solución de controversias inversor-Estado, se desarrolla y tiene su auge en plena globalización económica, momento de privatización y desnacionalización de políticas que antes pertenecían a la esfera pública; de privatización normativa, y de transformaciones dentro del Estado que lo hacen funcionar siguiendo la lógica del capital global (Sassen, 2010, pp. 107-108). Por consiguiente, Sassen (2010, p. 110) se interpela acerca de si, en este marco, el Estado tiene como destino reducir su autoridad o si, por el contrario, debe transformarse y así construir un corpus normativo y de decisiones judiciales frente al avance de la globalización.

En trabajos anteriores, la autora ya había afirmado que el Estado no puede quedar limitado a una significación declinante y que una reducción en su capacidad de regular no se explica exclusivamente porque opera en un mundo globalizado (Sassen, 2001, p.45). Frente a un régimen internacional que condiciona o erosiona el espacio de política pública del Estado, son sus miembros quienes buscan caminos para recobrar los poderes regulatorios. ¿Por qué este proceso de recuperación de los poderes regulatorios tiene lugar desde 2007 y marca como hito el retiro de Bolivia del CIADI? Este hito coincide con la crisis global de 2008, punto de quiebre en la globalización, como se analizó antes.

El régimen internacional de protección de inversiones se consolidó durante el auge de la globalización, y se construyó una extensa red de más de tres mil trescientos instrumentos jurídicos internacionales que regulan la materia y que dan un marco a uno de esos nuevos actores, las empresas transnacionales, para demandar a los Estados en caso de incumplimiento. En los últimos años, han surgido tratados que consagran el derecho de regular de los Estados, en mayor o menor medida y de manera más o menos clara. Sin embargo, no se ha resuelto la tensión entre la protección de inversiones y el espacio de política pública, ni siquiera en temas sensibles como pueden ser la protección del medioambiente o los derechos humanos.

Por tanto, al presentarse un cambio de forma en el proceso globalizador, no es de extrañarse que aquellos regímenes que se vieron favorecidos comiencen a presentar quiebres. En materia normativa, este debilitamiento se vio enmarcado con una multiplicidad de instrumentos que regulan diversas áreas de la esfera internacional (regímenes jurídicos autocontenidos), incluso entrando en contradicción entre ellos a causa de la fragmentación del derecho internacional. La misma situación puede cuestionarse respecto a la soberanía, ya que, si la globalización debilitó al Estado, ¿es la crisis de la globalización un momento para retomar los poderes regulatorios vinculados a la soberanía como atributo del Estado? ¿Es necesario, entonces, una menor regulación en el ámbito internacional?

La respuesta no puede darse en términos cuantitativos, sino cualitativos. La problemática central no es la regulación internacional excesiva, sino la fragmentación del derecho internacional y la colisión entre regímenes auto-contenidos. Tampoco es una problemática que se resuelva desregulando en la esfera internacional, retomando la lógica liberal del *laissez faire, laissez passer*. Un ejemplo claro es el libre comercio, justamente un área que, al regirse por la lógica del mercado, es una de las más reguladas de las relaciones internacionales actuales: normas generales en materia de mercaderías, normas generales en materia de servicios, excepciones a la regla, tratamiento diferenciado según la categoría de los Estados, normas específicas en materia de obstáculos técnicos al comercio, subsidios, salvaguardias, etcétera.

En definitiva, el núcleo del problema no se encuentra en no tener normas, sino en tener mejores normas. En efecto, las manifestaciones que se analizarán en el siguiente apartado, en especial aquellas vinculadas con el régimen de solución de controversias inversor-Estado, tienen como objetivo la construcción de nuevos regímenes o la reforma de los existentes, no su desaparición. Ya sea pensando en la reforma del régimen actual o en la construcción de uno nuevo, la elaboración de normas jurídicas que protejan el espacio de política pública son esenciales.

Las manifestaciones de la transición hacia la soberanía regulatoria

En vista de lo anterior, el reconocimiento de la soberanía regulatoria no solo tiene raíces domésticas, respecto a la toma de decisiones en materia ejecutiva, legislativa y judicial en el interior del Estado. Esta rompe la esfera doméstica y se ramifica hacia el exterior del propio Estado al moldear, abandonar o crear regímenes internacionales vinculados al área de regulación en defensa (proceso desde el interior hacia el exterior).

El abandono del régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado constituye la primera expresión, cuyo hito inicial estuvo en manos de Bolivia en 2007, al denunciar el Convenio de Washington de 1965 y, luego, dar inicio a un proceso de terminación de los TBI que tenía en vigor. El proceso fue seguido por Ecuador y Venezuela, que se retiraron del CIADI en 2009 y 2012, respectivamente, y por Ecuador y Sudáfrica, que terminaron todos o parte de todos los TBI, respectivamente. No obstante, Ecuador modificó esta línea durante la presidencia de Lenín Moreno, que impulsó cambios en el nuevo Código Orgánico de la Producción (2018). El retorno al arbitraje internacional para contratos que superen los 10.000 millones de dólares incorporado a instancia de Moreno es una manifestación de soberanía regulatoria. Al mismo tiempo, se trata de un retroceso en el camino que ese Estado había recorrido como disidente, que termina de consolidarse con la adhesión al Convenio de Washington en 2021.

La segunda manifestación se encuentra en los nuevos modelos de acuerdos que regulan la protección de inversiones. Estos caminan entre la necesidad de reequilibrar el sistema, con las excepciones sectoriales en el CPTPP (o incluso exclusión total en el marco de notas reversales entre algunas de sus partes), la exclusión total de los mecanismos arbitrales de solución de disputas inversor-Estado en el modelo ACFI de Brasil y la creación de un complejo proceso para agotar la jurisdicción doméstica en el modelo de TBI de la India de 2016. A estos podría sumarse el TBI Marruecos-Nigeria, con una consagración y regulación profunda del derecho de regular. Estos acuerdos buscan brindar al mismo tiempo protección a las inversiones extranjeras y proteger el espacio de política pública de los Estados.⁸⁵

En la UE, el 5 de mayo de 2020, se concretó un acuerdo de terminación de los TBI que vincula a veintitrés miembros y que deja sin efecto las cláusulas de ultractividad en estos previstas. Asimismo, la comisión expresó su intención de iniciar procedimientos de infracción (artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la UE) a aquellos miembros que no terminen sus TBI intra-UE.⁸⁶ Este argumento, en definitiva, es una nueva manifestación de la protección del espacio de política pública comunitario y su corazón, es el derecho de regular de la UE. Su consagración dentro del núcleo duro del derecho de la Unión determina que este prime por encima de los tratados que celebran los miembros. En caso de incumplimiento de los tratados fundamentales de la UE, la comisión iniciará procedimientos de infracción.

Asimismo, el sistema de tribunales de inversiones propuesto por la UE en los tratados bilaterales con terceros Estados, como el caso del CETA, es otra manifestación del camino que están transitando algunos Estados para cambiar el régimen internacional. La comisión ya cuenta con mandato del consejo para la negociación de un acuerdo multilateral, acuerdo que, de concretarse, presentaría una alternativa real al CIADI u otros foros actuales, siendo en el comienzo regímenes internacionales paralelos. No obstante, es criticable que el tribunal de la UE al entender sobre el caso Achmea considere a los arbitrajes intra-UE contrarios al derecho de la Unión, pero no así al sistema de tribunales de inversiones previsto en el CETA. Si bien hay una reivindicación del espacio de política pública, la dualidad en la postura es una extensión de su problemática interna.

Ahora bien, estas manifestaciones son puntuales, no abarcan a la totalidad de Estados miembros del régimen internacional, pero se están dando a paso firme. No es posible afirmar que el nuevo concepto de *soberanía* se encuentra consolidado, sino que se está cristalizando, esto es, está en *status nascendi*. Se podría señalar que esas manifestaciones no se dan solo en el régimen

85 Un análisis particular del modelo de TBI de la India de 2016 se puede encontrar en Bas Vilizzio (2019a).

86 «(It) regrets that a small minority of Member States has not been able to endorse the text». (Bilaterals, 2019).

de solución de controversias inversorEstado. La solución de controversias que involucran a Estados soberanos, en general, es el caldo de cultivo para nuevos desarrollos que impacten en la soberanía. El motivo es la posibilidad de revisión de las políticas soberanas ante la obligación de cumplir con resoluciones jurisdiccionales o administrativas. Si bien el centro de este trabajo es el régimen de solución de controversias inversor-Estado, a continuación se manejarán ejemplos que muestran que existen manifestaciones de la soberanía regulatoria aun fuera de él.

El primero de ellos es en el marco de la actual crisis del Órgano de Apelación de la OMC y el bloqueo estadounidense al nombramiento de nuevos miembros o renovación de los mandatos de los actuales. La justificación es la oposición a la interpretación que el propio órgano hace sobre el incumplimiento de reglas de funcionamiento, en especial la regla 15: los miembros siguen en actividad entendiendo en los casos en los que estaban trabajando una vez expirado su mandato. La posición de Estados Unidos demuestra una reacción frente a la imposibilidad de ejercer su derecho a tomar decisiones en la OMC y, dadas las características del sistema, su negativa torna imposible el consenso.

Asimismo, la excepción de seguridad que argumenta Estados Unidos para el aumento de los aranceles al acero y al aluminio, piedra angular de una serie de disputas contra Estados Unidos en la OMC,⁸⁷ se basa en una norma amplia que da espacio a la interpretación de diversas medidas tomadas en su marco al indicar que:

No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que: [...]

b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas:

- i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;
- ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;
- iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional (artículo XXI: Excepciones relativas a la seguridad, GATT).

En la controversia entre Ucrania y Rusia (caso número DS512), el 26 de abril de 2019, el Órgano de Solución de Diferencias adoptó el informe del

87 Disputas en orden cronológico conforme a la solicitud de inicio de consultas: DS544 (China), DS547 (India), DS548 (UE), DS550 (Canadá, resuelta por acuerdo de partes), DS551 (México, resuelta por acuerdo de partes), DS564 (Turquía, resuelta por acuerdo de partes), DS552 (Noruega), DS556 (Suiza). Datos disponibles en <https://www.wto.org/>

grupo especial⁸⁸ que establece que Rusia no cumplió con los requisitos del artículo XXI y, por tanto, no puede considerarse que se configuró una excepción a la libertad de tránsito entre ambos Estados. Esta resolución es contraria a los intereses de Estados Unidos. Sin embargo, si se considera que la conducta estadounidense se enmarca en el artículo XXI del GATT (en particular, el inciso i del literal b),⁸⁹ debe reconocerse que se trata de un área cuyo proceso de toma de decisiones se da en el ámbito doméstico y no internacional (Rodrik, 2019). Constituye una reivindicación del espacio de política pública, aunque vinculado también con la soberanía westfaliana por las propias características de la seguridad nacional como actividad estatal.

Este marco da fuerza a los cuestionamientos del expresidente Trump respecto a los efectos negativos del multilateralismo sobre Estados Unidos, en especial en términos antitéticos: seguridad nacional vs. libre comercio, o más simplemente, la defensa del espacio de política pública en materia de seguridad como argumento frente a la arquitectura jurídica básica del comercio multilateral. En efecto, la reivindicación soberanista durante la Administración Trump puso en jaque «los pilares históricos sobre los cuales descansaba la hegemonía de Estados Unidos»: el libre comercio, el multilateralismo y la articulación de la alianza transatlántica (Tussie, 2019, pp. 109-110).

Asimismo, es un tema que excede la narrativa netamente comercial y que se mueve hacia una narrativa geopolítica-militar que asienta el poder estatal en la seguridad nacional. La gravitación de la seguridad nacional dentro del papel del Estado lleva a que Strange afirme que la estructura de la seguridad está construida con base en la figura del Estado, como actor que históricamente tuvo el monopolio del uso de la fuerza (Strange, 1994, posición 1049), aunque en la actualidad haya perdido exclusividad.

Por otra parte, el hecho de que los argumentos vengan de la mano de Estados Unidos, un actor del clásico centro imperial, genera mayor tensión sobre el sistema multilateral del comercio. Esta tensión se presenta en términos de quién la genera (Estados Unidos como potencia del clásico centro imperial, pero también como el primer importador de mercaderías del mundo y como segundo exportador), a quién se enfrenta (China como nueva potencia, pero también como primer exportador del mundo y como segundo importador) y cuáles son los efectos institucionales en la OMC (bloqueo del consenso en la toma de decisiones).⁹⁰

88 Texto del informe del Órgano de Solución de Diferencias (WT/DS512/7) disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512-7.pdf>
Texto del informe del grupo especial (WT/DS512/R) disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/512.R.pdf>

89 Examinar si la conducta de Estados Unidos se enmarca en el artículo XXI del GATT excede los objetivos de este trabajo.

90 Conforme a datos de 2019 de la Sección de Estadísticas de la OMC disponibles en <https://data.wto.org/>

Podría argumentarse que la posición de Estados Unidos es un ejemplo más de la capacidad que tienen los Estados centrales de incumplir normas internacionales sin efectos negativos para sí mismos. En efecto, en 1982, durante la vigencia del GATT de 1947, Strange ya había señalado como limitación de la teoría de los regímenes internacionales que el incumplimiento de las normas se había multiplicado en vez de descender por efecto de la construcción de un régimen internacional. Sin embargo, el cumplimiento de la norma debe estar apoyado por mecanismos de solución de controversias que permitan evaluar la conducta, que determinen un castigo y que permitan volver al *status quo* inicial. Asimismo, estos mecanismos deben ser legítimos, en términos jurídicos y sociológicos, para no perder credibilidad.

En definitiva, la conducta estadounidense, ajena al régimen de solución de controversias inversor-Estado, es también una muestra de la resistencia del modelo relacional que propone Consani (2008) en el marco institucional del siglo XXI. El Estado, como actor principal del modelo relacional, vuelve a reivindicar su papel y centralidad en medio de un modelo institucionalizado que incluye otros actores. Esto no significa que exista una reivindicación de un sistema sin represión del poder. La resistencia se presenta con elementos puntuales (en especial, en el papel del Estado) y no implica un regreso completo al modelo anterior.⁹¹ En la misma línea se mueven los ejemplos vinculados a la crisis de la covid-19 y las vacunas que se analizaron antes.

Otro ejemplo que está fuera del régimen de solución de controversias inversor-Estado también fue tratado en este capítulo y es el proceso de negociación de un instrumento vinculante en materia de derechos humanos y empresas transnacionales (en la actualidad, en etapa de proyecto revisado). Si bien los cambios entre la propuesta inicial de Ecuador y el proyecto revisado son profundos, estos constituyen un paso hacia el reclamo de mayores poderes regulatorios por parte de los Estados para investigar y juzgar los actos corporativos que sean contrarios a los derechos humanos. Al dejar esta tarea exclusivamente en manos de los tribunales domésticos, la extensión hacia el exterior de los Estados y la construcción de un nuevo régimen internacional sin mecanismos propios de solución de controversias generan un panorama futuro más difuso.

Sin perjuicio de lo anterior, Sassen plantea que, así como la globalización debilitó al Estado y fortaleció a los actores no estatales (por ejemplo, las empresas transnacionales), el actual proceso de crisis de la globalización no necesariamente generará un efecto contrario o una vuelta de un cierto tipo de poder o control en manos del Estado (comunicación personal, 26 de octubre de 2019). El efecto de las altas finanzas sobre los Estados (deuda pública) y los ciudadanos (por ejemplo, la crisis de la deuda de los préstamos

91 Es importante recordar que los modelos son ideales, por tanto, no se visualizan de manera completa o perfecta en el sistema internacional, ya que se manifiestan tensiones entre el modelo imperante y la resistencia del anterior.

universitarios de Estados Unidos) es un ejemplo del poder de los actores no estatales, sin que el Estado cuente con mayor incidencia.

Por tanto, de haber manifestaciones de una nueva definición de *soberanía*, Sassen considera que estas pueden variar de Estado a Estado, e incluso dentro de cada Estado pueden darse fenómenos contrarios. La profesora ejemplifica con Estados Unidos, que, al mismo tiempo de facilitar «el auge y las ganancias del sistema de altas finanzas, no apoyó a la banca tradicional, que ha perdido mucha capacidad bajo las nuevas condiciones» (Saskia Sassen, comunicación personal, 26 de octubre de 2019). Al tratarse de un concepto en construcción, esta consideración resulta relevante, ya que los ejemplos que se plantean en este apartado son una muestra de que, a escala global, aún no hay convergencia en las respuestas.

Conclusiones del capítulo

El concepto de *soberanía* no ha perdido vigencia en el siglo xxi; sin embargo, es un concepto mutable conforme a la realidad del sistema internacional y a los intereses de sus actores en general, no exclusivamente de los Estados. Si bien Krasner (2001) plantea una evolución histórica de la soberanía en cuatro proyecciones (de interdependencia, westfaliana, interna y legal internacional), el autor no desarrolló una proyección basada en la defensa del espacio de política pública frente a actores estatales o no estatales. En este capítulo, se concluye que existe una transición hacia un nuevo concepto de *soberanía* (soberanía regulatoria).

La nueva definición conduce a dar una respuesta a la constatación de Sornarajah (2015) respecto a «las crecientes demandas de equilibrio de la protección de las inversiones, que incluya otros objetivos del derecho internacional, como ser la erradicación de la pobreza, la protección del medio ambiente y la promoción de los derechos humanos» (p. 75, traducción propia).⁹² En concreto, la soberanía regulatoria busca defender el espacio de política pública de los Estados, en cuyo corazón se encuentra el derecho de regular. Dado que el concepto aún no está cristalizado, su contenido no está delimitado. En cuanto al papel de los Estados, es fundamental la inclusión en los tratados de un elenco de temas a ser protegidos y que no puedan ser vulnerados por otras normas internacionales.

Al tratarse de un régimen internacional construido mayoritariamente en función de densas redes de acuerdos bilaterales, la reconstrucción del régimen también responde a esa complejidad. La UE representa un caso excepcional por la plurilateralidad y por la dualidad en sus medidas: al exterior

92 «The increasing demands for the balancing of investment protection with other aims of international law, such as the eradication of poverty, the protection of the environment and the promotion of human rights».

plantea una propuesta del sistema de tribunales de inversiones (bilateral en el CETA y multilateral como escenario futuro) y al interior, en el acuerdo del 24 de octubre de 2019, veintidós miembros establecen la denuncia de sus TBI intrabloque por ser contrarios al derecho de la Unión. Por otra parte, la excepción de las medidas de control del tabaco en el CPTPP también constituye una manifestación plurilateral, aunque más acotada a un área en particular. Las restantes expresiones en esta línea tienen carácter bilateral, por tanto, su sumatoria aportará a la reconstrucción del régimen, aunque la multiplicidad y heterogeneidad de actores estatales enlentece la cristalización de los cambios, incluso desdibuja sus márgenes.

La reconstrucción del régimen mediante nuevos tratados o alternativas institucionales es una proyección de la soberanía regulatoria desde el interior de los Estados hacia el exterior, que complementa las ideas de Krasner (2011) en torno a que las instituciones internacionales moldean las estructuras internas de los Estados. Asimismo, comprueba que en un régimen que sigue un modelo institucionalizado, en palabras de Consani (2008), resisten vestigios del modelo relacional.

Ahora bien, la labor de los tribunales arbitrales también impacta en la delimitación de las áreas dentro del derecho de regular o, de manera más amplia, del espacio de política pública. En palabras de Perrone (2019), «están dando forma y definiendo el derecho del Estado de regular» (p. 17, traducción propia)⁹³ al interpretar y aplicar al caso concreto las disposiciones de los tratados. Independientemente de que la jurisprudencia arbitral haya incorporado el principio de proporcionalidad —teniendo en cuenta el abordaje del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sornarajah, 2015, p. 365)—, disposiciones poco claras, laxas o que dejan un margen de maniobra para la interpretación en sede arbitral, entraña un peligro: su aplicación queda supeditada a la interpretación caso a caso. De esta manera se desvanecen los límites del derecho de regular.

En un contexto histórico, la transición hacia la soberanía regulatoria surge como una de las aristas de la crisis de la globalización. La globalización coadyuvó al régimen de solución de controversias inversor-Estado al propulsar el debilitamiento del Estado como actor global, el ascenso de nuevos actores no estatales —como las empresas transnacionales— y la centralidad del mercado. La crisis de la globalización mostró las limitaciones del mercado e interpeló al Estado a reclamar sus poderes regulatorios disminuidos. Por este motivo, las manifestaciones de la transición a un nuevo concepto de *soberanía* tienen lugar desde 2007 en adelante. La crisis del multilateralismo también da un marco a este proceso de cambio, en particular si se tiene en cuenta que las instituciones de Bretton Woods son fuertemente cuestionadas

93 «They are shaping and defining the public right to regulate».

y que el sistema de solución de disputas de la OMC, en particular el Órgano de Apelación, no escapa a la necesidad de reforma.

En este marco podría inferirse que las empresas transnacionales han perdido poder, más si se parte de la base de que el régimen internacional funciona en términos de un juego de suma cero. No obstante, la evidencia empírica y las opiniones de los especialistas consultados llevan a concluir que no hay una pérdida de poder, sino una transformación de las empresas transnacionales. Puntualmente, en materia de solución de controversias inversor-Estado, el surgimiento del mercado de los seguros a las inversiones en el exterior es un ejemplo de nuevas modalidades de protección frente a los riesgos de invertir en el exterior.

En la reconstrucción del régimen internacional de protección de inversiones en general, o del régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado en particular, también impactan los cambios producidos en otros regímenes. En efecto, el instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas (proyecto revisado) —analizado en el segundo capítulo de este libro— es interpretado por la Unctad (2003) como una manifestación de la búsqueda de balance en el régimen de protección de inversiones. El texto fortalece las jurisdicciones domésticas, pero no crea un tribunal internacional con competencia en la materia o que permita un cruce entre el derecho de las inversiones y el derecho de los derechos humanos.

En consecuencia, la pregunta a responder sería si es posible que exista un verdadero balance que provenga del exterior del régimen. En vista del análisis de las características del proyecto revisado, es posible sostener que, si bien coadyuva a la reconstrucción de un régimen más justo que proteja de manera balanceada el espacio de política pública de los Estados y la generación de riqueza de las empresas transnacionales, el balance debería forjarse dentro del propio régimen de protección de inversiones. Acuerdos como el TBI entre Marruecos y Nigeria, el modelo de TBI de la India de 2016 y los ACFI (entre otros) —cada uno con sus particularidades— se encaminan a sentar las nuevas bases jurídicas. De lo contrario, si la visión de los regímenes continúa siendo separada y autonómica, se seguirá abonando la tesis del pluralismo jurídico y se tirará por tierra una concepción integral y no fragmentada del derecho internacional.

Hacia la soberanía regulatoria: una visión en conjunto

Este trabajo buscó dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿Ha evolucionado el concepto de *soberanía* hacia una nueva definición, que parte de supuestos diferentes de los que propone Krasner, explicativa de los cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado? De ser así, ¿qué características tiene y en qué se fundamenta? Del análisis presentado surgen tres conclusiones principales. En primer lugar, en el sistema internacional, hay manifestaciones de la transición hacia un nuevo concepto de *soberanía*: la soberanía regulatoria. Sin embargo, este concepto está en construcción. Su base es la defensa del espacio de política pública del Estado y tiene en su centro el derecho de regular, cuya erosión o condicionamiento en el marco de los procesos de solución de controversias inversor-Estado fue reconocido por la Unctad en 2003.

Las áreas susceptibles de regulación aún no están definidas en su totalidad. De los tratados internacionales analizados se infiere que deben incluirse la protección del medioambiente, la protección de los derechos humanos o la seguridad nacional como áreas generales y la protección de la salud pública o las medidas de control del tabaco en particular. La soberanía regulatoria muestra una evolución hacia un concepto que parte de la idea contraria a la manifestada por la CPIJ en 1923 en el caso del vapor Wimbledon: la soberanía no puede verse erosionada por la asunción de compromisos internacionales por parte del Estado. En concreto, se perfila la existencia de un interés estatal en no ceder frente al régimen de solución de controversias inversor-Estado, por tanto, un inversor extranjero no podría iniciar un mecanismo de solución de disputas ante medidas de este tipo.

La segunda conclusión a la que se llega en este trabajo es que las manifestaciones de la evolución hacia un nuevo concepto de *soberanía*, aún en transición, tienen lugar en el marco de la crisis de la globalización, del cuestionamiento de la legitimidad del multilateralismo y del reclamo de un papel más activo del Estado producto de la crisis de la covid-19. El proceso actual de crisis de la globalización deja de manifiesto profundos cambios en la distribución del poder a escala global, el modelo de la transnacionalización de la producción, la gobernanza nacional e internacional y las dimensiones sociales y ambientales del modelo. Este fenómeno se superpone y retroalimenta con la crisis del multilateralismo. Los quiebres en el régimen de solución de controversias inversor-Estado se nutren de los quiebres en la globalización y el multilateralismo, en particular el planteo de algunos Estados de recobrar sus poderes regulatorios.

En tercer lugar, se concluye que las manifestaciones de la transición hacia el concepto de *soberanía regulatoria* son las siguientes: el abandono

del régimen internacional —Bolivia, Ecuador (2009-2021), Venezuela, Sudáfrica (de manera parcial)— y la celebración de tratados que buscan un balance o excluir el régimen —los ACFI de Brasil, el CPTPP por la excepción de las medidas de control del tabaco y el modelo de TBI de la India de 2016—. A estos ejemplos debe sumarse el TBI Marruecos-Nigeria, con un enfoque más profundo de la protección del espacio de política pública. La soberanía regulatoria no es un concepto que se aplique con exclusividad al ámbito doméstico de los Estados, sino que se extiende hacia el exterior y moldea las instituciones internacionales —como demuestran los ejemplos anteriores—.

El caso de la UE es paradigmático, fragmentado y, por ende, más complejo, al presentar una dualidad en su postura ante el régimen. En su interior, el 5 de mayo de 2020, veintitrés miembros celebraron un acuerdo plurilateral por el cual dan término a sus TBI intra-UE, ya que, a consecuencia del caso Achmea, consideran que el régimen de solución de controversias inversor-Estado es contrario al derecho de la Unión. En su exterior, el sistema de tribunales de inversiones previsto en el CETA con Canadá es considerado compatible con las normas comunitarias, sin infringir el espacio de política pública. Asimismo, los TBI con Estados no comunitarios no son cuestionados.

Otras manifestaciones de la soberanía regulatoria pueden visualizarse en áreas ajenas a la del régimen internacional bajo estudio. A modo de ejemplo, pueden citarse la crisis del Órgano de Apelación de la OMC (cristalizada en 2019) y la excepción de seguridad nacional que argumentó la Administración Trump (2017-2021) para aumentar los aranceles al acero y al aluminio, y que dio lugar a una tensa relación con China, tema que trasciende al propio Estado y que deriva en la arquitectura del sistema internacional en torno al concepto de *poder*. Por consiguiente, esta problemática muestra aristas heterogéneas, que pueden variar de Estado a Estado, y obstaculiza la cristalización del nuevo concepto de *soberanía* a escala global.

En suma, tomando como punto de partida las cuatro proyecciones de la soberanía propuestas por Krasner (soberanía de interdependencia, soberanía legal internacional, soberanía westfaliana y soberanía interna), se percibe una transición hacia la soberanía regulatoria. Esta tiene como centro la protección del derecho de regular, pero, al encontrarse en construcción, aún no está delimitado específicamente su contenido. De los instrumentos internacionales analizados, pueden inferirse la protección de los derechos humanos, la protección del medioambiente y la seguridad nacional.

En el régimen internacional bajo análisis, la soberanía regulatoria excede una mirada exclusiva a la esfera doméstica del Estado y se extiende hacia el exterior al buscar moldear el régimen mediante nuevas normas e instituciones que involucren la protección del derecho de regular (proceso desde el interior hacia el exterior). Por consiguiente, en el camino que lleva a una

reconfiguración del régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado, un nuevo principio se deriva del principio general y se suma a los siete ya existentes. El principio de protección del derecho de regular busca limitar el principio general de protección de la inversión extranjera. Este proceso aún no está consolidado.

Bibliografía

- AMIN, T. (2021, enero 29). The folly of hoarding knowledge in the covid-19 age. *Foreign Affairs*.
- ARATO, J. (2015). Corporations as Lawmakers. *Harvard International Law Journal*, 56(2), 229-295. Recuperado de <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1834&context=faculty>
- ARREDONDO, R., y Godio, L. (2019). La crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 7(13), 163-179. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a7.n13.p163>
- ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS DE ALEMANIA (2016). Opinion on the establishment of an investment tribunal in TTIP the proposal from the European Commission on 16.09.2015 and 11.12.2015 (Documento n.º 04/16). Recuperado de https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf
- BARREIROS, L. (2008). *Contemporary international law and the question of the sovereignty: an attempt at reconciliation* (Written work for the LL.M. degree at Harvard Law School). Recuperado de https://www.academia.edu/1855862/Contemporary_International_Law_and_the_Question_of_Sovereignty_An_Attempt_at_Reconciliation
- BAS VILIZZIO, M. (2017a). *América del Sur frente a los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?* Montevideo: Universidad de la República.
- (2017b). Philip Morris contra Uruguay: protección de inversiones, soberanía y salud pública. En J. ECHAIDE (Dir.), *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CLADI, los TBI y los derechos humanos* (pp. 81-106). Montevideo: BdeF.
- (2018). Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencia del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales? *Relaciones Internacionales*, 27(54), 163-178. <https://doi.org/10.24215/23142766e032>
- (2019a). ¿Hacia una nueva era en los acuerdos de inversiones? Soberanía y reforzamiento de la jurisdicción doméstica en el nuevo modelo de TBI de la India. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, (11), 111-128. Buenos Aires: IJ Editores.
- (2019b). *Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado*. Documentos de Trabajo, (21), segunda época. Madrid: Fundación Carolina. Recuperado de https://www.fundacion-carolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf
- (2019c). Acuerdo Mercosur-UE: un acuerdo sin solución de controversias inversor-Estado. *Blog del Área de Relaciones Internacionales de Flacso Argentina*. Recuperado de <http://rrii.flacso.org.ar/acuerdo-mercosur-ue-controversias/>
- (2019d). Protección de los derechos humanos en la solución de controversias inversor-Estado: ¿confluencia o bifurcación de caminos? *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 7(14), 129-148. Recuperado de <http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/359/155214>
- (2020a). ¿Es el fin del arbitraje inversor-Estado en la Unión Europea? *Revista Diplomática*, 2(2), 39-48, segunda época.
- (2020b). Reflexiones sobre la situación del Órgano de Apelación de la OMC. *Revista Diplomática*, 2(1), 21-30, segunda época.

- BAS VILIZZIO, M. (2020c). *Las respuestas a la covid-19 en el laberinto de la solución de controversias inversor-Estado*. Análisis Carolina, (46). Madrid: Fundación Carolina. https://doi.org/10.33960/AC_46.2020
- (2020d). Estado-empresas transnacionales: cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y redefinición de la soberanía a la luz de la protección de los derechos humanos. *Relaciones Internacionales*, 29(59), 272-294. <https://doi.org/10.24215/23142766e116>
- BAS VILIZZIO, M., y NIEVES, M. (2020, diciembre 31). Vacuna contra la covid-19, seguridad humana y mercado. *La Diaria*. Recuperado de <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2020/12/vacuna-contra-la-covid-19-seguridad-humana-y-mercado/>
- BAS VILIZZIO, M., y STANLEY, L. (2021, febrero 27). Protección de inversiones y transición energética: nuevo dilema político. *La Diaria*. Recuperado de <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/2/proteccion-de-inversiones-y-transicion-energetica-nuevo-dilema-politico/>
- BERGER, A., y CHI, M. (2021). The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Stuck half-way? *Columbia FDI Perspectives*, (299). <https://doi.org/10.7916/d8-8fk1-4b32>
- BERICAT, E. (1998). *La integración de los métodos cuantitativo y cualitativo en la investigación social*. Barcelona: Ariel.
- BERMEJO GARCÍA, R. (2015). Las empresas transnacionales como actores y sujetos «potenciales» en la sociedad internacional. En M. DEL C. BARRANCO AVILÉS, Ó. CELADOR ANGÓN y F. VACAS FERNÁNDEZ (Coords.), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho* (pp. 90-116). Madrid: Universidad Carlos III.
- BILATERALS (2019). *EU Member States agree on a plurilateral treaty to terminate bilateral investment treaties*. Recuperado de: <https://www.bilaterals.org/?eu-member-states-agree-on-a&lang=es>
- BIZZOZERO, L. (2017). Introducción. En *Empresas transnacionales y derechos humanos. Seminario realizado el 28 de agosto de 2017* (pp. 7-9). Montevideo: Escuela de Gobierno del Parlamento.
- BOEGLIN, N. (2012, octubre 16). Ecuador y el CIADI: nuevo pulso con posibles repercusiones. *INFORMATICO*. Recuperado de <https://www.informa-tico.com/16-10-2012/ecuador-ciadi-nuevo-pulso-posibles-repercusiones>
- BOHOSLAVSKY, J. (2010). *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Colección Documentos de Proyecto, (326). Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/3769>
- CANÇADO TRINDADE, A. (2007). La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 46, 273-328. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22025.pdf>
- CINGOTTI, N., EBERHARDT, P., GROTEFENDT, N., OLIVET, C., y SINCLAIR, S. (2016). *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. La nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*. Ámsterdam/ Bruselas/Berlín/Ottawa: CCPA, CEO, Amigos de la Tierra Europa, Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo, TNI. Recuperado de https://www.tni.org/files/publication-downloads/el_ics_puesto_a_prueba.pdf
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD) (2003). *World Investment Report 2003. FDI policies for development: national and international Perspectives*. Nueva York/Ginebra: Unctad. Recuperado de https://unctad.org/en/Docs/wir2003light_en.pdf

- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD) (2015). *World Investment Report 2015. Reforming international investment governance*. Nueva York/Ginebra: Unctad. Recuperado de https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf
- (2019, marzo). Reforming investment dispute settlement: a stocktaking. *International Investment Agreements (IIA) Issues Note*, (1). Ginebra: Unctad. Recuperado de https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d3_en.pdf
- CONSANI, N. (2008). *Los modelos en la sociedad internacional contemporánea*. Serie Derecho Internacional Contemporáneo, (1). La Plata: UNLP.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ) (1949). *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion of April 11th, 1949*. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA (1922). *First Annual Report of the Permanent Court of International Justice* (1st January 1922 – 15th June 1925), Series E, (1). Recuperado de: https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/english/5_e.pdf
- DALLE, P., BONIOLO, P., SAUTU, R., y ELBERT, R. (2005). *Manual de metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología*. Colección Campus Virtual. Buenos Aires: Clacso. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D1532.dir/sautu2.pdf>
- DEL ARENAL, C. (2008). Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales. En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2007* (pp. 181-268), (2). Bilbao: Universidad del País Vasco. Recuperado de <https://www.ehu.es/documents/10067636/10755885/2008-Celestino-del-Arenal-Moyua.pdf/bee4d4b7-8329-ee69-8417-ade739351389?t=1539688403000>
- DOLZER, E., y SCHREUER, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press. Oxford.
- DROUBI, S. (2016). Transnational corporations and international human rights law. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 6(1), 119-144. Recuperado de https://discovery.dundee.ac.uk/ws/files/20207562/Transnational_Corporations_and_International_Human_Rights_Law.pdf
- EBERHARDT, P., y OLIVET, C. (2012). *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Bruselas/Ámsterdam: CEO, TNI. Recuperado de https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf
- FERNÁNDEZ ALONSO, J. (2013). Controversias entre Estados e inversores transnacionales: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a República Argentina. *Revista Tempo do Mundo*, 5(1), 45-87. Recuperado de http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/rtm/140903_rtmv5_n1_port_cap2.pdf
- FINANCIAL TIMES (2020, abril 3). Editorial: Virus lays bare the frailty of the social contract. *Financial Times*.
- GAZZINI, T. (2017, mayo 8). Nigeria and Morocco move towards a “new generation” of bilateral investment treaties. *EJIL: Talk!* Recuperado de <https://www.ejiltalk.org/nigeria-and-morocco-move-towards-a-new-generation-of-bilateral-investment-treaties/>
- GHIOTTO, L. (2017). ¿Unctad pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones. En J. ECHAIDE (Dir.), *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CLADI, los TBI y los derechos humanos* (pp. 53-78). Montevideo: BdeF.

- GONZÁLEZ, E. (2017). *Lex Mercatoria* vs. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En *Empresas transnacionales y derechos humanos. Seminario realizado el 28 de agosto de 2017* (pp. 25-29). Montevideo: Escuela de Gobierno del Parlamento.
- GONZÁLEZ, E., HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., MARTIJA, G., y RAMIRO, P. (2018, octubre 19). De qué va el tratado de la ONU sobre empresas y derechos humanos. *El Salto*. Recuperado de <https://www.elsaltodiario.com/multinacionales/tratado-vinculante-onu-ginegra-sobre-empresas-derechos-humanos>
- GRABENDORFF, W. (2017). Los dueños de la globalización. *Nueva Sociedad*, (271), 55-69. Recuperado de <https://nuso.org/articulo/los-duenos-de-la-globalizacion/>
- GTI (2017). Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Asamblea General de la ONU, Documento A/HRC/34/47*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc#:~:text=Informe%20sobre%20la%20segunda%20sesi%C3%B3n%20del%20OEIGWG>
- HARARI, Y.N. (2021, febrero 26). Lessons from a year of Covid. *Financial Times*. Recuperado de <https://www.ft.com/content/f1b30f2c-84aa-4595-84f2-7816796d6841>
- HELD, D. (2018, julio 3). The overlapping crises of democracy, globalization and global governance. *Social Europe*. Recuperado de <https://www.socialeurope.eu/the-overlapping-crises-of-democracy-globalization-and-global-governance>
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. (2017). Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones. *Revista Electrónica de Direito*, (1). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947&orden=0&info=link>
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., y BAPTISTA LUCIO, P. (2010). *Metodología de la investigación* (5.ª ed.). Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana Editores.
- HORTON, R. (2020). Offline: COVID-19 is not a pandemic. *The Lancet*, 396(10255), 874. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6)
- IRURETAGOiena, I. (2018). La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones en los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más). *La Ley Unión Europea*, (60).
- JAGUARIBE, H. (1979). Autonomía periférica y hegemonía céntrica. *Revista Estudios Internacionales*, 12(46), 91-130. Recuperado de <http://www.revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/16458>
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., ARBUET-VIGNALI, H., y PUCEIRO RIPOLL, R. (2005). *Tomo I: Derecho internacional público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- JOMO, K. S., y RODRÍGUEZ, F. N. (2011). Structural causes and consequences of the 2008-2009 financial crisis. En C. CALHOUN y G. DERLUGUIAN (Eds.), *Aftermath. A new global economic order?* (pp. 97-119). Nueva York: NYU Press.
- KAPUR, D. (2019, octubre 18). What next for the Bretton Woods Twins? *Project Syndicate*. Recuperado de <https://www.project-syndicate.org/onpoint/what-next-for-the-bretton-woods-twins-by-devesh-kapur-2019-10>
- KEGLEY, C. W., y BLANTON, S. L. (2012). *World Politics. Trend and Transformation. 2012-2013 Edition*. Boston: Wadsworth.
- KENDRA, T., BRADSHAW, R., y KABBOURI, I. (2017, noviembre 16). The Morocco-Nigeria BIT: a new breed of investment treaty? *Practical Law Arbitration Blog*. Recuperado de <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-morocco-nigeria-bit-a-new-breed-of-investment-treaty/>
- KEOHANE, R. (2006). The contingent legitimacy of multilateralism. En E. NEWMAN, R. THAKUR y J. TIRMAN (Eds.), *Multilateralism under challenge? Power, international order and structural change* (pp.56-76). Nueva York: UNU Press. Recuperado de <https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2470/pdf9280811290.pdf>

- KRASNER, S. (1983). Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. En S. KRASNER (Ed.), *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press.
- (1999). Globalization and sovereignty. En D. A. SMITH, D. J. SOLINGER y S. C. TOPIK (Eds.), *States and sovereignty in the global economy* (pp. 34-52). Londres: Routledge.
- (2001a). *Soberanía, hipocresía organizada*. Barcelona: Paidós.
- (2001b). Abiding sovereignty. *International Political Science Review*, 22(3), 229-251.
- (2009a). *Power, the State, and sovereignty. Essays on international relations*. Nueva York: Routledge.
- (2009b). Think again: sovereignty. *Foreign Policy*. Recuperado de <http://foreignpolicy.com/2009/11/20/think-again-sovereignty/>
- (2011). Changing state structures: outside in. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(4), 21302-21307. <https://doi.org/10.1073/pnas.1100244108>
- LEE, R. (2000). *Unobtrusive methods in social research*. Serie Understanding Social Research. Buckingham: Open University Press.
- LESTER, S., y MERCURIO, B. (2017, diciembre). *Safeguarding policy space in investment agreements*. Institute of International Economic Law Issue Brief Series. Washington: Georgetown University. Recuperado de <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/articles/lester-mercurio-iiel-issue-brief-december-2017.pdf>
- LUND, S., MANYIKA, J., y SPENCE, M. (2019, julio/agosto). The global economy's next winners. *Foreign Affairs*. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2019-06-11/global-economy-next-winners>
- MAYER, J. (2009). Policy space: what, for what, and where? *Development Policy Review*, 27(4), 373-395. Recuperado de https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/gtdw_e/wkshop08_e/mayer_e.pdf
- MITCHELL, J. (2019, junio 7). The long road to the student debt crisis. *The Wall Street Journal*. Recuperado de <https://www.wsj.com/articles/the-long-road-to-the-student-debt-crisis-11559923730>
- MOUYAL, L. (2016). *International Investment Law and the right to regulate. A human rights perspective*. Nueva York: Routledge. Edición de Kindle.
- NIKIÈMA, S. (2013, marzo). *Compensation for Expropriation*. Best Practices Series. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development. Recuperado de https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_en.pdf
- NWEKE-EZE, S. (2017, junio 22). BIT between Morocco and Nigeria—a bold step in the right direction? *Kluwer Arbitration Blog*. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/06/22/bit-morocco-nigeria-bold-step-right-direction/>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (2015a). *Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*. Documento A/70/285. Nueva York: ONU. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/244/88/PDF/N1524488.pdf?OpenElement>
- (2015b). Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el desarrollo sostenible (Resolución n.º A/RES/70/1). Recuperado de https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2004). *“Indirect expropriation” and the “right to regulate” in International Investment Law*. Working Papers on International Investment, (4). Recuperado de https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) (2019). *Aid for trade at a glance 2019. Economic diversification and empowerment*. París: OCDE Publishing. <https://doi.org/10.1787/18ea27d8-en>
- PELLET, A. (2015). Police powers or the State's right to regulate. En M. KINNEAR, G. R. FISCHER, J. M. ALMEIDA, L. F. TORRES y M. U. BIDEGAIN (Eds.), *Building International Investment Law. The first 50 years of ICSID* (pp. 447-462). Washington: Wolters Kluwer.
- PÉREZ BERNÁRDEZ, C. (2010). Tema 16. Otros sujetos no estatales. En V. M. SÁNCHEZ (Dir.), *Derecho internacional público* (pp. 205-216). Barcelona: Huygens Editorial.
- PERRONE, N. (2008). *Inversiones extranjeras. Demandas contra la Argentina por controversias vinculadas con la crisis del año 2001*. Contribuciones del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE). Buenos Aires: UBA. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/demandas.pdf>
- (2019). The “invisible” local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime. *AJIL Unbound*, 113, 16-21. <http://dx.doi.org/10.1017/aju.2018.92>
- POLANCO, R. (2014). Lecciones aprendidas y lecciones por aprender: ¿Qué pueden aprender los países desarrollados de la experiencia de Latinoamérica en disputas sobre inversión extranjera? En *20th Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, Yale University (Lima, 20 al 22 de junio de 2014). Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515265
- PUIG, J. C. (1980). *Doctrinas internacionales y autonomía latinoamericana*. Caracas: Universidad Simón Bolívar.
- (1986). Integración y autonomía de América Latina en las postrimerías del siglo xx. *Integración Latinoamericana*, 11(109), 40-62.
- RAPOPORT, M., y Míguez, M. (2015). Desafíos y ejes para una inserción internacional autónoma de Argentina y América del Sur en el escenario mundial. En J. BRICEÑO RUIZ y A. SIMONOFF (Eds.), *Integración y cooperación regional en América Latina. Una relectura a partir de la teoría de la autonomía* (pp. 143-161). Buenos Aires: Biblos.
- RAUSTIALA, K. (2003). Rethinking the sovereignty debate in International Economic Law. *Journal of International Economic Law*, 6(4), 841-878.
- REGÍ RODRÍGUEZ, J. (2016). La tutela del derecho de la Unión Europea: la cuestión prejudicial y el recurso por incumplimiento. *Revista Estudios Jurídicos*, (16), segunda época. <https://doi.org/10.17561/rej.n16.a6>
- REMIRO BROTONS, A. (2007). *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RICAURTE HERRERA, C. (2012). Las razones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI: análisis y evaluación del caso cms contra Argentina. *Foro: Revista de Derecho*, (18). Recuperado de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/416>
- ROCHA POSTIGA, A. (2013). A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto. *Revista de Direito Internacional*, 10(1), 171-193. doi:10.5102/rdi.v10i1.2369
- RODRIK, D. (2010). *La paradoja de la globalización*. Barcelona: Antoni Bosch.
- (2019, junio 11). Can global rules prevent national self-harm? *Project Syndicate*. Recuperado de <https://www.project-syndicate.org/commentary/global-rules-cannot-prevent-domestic-policy-mistakes-by-dani-rodrik-2019-06>
- ROSAS CASTAÑEDA, J. (2007). Hacia el jus standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)*, (3), 80-89. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24782.pdf>

- RUSSELL, R., y TOKATLIAN, J. (2001). De la autonomía antagónica a la autonomía relacional: una mirada teórica desde el Cono Sur. *PostData*, (7), 71-92. Recuperado de <http://www.revistapostdata.com.ar/2011/12/de-la-autonomia-antagonica-a-la-autonomia-relacional-una-mirada-teorica-desde-el-cono-sur-roberto-russell-juan-tokatlian/>
- SANAHUJA, J. A. (2009). Desequilibrios globales: el impacto de la crisis en los países en desarrollo. En M. MESA (Coord.), *Crisis y cambio en la sociedad global. Anuario 2009-2010* (pp. 27-61). Madrid: CEIPAZ. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3059499.pdf>
- (2013). Narrativas del multilateralismo: «efecto Rashomon» y cambio de poder. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (101), 27-54. Recuperado de https://www.cidob.org/es/content/download/58762/1527308/version/2/file/27-54_JOSE%20ANTONIO%20SANAHUJA.pdf
- (2018). Crisis de globalización, crisis de hegemonía: un escenario de cambio estructural para América Latina y el Caribe. En A. Serbin (Ed.), *América Latina y el Caribe frente a un nuevo orden mundial: poder, globalización y respuestas regionales* (pp. 37-68). Barcelona: Icaria Editorial. Recuperado de <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2018/06/007-Sanahuja.pdf>
- (2020). COVID-19: riesgo, pandemia y crisis de gobernanza global. En M. MESA (Coord.), *Riesgos globales y multilateralismo: el impacto de la COVID-19. Anuario 2019-2020* (pp. 275-4). Madrid: CEIPAZ. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/60555/1/1%CC%81ndice%20y%20cap%20Sanahuja.pdf>
- (2008). ¿Un mundo unipolar, multipolar o apolar? La naturaleza y la distribución del poder en la sociedad internacional contemporánea. En *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2007* (pp. 297-384). Bilbao: Universidad del País Vasco. Recuperado de https://eprints.ucm.es/42540/1/Un_mundo_unipolar_multipolar_o_apolar_E.pdf
- SÁNCHEZ, L. E. (2013). *Condicionantes internos de la política exterior argentina. La participación del cuerpo decisorio legislativo en el diseño de la agenda internacional de la política exterior argentina (1999-2003)* (Tesis doctoral, Universidad Nacional de La Plata, La Plata). Recuperado de <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.806/te.806.pdf>
- SASSEN, S. (2001). ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización. Barcelona: Ediciones Bellaterra.
- (2007). *Una sociología de la globalización*. Buenos Aires: Katz Editores.
- (2010). Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas. En G. TEUBNER, S. SASSEN y S. KRASNER, *Estado, soberanía y globalización* (pp. 103-122). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- (2011). A savage sorting of winners and losers, and beyond. En C. CALHOUN y G. DERLUGUIAN (Eds.), *Aftermath. A new global economic order?* (pp. 21-38). Nueva York: NYU Press.
- SCHILL, M. A. (2017). Inversiones y derechos humanos: avances en terrenos del *soft law*. En J. Echaide (Dir.), *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos* (pp. 145-172). Montevideo: BdeF.
- SCHILL, S., y VIDIGAL, G. (2018). *Cutting the Gordian Knot: Investment Dispute Settlement à la Carte*. Ginebra-Washington D.C.: ICTSD-IDB. Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/rta_exchange_-_investment_dispute_settlement_-_schill_and_vidigal.pdf
- SCHNEIDER-PETSINGER, M. (2019, octubre 2019). Stretching the rules will not save global trade. *Financial Times*. Recuperado de <https://www.ft.com/content/92497c3e-e9bc-11e9-aefb-a946d2463e4b>

- SINGER, M. (2009). *Introduction to syndemics. A critical systems approach to public and community health*. San Francisco: Jossey-Bass.
- SORNARAJAH, M. (2015). *Resistance and change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- STRANGE, S. (1982). Cave! hic dragones: a critique of regime analysis. *International Organization*, 36(2), 479-496.
- (1994). *States and markets*. Londres: Bloomsbury Publishing. Edición de Kindle.
- (1995). 1995 Presidential Address ISA as a Microcosm. *International Studies Quarterly*, 39(3), 289-295.
- (2001). *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*. Barcelona: Intermón Oxfam.
- TEITELBAUM, A. (2014, mayo 27). Nueva iniciativa para terminar con la impunidad de las sociedades transnacionales. *Rebelión*. Recuperado de <https://rebelion.org/nueva-iniciativa-para-terminar-con-la-impunidad-de-las-sociedades-transnacionales/>
- TEUBNER, G. (1997). Global Bukowina: legal pluralism in the world society. En G. TEUBNER (Ed.), *Global Law without a State* (pp. 3-28). Brookfield: Dartmouth.
- THE ECONOMIST (2017, enero 28). The retreat of the global company. *The Economist*, 14-18.
- (2019, enero 26). The global list. *The Economist*, 23-26.
- THEILBÖRGER, P., y ACKERMANN, T. (2017). A treaty on enforcing human rights against business: closing the loophole or getting stuck in a loop? *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 24(1), 43-79. Recuperado de <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol24/iss1/3>
- TITI, C. (2014). *The right to regulate in International Investment Law*. Múnich: Nomos.
- TOMASSINI, L. (2006). El mundo y la sociedad en la era de la globalización. *Revista de Estudios Internacionales*, (154), 2355. Recuperado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/download/14470/18971/>
- TORREELE, E., LISHI LI, H., y MAZZUCATO, M. (2020, diciembre). ¿Vacunas para la salud de la gente o del capital? *Nueva Sociedad*. Recuperado de <https://nuso.org/articulo/vacunas-para-la-gente-o-para-el-capital/>
- TUSSIE, D. (2006). Nuevo enfoque del multilateralismo en una economía globalizada. *Taller a Distancia «Integración y Desarrollo Sostenible» CLAES 2006*. Recuperado de https://www.academia.edu/32450626/Nuevo_enfoque_del_multilateralismo_en_una_econom%C3%ADa_globalizada
- (2019). La reconfiguración global: su capítulo en vivo para América Latina. En J. ALTMANN (Ed.), *América Latina frente a la reconfiguración global* (pp. 107-119). San José de Costa Rica: Flacso. Recuperado de <https://www.upeace.org/files/Publications/Geopolitica%20Global%20FLACSO%202019.pdf>
- VAN HARTEN, G., y LOUGHLIN, M. (2006). Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. *European Journal of International Law*, 17(1), 121-150. <https://doi.org/10.1093/ejil/chi159>
- WAGNER, M. (2014). Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 36(1). Recuperado de <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol36/iss1/1>
- WEBB, E. (1981). *Nonreactive measures in the social sciences*. Dallas: Houghton Mifflin.
- WERHANE, P. (2015). Corporate moral agency and the responsibility to respect human rights in the UN guiding principles: Do corporations have moral rights? *Business and Human Rights Journal*, 1(1), 5-20. <https://doi.org/10.1017/bhj.2015.1>
- ZELICOVICH, J. (2019). La crisis de la OMC y el trilema de las negociaciones comerciales internacionales. *Revista Relaciones Internacionales*, 92(1), 1-21. <https://doi.org/10.15359/ri.92-1.1>

Lista de siglas

ACFI	Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (Brasil)
BM	Banco Mundial
CDH	Consejo de Derechos Humanos
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement (Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá)
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPJI	corte Permanente de Justicia Internacional
CPTPP	Comprehensive and Progressive Transpacific Partnership (Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico)
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATS	General Agreement on Trade in Services (Acuerdo General sobre Comercio de Servicios)
GATT	general Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio)
GTI	Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (Consejo de Derechos Humanos)
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SOE	State owned enterprises (Empresas de propiedad estatal)
TBI	Tratado bilateral de inversiones
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratado de libre comercio
TPP	Transpacific Partnership (Acuerdo de Asociación Transpacífica)
UE	Unión Europea
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)
UNCTAD	United Nations Conference for Trade and Developmet (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)

Apéndice I. Currículos de las y los entrevistados

José Augusto Fontoura Costa

Obtuvo el título de grado en Derecho Internacional en la Universidad de San Pablo (Brasil) y el doctorado en Derecho Internacional en la misma universidad. Es profesor asociado de la Universidad de San Pablo y profesor de la Facultad de Derecho de Sorocaba (Brasil).

Es miembro del cuerpo editorial y revisor de numerosas publicaciones brasileras e internacionales en su especialidad. Ha actuado principalmente en los siguientes temas: inversión extranjera, regímenes internacionales, globalización, contratos internacionales, derecho del comercio internacional y acuerdos internacionales de inversión.

Alejandro Garro

Es profesor adjunto e investigador sénior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado de la Universidad de Columbia. Con anterioridad a esa fecha, fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Luisiana. Asimismo, es Profesor visitante en numerosas universidades e instituciones del mundo.

Es miembro del grupo de expertos de Unidroit en la preparación de los principios internacionales de contratos y miembro de paneles arbitrales de la Asociación Americana de Arbitraje, la Asociación Nacional de Futuros, la Federación Argentina de Arbitraje y Conciliación, la Cámara de Comercio Internacional, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres y el Centro de Resolución de Disputas de Asociación Nacional de Concesionarios de Valores.

Juan Hernández Zubizarreta

Es doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) y profesor del Departamento de Derecho de la Empresa en dicha universidad. Es investigador del Observatorio de Multinacionales en América Latina. Es autor de diversos libros y artículos sobre distintas cuestiones relacionadas con las empresas transnacionales, los derechos humanos, la responsabilidad social corporativa y la crisis de los sistemas normativos en la globalización económica. Es miembro de la red Desmantelando el Poder Corporativo y colaborador del Tribunal Permanente de los Pueblos.

Felipe Michellini

Fue un abogado especializado en derechos humanos y justicia internacional en la Universidad de la República (Uruguay), con una maestría (LL.M) en la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia (Nueva York). Ejerció como miembro del Consejo de Dirección del Fondo Fiduciario de la Corte Penal Internacional en Beneficio de las Víctimas, así como del Grupo de Trabajo por Verdad y Justicia. Fue presidente de la Delegación Uruguaya en la Comisión Administradora del Río de la Plata. En la Universidad de la República se desempeñó como profesor adjunto de Derechos Humanos y coordinador de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos radicada en el Rectorado de dicha institución. Fue diputado durante el período 1995-2015.

Fabio Morosini

Es profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho en la Universidad Federal de Río Grande del Sur (Brasil), donde dirige el Centro para el Derecho, la Globalización y el Desarrollo, y trabaja con temas relacionados con el comercio internacional, las inversiones internacionales y los métodos en derecho. Es investigador del Consejo Nacional de Ciencia y Desarrollo Tecnológico de Brasil. Fue investigador Global Hauser en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York (2015-2016).

Es doctor y máster en Derecho de la Universidad de Texas y máster de la Universidad de París 1 (Instituto de Ciencia Política). Hizo su posdoctorado en la Organización Mundial del Comercio.

Cecilia Olivet

Es licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad de la República (Uruguay) y máster en Política Internacional y Asia Meridional de la Universidad de Warwick (Reino Unido). Está especializada en la agenda de comercio e inversión de la UE y en el régimen internacional de inversiones. En 2005, comenzó a trabajar en el Transnational Institute (TNI), donde participa en el equipo del programa Justicia Económica y donde coordina el proyecto Comercio e Inversiones, al que contribuye con investigaciones y análisis, dinamización de campañas y facilitación de redes. Es integrante activa de la red Seattle to Brussels (S2B) y la red EU-ASEAN FTA.

De 2013 a 2015, presidió la Caitisa, establecida por decreto presidencial para auditar los TBI y los casos de arbitraje internacional de Ecuador.

Saskia Sassen

Es profesora de Sociología de la cátedra Robert S. Lynden de la Universidad de Columbia y miembro del Comité sobre Pensamiento Global. Obtuvo un máster y un doctorado en Sociología y Economía en la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos), un máster en Filosofía en Francia y un posdoctorado en el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Harvard.

Su obra incluye publicaciones sobre urbanismo en el plano global y estudios sobre las cuestiones del poder y la desigualdad derivados de los procesos de globalización. Entre sus libros se incluyen *Expulsiones. Brutalidad y complejidad de la economía global* (Harvard University Press, 2014), *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales* (Princeton University Press, 2008), *Una sociología de la globalización* (W. W. Norton, 2007). Sus obras han sido traducidas a más de veinte idiomas.

Ha recibido diversos premios y menciones, que incluyen múltiples doctorados *honoris causa*, y varias instituciones la seleccionaron como uno de los pensadores globales más importantes. Recientemente recibió el Premio Príncipe de Asturias en Ciencias Sociales (2013) y fue elegida como miembro extranjero de la Academia de Ciencias de Países Bajos.

Apéndice II: Jurisprudencia citada

Tabla 1. Arbitrajes inversor-Estado

ESTADO	INVERSOR	FORO	NÚMERO
Alemania	Vattenfall Europe Generation AG	CIADI	ARB/09/6
Alemania	Vattenfall Europe Generation AG	CIADI	ARB/09/6
Argentina	Urbaser SA y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa	CIADI	ARB/07/26
Argentina	BG Group PLC	Arbitraje <i>ad hoc</i> conforme al Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL	-
Australia	Philip Morris Asia Limited	CPA	2012-2
Bolivia	Aguas del Tunari SA	CIADI	ARB/02/3
Canadá	Bilcon of Delaware Inc, William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton y Daniel Clayton	CPA	2009-04
Canadá	Lone Pine Resources Inc	CIADI	UNCT/15/2
Colombia	Eco Oro Minerals Corporation	CIADI	ARB/16/41
Ecuador	Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company	CPA	2009-23
El Salvador	Pac Rim Cayman LLC	CIADI	ARB/09/12
Eslovaquia	Achmea BV	Arbitraje <i>ad hoc</i> en territorio alemán	-
España	Agustín Maffezini	CIADI	ARB/97/7
España	Masdar Solar y Wind Cooperatief UA	CIADI	ARB/14/1
Estados Unidos	TransCanada Corporation y TransCanada Pipelines Limited	CIADI	ARB/16/21
Hungría	ADC	CIADI	ARB/03/16
Italia	Eskosol S. p. A. in liquidazione	CIADI	ARB/15/50
Lituania	ParkeringsCompagniet AS	CIADI	ARB/05/8
Perú	Bear Creek Mining Company	CIADI	ARB/14/21
Rumania	Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL y SC Multipack SRL	CIADI	ARB/05/20

ESTADO	INVERSOR	FORO	NÚMERO
Sri Lanka	AAPL	CIADI	ARB/87/3
Uruguay	Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay)	CIADI	ARB/10/7

Fuente: elaboración propia basada en datos del CIADI, de la CPA,
de *Investment Policy Hub* de la Unctad y de *Investment Treaty Arbitration Law*.

Tabla 2. Corte Internacional de Justicia y Corte Permanente de Justicia Internacional

ACTOR	DEMANDADO	ASUNTO	FORO
Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón	Alemania	Asunto del vapor Wimbledon (1923)	CPJI
Francia	Turquía	Asunto del vapor Lotus (1927)	CPJI
-	-	Opinión consultiva relativa a las reparaciones a los daños sufridos al servicio de la ONU (1949)	CIJ

Fuente: elaboración propia basada en datos de la CIJ.

Tabla 3. Unión Europea

SOLICITANTE	ASUNTO	FORO
Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania	Procedimiento prejudicial. Asunto C-284/16 (caso Achmea BV) (2018)	TJUE
Bélgica	Dictamen 1/17 (consulta sobre la compatibilidad del mecanismo de solución de controversias inversor- Estado del capítulo 8 del CETA con el derecho de la Unión) (2019)	TJUE

Fuente: elaboración propia basada en datos de la UE.

Tabla 4. Corte Interamericana de Derechos Humanos

DEMANDADO	ASUNTO	SENTENCIA
Honduras	Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras	Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)

Fuente: elaboración propia basada en datos de la UE.

Tabla 5. Organización Mundial del Comercio

RECLAMANTE	DEMANDADO	ASUNTO	NÚMERO
Ucrania	Australia	Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos	DS434
Ucrania	Rusia	Medidas que afectan al tráfico en tránsito	DS512

Fuente: elaboración propia basada en datos de la OMC.

¿Qué es la soberanía regulatoria? ¿Qué diferencia presenta con otras concepciones de la soberanía? ¿En qué ámbitos se manifiesta y por qué? Desde las cuatro proyecciones de la soberanía que analiza Krasner (soberanía de interdependencia, westfaliana, legal internacional e interna), este libro argumenta que hay una transición hacia la soberanía regulatoria que se basa en la defensa del espacio de política pública, cuyo corazón es el derecho de regular, y que se manifiesta dentro del régimen de solución de controversias inversor-Estado, pero también fuera de este. En este marco, se examina la evolución del régimen internacional para contextualizar el reconocimiento de la Unctad en 2003 de la erosión del espacio de política pública para los mecanismos de solución de disputas inversor-Estado. Se presentan así los caminos de defensa que los Estados y la doctrina han propuesto y se interpela en particular la situación dual de la Unión Europea: interior y exterior.

El libro cierra con el análisis de los motivos que explican el surgimiento de la soberanía regulatoria en conexión con la defensa del espacio de política pública. El foco está puesto en las disputas inversor-Estado que cuestionan medidas en materia de derechos humanos y protección del medioambiente.