

NECESIDAD DE EQUILIBRIO ENTRE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA: A PROPÓSITO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

NEED FOR A BALANCE BETWEEN PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENT AND PROTECTION OF PUBLIC HEALTH: ISSUES ARISING FROM THE COVID-19 PANDEMIC

Christian Carbajal Valenzuela
Wöss & Partners S. C., México
<https://orcid.org/0000-0002-2918-5550>

Luiza Adena Engers
Camara de Arbitragem Online Arbi-ON, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-3786-8327>

Resumen

El derecho internacional de las inversiones, y el arbitraje de inversiones en particular, se encuentran en una etapa de cambios y desafíos, que se verán acelerados como producto de las controversias que surgirán a consecuencia de la pandemia de la COVID-19. En los últimos años, tanto los tratados de inversiones como la jurisprudencia arbitral de inversiones han sufrido modificaciones de diversos tipos, la mayoría en el sentido de lograr un mayor equilibrio entre la protección de las inversiones y la protección de las facultades regulatorias de los Estados, de conformidad con la teoría de la proporcionalidad. Se han emitido recientemente importantes laudos arbitrales que han tenido como tema central la protección de la salud pública. Los casos relacionados con la COVID-19 impulsarán aún más dichos cambios. Este artículo pretende proporcionar elementos de análisis que permitan a inversionis-

tas extranjeros y Estados receptores saber qué puede esperarse en materia de arbitraje de inversiones y salud pública, en tiempos extraordinarios de crisis sanitaria mundial.

Palabras clave: derecho internacional de las inversiones, arbitraje de inversiones, facultades regulatorias estatales, salud pública, COVID-19.

Abstract

International Investment Law, and Investment Arbitration in particular, are at a stage of change and challenge, which will be accelerated as a result of disputes that will arise as a result of the COVID-19 pandemic. In recent years, both, Investment Treaties and investment arbitral awards, have undergone changes of various kinds, most of them in terms of achieving a greater balance between the protection of investments and the protection of the regulatory powers of States, in accordance with the theory of proportionality. Important arbitral awards have recently been issued, which have had as its central theme the protection of public health. COVID-19 cases will further drive these changes. This article aims to provide some elements of analysis that may allow investors and Host States to know what can be expected in terms of investment arbitration and public health, in extraordinary times of international health crisis.

Keywords: International investment law, investment arbitration, state regulatory powers, public health, COVID-19.

1. Introducción

Una crisis global, histórica, sin precedentes en el pasado más reciente, una pandemia que está marcando a las generaciones que intentan sobrevivir a ella. Algo característico de esta pandemia es la diversidad de opiniones individuales expresadas por las redes sociales y los medios de comunicación. De algunos se escucha que la crisis une a las personas, y esto tal vez sea cierto de alguna manera. Pero la verdad es que la pandemia provocada por la COVID-19 también las está alejando y suscita mucha controversia al respecto:

desde los pasaportes de inmunidad¹ hasta la infección humana experimental para estudios clínicos² y el propio aislamiento social³.

Se ha creado en el mundo un escenario de salud pública versus economía, y como reacción los Estados han adoptado —en la mayoría de los casos de buena fe— medidas económicas para mitigar el daño a las economías nacionales. Existe el riesgo de que se tomen decisiones demasiado proteccionistas bajo la supuesta justificación de proteger la salud pública. De esta forma, inversionistas nacionales y extranjeros —importantes actores para el desarrollo del país— pueden verse perjudicados.

Cuando los Estados tienen interés en ser atractivos para la inversión extranjera y en proteger las inversiones de sus propios nacionales en el exterior, los términos de esa relación se incorporan a los tratados de inversión extranjera, más específicamente en los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones de los años ochenta y noventa (BIT, por sus siglas en inglés), o, más recientemente, en los tratados de libre comercio (capítulos de inversión de los TLC) suscritos del 2000 en adelante.

La relación entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión ha evolucionado a lo largo del tiempo, así como el contenido de los tratados internacionales y de los laudos arbitrales de inversión, en búsqueda de un mayor equilibrio entre los intereses privados y los intereses públicos involucrados en este tipo de controversias. La pandemia de la COVID-19, que naturalmente genera medidas estatales radicales y urgentes en protección de la salud pública (que podrían considerarse legítimas o eventualmente violatorias de tratados), tendrá, sin duda, un impacto significativo en el derecho internacional de las inversiones, tanto en el aspecto normativo como en el contenido de los propios laudos arbitrales. El presente artículo pretende explicar este contexto de cambios normativos y jurisprudenciales, así como aquello

1 Algunas personas harían una prueba para detectar anticuerpos contra el virus y recibirían un pasaporte de inmunidad, que las autorizaría a no respetar las restricciones impuestas a las personas en riesgo. Tamara Gil, «Coronavirus: o que é a polémica proposta do 'passaporte de imunidade' da covid-19», *BBC News Brasil* (23 de abril de 2020), <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52398538>

2 Esper Kallás, «A polémica sobre a infecção experimental de humanos para estudos clínicos», *Folha de São Paulo*, <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/esper-kallas/2020/05/a-polemica-sobre-a-infeccao-experimental-de-humanos-para-estudos-clinicos.shtml> (consultado el 7 de mayo de 2020).

3 Anderson Machado, «Pelo menos 6 capitais registram atos a favor de Bolsonaro e contra isolamento social», *Gazeta do Povo* (19 de abril de 2020), www.gazetadopovo.com.br/republica/manifestacoes-isolamento-capitais/

que los inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión pueden esperar en este nuevo escenario, imprevisible para todos.

2. Objetivos e intereses en conflicto en el derecho internacional de las inversiones y en el arbitraje internacional: protección de inversiones extranjeras versus protección de facultades regulatorias estatales

Los BIT involucran, generalmente, a dos países y regulan aspectos materiales y procesales sobre inversión extranjera. Los TLC, a su vez, son suscritos por dos, tres o más países, abordan de manera más amplia las relaciones comerciales internacionales y contienen un capítulo específico sobre inversión extranjera, que, además de incorporar la estructura de los BIT, presentan al mismo tiempo una serie de regulaciones que buscan un mayor equilibrio entre los derechos de los inversionistas y las facultades regulatorias estatales, así como diversas excepciones al tratamiento tradicional y liberal a la inversión extranjera, propio de los BIT.

Con algunas particularidades, los BIT y los capítulos de inversión de los TLC⁴: a) prevén la ilegalidad de la expropiación directa o indirecta, en los casos en que no se cumplan determinados requisitos; b) requieren que el Estado trate a los inversionistas extranjeros de manera justa, conforme al principio de trato justo y equitativo, brinde seguridad física y jurídica, y prohíba el trato arbitrario y discriminatorio; c) establecen derechos y deberes de inversionistas y de Estados receptores, siendo principalmente considerados los derechos de los inversionistas y los deberes de los Estados en los BIT originales. Los TLC, en cambio, como ya se ha mencionado, son más equilibrados en la consideración de los derechos y deberes de ambas partes.

A pesar del intento de los tratados de inversión de prever futuras situaciones que puedan perjudicar las relaciones internacionales de comercio y de inversión, la pandemia mundial no fue una de ellas, hecho evidentemente extraordinario e impredecible, al menos en la escala y en las dimensiones en las que hasta el momento se ha producido. En este sentido, aun cuando exista la posibilidad de alegar fuerza mayor o estado de necesidad, las consecuencias

4 Chang-fa Lo, «A comparison of BITs and the investment chapter of free trade agreements from policy perspective», *Asian Journal WTO & International Health Law & Policy* 3 (2008): 154-162, <https://ssrn.com/abstract=1140626>.

de la pandemia son inciertas, incluso en lo referido a la solución de futuras controversias de inversión relacionadas con la COVID-19.

El impacto de la pandemia en las relaciones de inversión —sean contractuales o no— es de grandes proporciones, y no existe claridad sobre la forma en la que se resolverán los probables conflictos. En los casos contractuales en los cuales las relaciones se volvieron demasiado onerosas, impracticables o de imposible cumplimiento debido a la COVID-19, es posible buscar amparo en las cláusulas de fuerza mayor o en otras situaciones excepcionales previstas en el derecho internacional. El horizonte de posibilidades dependerá de la redacción de la cláusula, pudiendo variar entre la revisión de los términos, la relativización de las obligaciones o la exclusión de las responsabilidades de las partes.

Para invocar la causal de fuerza mayor, será necesario probar la relación de causalidad entre la pandemia y la no ejecución del acuerdo. En cualquier caso, el análisis deberá hacerse caso por caso, ya que la situación de cada país y sector es muy particular.

A pesar de la existencia de precedentes, es difícil predecir cómo se resolverán los conflictos derivados de las medidas estatales adoptadas durante la pandemia causada por la COVID-19, invocando la protección de la salud pública y los diversos factores vinculados a ellas. En este contexto, sin embargo, es válido examinarlas.

El aislamiento social tiene como objetivo detener la propagación del virus. Al constituir una medida preventiva básica, ha sido aceptada históricamente e incluso, como cuestión de responsabilidad global, se asume que es proporcional a la magnitud del riesgo. Resulta difícil imaginar una demanda arbitral de inversiones que la cuestione directamente.

Medidas más intrusivas, como establecer requisitos para la apertura de comercios esenciales, la estatización de hospitales (España⁵), la confiscación de máscaras (Francia⁶), convocar a empresas para que fabriquen respirado-

5 Adam Payne, «Spain has nationalized all of its private hospitals as the country goes into coronavirus lockdown», *Business Insider* (16 de marzo de 2020), <https://www.businessinsider.com/coronavirus-spain-nationalises-private-hospitals-emergency-covid-19-lockdown-2020-3>

6 John Paulin, «Coronavirus: French police seize 140,000 black market masks», *BBC News* (26 de abril de 2020), <https://www.bbc.com/news/world-europe-52430738>

res y máscaras (EE. UU.⁷), la prohibición de exportar respiradores (India⁸), mayores restricciones a la inversión extranjera o suspensión del derecho de adquisición de activos por extranjeros en sectores considerados estratégicos en las actuales circunstancias, tales como biotecnología, seguros médicos e infraestructura (Unión Europea, Japón, Francia e Italia⁹), suspensión repentina de actividades y restricciones a proyectos de energía renovable —eólica y solar— (México¹⁰) o tratamientos diferenciados que consideren criterios de nacionalidad necesitarán una sólida justificación para evitar controversias de inversión.

En caso de que dichas medidas afecten proyectos o activos de inversionistas extranjeros y no se encuentren justificadas o debidamente compensadas, podrán generar la violación de tratados de inversión por: a) constituir expropiaciones directas o indirectas sin compensación; b) violar el estándar internacional de trato justo y equitativo; c) violar el estándar internacional de protección y seguridad plenas, física o jurídica; d) violar la prohibición de la arbitrariedad y la discriminación; e) violar el estándar de trato nacional; o f) violar la cláusula de nación más favorecida.

En estas circunstancias excepcionales de pandemia mundial, muy probablemente los Estados, en caso de ser demandados, defenderán las medidas adoptadas sobre la base de mecanismos y defensas propias del tratado de inversiones aplicable y del derecho internacional consuetudinario, como es, entre otros, el estado de necesidad, previsto en el artículo 25 de los «Artículos de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales»¹¹. En esta situación, una determinada medida estatal, aun cuando sea contraria al derecho internacional, resulta la única posible y disponible para proteger un interés esencial del Estado contra un peligro

7 Taylor Hatmaker, «White House says it is ordering more companies to make ventilators», *Techcrunch* (2 de abril de 2020), <https://techcrunch.com/2020/04/02/trump-coronavirus-dpa-gm-medtronic-resmed/>.

8 Pamela Boykoff, Clare Sebastian y Valentina Di Donato, «In the race to secure medical supplies, countries ban or restrict exports», *CNN Business* (27 de marzo de 2020), <https://edition.cnn.com/2020/03/27/business/medical-supplies-export-ban/index.html>.

9 Shearman & Sterling, «Covid & International Investment Protection», *Shearman & Sterling* (14 de abril de 2020), <https://www.shearman.com/perspectives/2020/04/covid-19-international-investment-protection>.

10 Yeshua Ordaz, «Acuerdo energético de Cenace afecta 44 proyectos de energías renovables», *Milenio* (6 de mayo de 2020), <https://www.milenio.com/negocios/energetico-cenace-afecta-44-proyectos-energia-novable>.

11 United Nations, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001* (United Nations, 2005), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf.

grave e inminente. Los Estados deberán demostrar que la medida impugnada era efectivamente la única disponible para hacer frente al peligro grave e inminente y proteger, así, el interés esencial amenazado, en este caso, la salud pública. El mayor o menor grado de deferencia o margen de apreciación que los tribunales arbitrales otorguen a los Estados, en la evaluación de la medida adoptada y la existencia o no de alternativas menos dañinas (desde una perspectiva contemporánea a los hechos y *no ex post*), será fundamental en la determinación de la legitimidad o ilegitimidad de la medida estatal e impactará directamente en los resultados de los futuros procesos arbitrales de inversión relacionados con la pandemia de la COVID-19.

Es importante señalar que una crisis seguida de medidas excepcionales de exclusión de responsabilidad no debe significar una carta blanca para los Estados. El Columbia Center of Sustainable Investment de la Universidad de Columbia (CCSI), Nueva York, solicitó una moratoria inmediata de todos los reclamos arbitrales de empresas privadas contra Estados bajo tratados de inversión¹². También pidió una restricción permanente de todos los reclamos arbitrales relacionados con las medidas estatales destinadas a proteger la salud pública, la economía, así como las dimensiones sociales de la pandemia y sus efectos. Esta postura del CCSI es en parte comprensible, debido a la enorme presión que están sufriendo actualmente los Estados; sin embargo, también es razonable considerar que, aun en las actuales circunstancias excepcionales, una absoluta falta de límites a los actos estatales y la no exigencia de su conformidad con el derecho internacional podrían abrir espacio a gobiernos autoritarios, aumentando el riesgo de medidas arbitrarias y discriminatorias bajo el pretexto de protección de la salud pública.

En la actual crisis sanitaria mundial y en la búsqueda de una visión más equilibrada que tome en consideración de manera adecuada los intereses públicos y privados involucrados en este tipo de controversias, es válido realizar un análisis profundo de la forma en la que la jurisprudencia arbitral de inversiones relaciona los tratados de protección de inversiones con otros tratados internacionales que protegen intereses públicos o colectivos,

12 Phil Bloomer, «Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response», *Columbia Center of Sustainable Development* (6 de mayo de 2020), http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/?utm_source=CCSI+Mailing+List&utm_campaign=3dca9f0160-GRASFI+2020+Moving+Online_COPY_02&utm_medium=email&utm_term=0_a61bf1d34a-3dca9f0160-57374197

tales como los tratados de derechos humanos, tratados para la protección de la salud pública, tratados para la protección del medio ambiente, tratados para la protección del patrimonio cultural de la humanidad, tratados para el control de la contaminación y cambio climático, tratados sobre consultas y derechos de los pueblos indígenas, entre otros. La relación entre los diferentes tratados de derecho internacional no ha sido necesariamente de armonía, como analizaremos a continuación.

3. Relación en la jurisprudencia arbitral entre tratados bilaterales y multilaterales de protección de inversiones y otros tratados de derecho internacional

En un principio —especialmente en las controversias en el marco de los BIT de los años ochenta y noventa—, se entendía que los árbitros de inversión no tenían libertad para analizar si los tratados multilaterales para la protección de derechos humanos o relativos a otros intereses públicos y colectivos habían sido o no violados, ya que, por regla general, debían atenerse a juzgar específicamente si los términos del tratado bilateral aplicable habían sido o no respetados. Esta situación está cambiando, especialmente cuando la norma aplicable es el capítulo de inversiones de un TLC suscrito de los años 2000 en adelante.

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y fortalecidos en el siglo XXI, los derechos humanos han ganado visibilidad ante la comunidad internacional. En el derecho internacional público, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es considerada norma *jus cogens*; es decir, tiene carácter universal e irrenunciable.

Sin embargo, es posible señalar que en el derecho internacional de las inversiones (y, por esta misma razón, también en las relaciones entre inversionistas y Estados receptores) los derechos difusos, colectivos y de tercera generación¹³ comenzaron a recibir mayor atención solamente a partir de los años 2000, con la negociación de los nuevos TLC, aún reconocidos en forma incipiente, no obstante, en los laudos arbitrales de inversión.

13 Se entiende como tales a aquellos tratados en materia de medio ambiente (tratados MA), derechos humanos (tratados de derechos humanos), salud pública (tratados de la OMS), patrimonio cultural de la humanidad (tratados de la Unesco), propiedad intelectual (tratados de la OMPI) y derecho al desarrollo.

Se puede argumentar que la característica de *jus cogens* de la DUDH permite a los árbitros de inversión interpretar a favor de los derechos protegidos por dicha declaración y en detrimento tanto del Estado como de la entidad privada.

En cuanto a la aplicación de otros Tratados de Derecho Internacional, el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados menciona lo siguiente: «3. Se tomarán en consideración, junto con el contexto [...] c) cualquier norma pertinente de Derecho Internacional aplicable a la relación entre las partes».

Es decir, incluso si no existiera en el tratado de inversión aplicable una disposición referida a la posibilidad de fundamentar el laudo arbitral tomando como base otras normas de derecho internacional, el artículo arriba transcrito de la Convención de Viena permite la interpretación del tratado sobre la base de otras reglas pertinentes del derecho internacional. A esto hay que agregar el hecho de que el artículo 41 (1) de la Convención Multilateral Ciadi menciona que, a falta de elección del derecho aplicable, el tribunal arbitral aplicará el derecho interno y el derecho internacional en la resolución de la controversia, existiendo, por ello, la posibilidad de considerar otros tratados de derecho internacional referidos a intereses públicos o colectivos, sin restringirse a aquellos relativos a inversión extranjera.

Es verdad que es posible discutir el concepto del término «reglas pertinentes», mencionado en la Convención de Viena de 1969 y que no serían *jus cogens* todos los derechos contenidos en la DUDH. Aun así, se observa que existe margen para una fundamentación legítima por parte de los árbitros tomando como base los tratados internacionales de derechos humanos, colectivos y difusos.

Resulta relevante en este punto un estudio de la jurisprudencia arbitral relativa a la relación entre tratados de inversión y otros tratados de derecho internacional en materia de medio ambiente, derechos humanos, salud pública, patrimonio cultural de la humanidad, derechos de las poblaciones indígenas, propiedad intelectual y derecho al desarrollo (referidos genéricamente como tratados de derechos humanos y tratados de derechos de tercera generación).

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited versus República Árabe de Egipto, caso Ciadi ARB/84/3, 1992¹⁴

El caso SPP (ME) versus Egipto se refiere a un contrato celebrado en septiembre de 1974 entre Southern Pacific Properties (Middle East) Limited —SPP (ME)— y la Organización General de Turismo y Hoteles de Egipto (EGOTH, empresa pública bajo el control del Ministerio de Turismo de Egipto) para la construcción de complejos turísticos cercanos a las pirámides de Guiza, clasificadas como Patrimonio Cultural de la Humanidad por la Unesco.

En 1977 el proyecto comenzó a enfrentar oposición a la construcción. En marzo de 1978, el Ministerio de Información y Cultura decretó (Decreto 90) que las áreas alrededor de las pirámides eran de propiedad pública, sobre la base de las recomendaciones de la Autoridad de Antigüedades de Egipto, que confirmó la presencia de reliquias en el lugar. Al día siguiente, la Organización General para la Inversión de Capital Árabe y Áreas Libres de Impuestos (GIA) retiró su aprobación al proyecto, y en junio del mismo año, el Decreto Presidencial 267 derogó la mencionada norma, que permitía el uso del entorno de las pirámides con fines turísticos.

En cuanto a la Unesco, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de 1972, entró en vigor en diciembre de 1975 y recién en 1979, nueve meses después de la cancelación del proyecto, Egipto solicitó la inclusión de las pirámides de Guiza en la lista del Patrimonio Cultural de la Humanidad.

El tribunal Arbitral decidió que la Convención por sí sola no justifica la cancelación del proyecto ni excluye el derecho de SPP (ME) a ser indemnizado: «In the Tribunal's view, the UNESCO Convention by itself does not justify the measures taken by the Respondent to cancel the project, nor does it exclude the Claimants' right to compensation»¹⁵.

Sin embargo, el tribunal afirmó que la continuación de las actividades después de 1979 pasaría a ser ilegal desde el punto de vista del derecho internacional debido a la inclusión del lugar en la lista de la Unesco, lo cual no liberaba al Estado egipcio del deber de indemnizar. En todo caso, el Decreto 90 de 1978 mencionado anteriormente fundamentó la nacionalización del entorno

14 Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3300>

15 SPP vs. Egipto, laudo arbitral, párrafo 154.

de las pirámides en la Ley 215 de 1951 para la Protección de Monumentos y Antigüedades, que autorizaba la expropiación para la protección de reliquias.

Para abordar el derecho a la indemnización de SPP (ME), el tribunal arbitral enfatizó que tanto el derecho egipcio como el internacional relativos a expropiación establecen la obligación de indemnizar. Además, el tribunal se refirió a otros casos para fundamentar su decisión sobre el concepto amplio de «expropiación».

En 1992 los árbitros decidieron que SPP (ME) tendría derecho a una indemnización por la expropiación y pérdida de oportunidad. No hubo argumentos referidos al lucro cesante después de 1979, ya que la designación del lugar como Patrimonio Cultural de la Humanidad excluyó cualquier posibilidad de utilización de estos terrenos con fines turísticos y comerciales.

Se observa que las obligaciones del país en relación con la Convención de la Unesco de 1972 fueron relevantes para determinar la ilegalidad de la continuación de las actividades; sin embargo, en cuanto al contenido de las solicitudes del demandante, el tribunal se limitó a las normas nacionales y al derecho internacional de inversiones aplicables.

Methanex Corporation (Canadá) versus Estados Unidos de América, CNUDMI, 2005¹⁶

La empresa Methanex exigió una compensación al Estado de California por daños originados a raíz de la prohibición del aditivo de gasolina llamado éter metil tert-butílico (MTBE) a través del proyecto de ley 521 del Senado de California, que promulgó la Ley MTBE de Protección del Medio Ambiente y Salud Pública de 1997.

La discusión principal se refiere a la legitimidad o no de los motivos que llevaron al Estado de California a prohibir el producto químico bajo alegaciones de ser supuestamente perjudicial para la salud pública y el medio ambiente. Según la empresa, el MTBE es un componente seguro, eficaz y económico de la gasolina, y el oxigenado preferido «en mercados donde se permite el comercio libre y justo». Methanex también afirma que el MTBE produce importantes beneficios ambientales y no representa un riesgo para la salud humana ni para el medio ambiente. El Estado, por su parte, señaló lo contrario.

16 Methanex Corporation vs. United States of America, UNCITRAL. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/683>

Las cuestiones de salud pública y ambientales son fundamentales para el caso, ya que las demandas se refieren principalmente a la elección, supuestamente injusta, de permitir el etanol en lugar del metanol, por supuestos daños a la salud pública y al medio ambiente. La empresa afirma que la decisión fue influenciada en forma ilegítima por uno de los mayores productores de etanol de Estados Unidos.

El tribunal reconoció el interés público de la materia del caso en el párrafo 49 de la Decisión sobre Peticiones de Terceros para Intervenir como *Amici Curiae*, que sigue *ipsis literis*: «there is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. [...] The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions». ¹⁷

En la sentencia emitida en el 2005, el tribunal arbitral analizó las razones de los actos que prohibieron el uso del MTBE y, para ello, consultó los documentos en los que se basaron las leyes impugnadas (informes de la Universidad de California, dictámenes técnicos y testimonios en audiencias públicas), así como las peticiones de los *amici curiae*. Además, se reconoció expresamente el interés público en la materia tratada. Sin embargo, en el laudo arbitral, los tratados internacionales de derechos humanos o de protección ambiental no fueron puestos a discusión, por lo que el debate se centró en si había habido o no violación de las disposiciones sobre inversiones del TLCAN. Consideramos que era oportuno mencionar en el laudo arbitral los Tratados Internacionales para la Protección del Medio Ambiente y la Salud Pública, debido a la conexión con el tema del caso, es decir, el potencial daño al medio ambiente causado por el producto químico MTBE.

Parkerings-Compagniet AS versus República de Lituania, caso Ciadi ARB/05/8, 2007¹⁸

El municipio de Vilna, capital de Lituania, convocó una licitación para la construcción de aparcamientos en la ciudad. Después de algunas complicaciones, Parkerings inició un procedimiento de arbitraje contra la República de Lituania.

17 Methanex Corporations vs. United State of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*, párrafo 49.

18 Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania, ICSID, case ARB/05/8. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/812>

nia y alegó, entre otras cosas, la falta de respeto por el trato justo¹⁹ y equitativo, así como la cláusula de la nación más favorecida.

La municipalidad justificó la elección del proyecto Pinus Proprius en lugar del propuesto por Parkerings explicando que la construcción sería menos invasiva para el casco antiguo de la ciudad, considerado patrimonio cultural por la Unesco.

El tribunal arbitral dictaminó que los proyectos no se encontraban en situaciones similares («in like circumstances»), por lo tanto, Parkerings no pudo probar el incumplimiento de los principios del Tratado Bilateral de Inversiones entre el Gobierno de la República de Lituania y el Gobierno del Reino de Noruega de 1992. En palabras de la Corte, «la preservación histórica y arqueológica y la protección ambiental podrían ser, y en este caso fueron, una justificación para el rechazo del proyecto»²⁰; no hubo, por lo tanto, incumplimiento del tratado de inversión.

Se observa que la demarcación de la Unesco con respecto a la ciudad vieja de Vilna fue relevante para probar la diferencia significativa entre los proyectos presentados y, con ello, verificar la no discriminación. La Corte, en todo caso, no se desvió de su jurisdicción principal en el análisis de los derechos y obligaciones de las partes, así como de los argumentos y hechos planteados, e igualmente en cuanto a las normas aplicables del derecho internacional. Se puede decir, por tanto, que las convenciones de la Unesco, especialmente la demarcación del lugar específico, fueron relevantes, pero no decisivas para la sentencia.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. versus República de Tanzania, caso Ciadi ARB/05/22, 2008²¹

La situación de la distribución de agua y del tratamiento de aguas residuales en la ciudad de Dar es-Salam, Tanzania, era precaria. Como solución, se decidió privatizar el servicio a través del otorgamiento de una concesión.

El tribunal arbitral reconoció el interés público en la controversia, inclusive haciendo referencia al caso Methanex Corporation versus EE. UU., en el

19 Uno de los argumentos fue la diferencia ente los términos *razonable* y *justo*. Sin embargo, el tribunal los consideró como sinónimos.

20 Parkerings vs. Lituania, sentencia, párrafo 392.

21 Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania, ICSID, caso ARB/05/22 Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/157>

cual los árbitros reconocieron el alcance de los problemas más allá de los temas comerciales²². Asimismo, destacó que, por la calificación del demandante, era previsible que se hiciese referencia a amplios temas políticos relativos al desarrollo sostenible, el medio ambiente, los derechos humanos y la política gubernamental²³.

Durante el proceso, los escritos *amici curiae* vincularon la conducta de la empresa y del Estado con sus responsabilidades en materia de derechos humanos; el tribunal incluyó argumentos a favor de estos, a pesar de no haber citado tratados internacionales específicos: «In fact, the Government, carrying the duty to provide access to water to its citizens, had to take action under its obligations under human rights law to ensure access to water for its citizens. In this light, terminating the agreement cannot be found to be a breach of a contract whose very purpose was to promote and enhance the achievement of human rights»²⁴.

En tal sentido, la decisión del tribunal fue influenciada por las solicitudes de *amicus curiae* y por la necesidad de proteger los derechos humanos, específicamente, el derecho al agua potable. Sin embargo, no se utilizó ningún instrumento de derechos humanos para fundamentar el laudo arbitral, centrándose el análisis en las disposiciones del TBI Tanzania-Reino Unido.

Glamis Gold, Ltd. versus Estados Unidos de América, CNUDMI, 2009²⁵

En el caso Glamis Gold versus Estados Unidos, una empresa minera canadiense cuestionó determinadas medidas de protección ambiental y cultural adoptadas por el gobierno de California en relación con sus operaciones mineras de carbón y la comunidad de Quechan, sobre la base del TLCAN.

La nación indígena Quechan presentó un escrito de *amicus curiae* en el que expuso la relevancia y sensibilidad del problema sobre la base de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Sin embargo, en el párrafo 8 del laudo, el tribunal arbitral estableció su deber de restringir su decisión a los problemas presentados por las partes,

22 Biwater v. Tanzania, orden procesal 5, párrafo 51.

23 Biwater Gauff vs. Tanzania, ICSID, caso ARB/05/22, Procedural Order 5, 2 de febrero de 2007, párrafo 64.

24 Biwater vs. Tanzania, laudo arbitral, párrafo 387.

25 Glamis Gold, Ltd. vs. United States of America, UNCITRAL. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/487>

declarando conocer las expectativas de las entidades públicas y privadas en relación con asuntos de derecho ambiental y derecho de los pueblos indígenas: «First, a tribunal should confine its decision to the issues presented by the dispute before it. The Tribunal is aware that the decision in this proceeding has been awaited by private and public entities concerned with environmental regulation, the interests of indigenous peoples, and the tension sometimes seen between private rights in property and the need of the State to regulate the use of property»²⁶.

Los temas de interés público fueron discutidos en profundidad; sin embargo, no se solicitó al tribunal arbitral que los resolviera, de modo que limitó su decisión a aquellos presentados por las partes. Además, en el mismo párrafo, el tribunal expresó su simpatía por las peticiones *amicus curiae* presentadas; señaló, no obstante, que las cuestiones sobre las cuales el tribunal tiene jurisdicción no se extienden a los problemas por ellos planteados: «In this case, the tribunal appreciates the thoughtful submissions made by a varied group of interested non-parties who, in all circumstances, acted with the utmost respect for the proceedings and Parties. Given the tribunal's holdings, however, the tribunal does not reach the particular issues addressed by these submissions»²⁷.

A pesar de que la decisión favoreció al Estado, esta se fundamentó en disposiciones relativas a la protección de inversiones contenidas en el TLCAN y no en tratados multilaterales de protección de derechos humanos, ambientales o similares.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. y Vivendi Universal, S. A. versus República Argentina, caso Ciadi ARB/03/19, 2015²⁸

En 1993, los demandantes realizaron inversiones en una concesión de distribución de agua y tratamiento de aguas residuales en Buenos Aires y alrededores por un periodo de 30 años, durante el cual recibirían los pagos de tarifas por los servicios.

26 Glamis Gold vs. Estados Unidos de América, laudo arbitral, párrafo 8.

27 Glamis Gold vs. Estados Unidos de América, laudo arbitral, párrafo 8.

28 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. vs. Argentine Republic). Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1057>

En el año 2000, Argentina comenzó a experimentar serias dificultades políticas y económicas que luego desembocarían en la peor crisis económica de su historia. Una de las medidas de emergencia fue la anulación del cambio fijo, que era de un peso argentino por un dólar estadounidense, lo que provocó una gran devaluación del primero. En esas circunstancias, el Estado argentino prohibió el incremento de las tarifas cobradas por los servicios prestados, lo cual hacía imposible, según el inversionista, que la empresa pudiera honrar sus deudas, alcanzar equilibrio financiero, cumplir sus obligaciones y generar retorno sobre las inversiones. Además, Argentina exigía el cumplimiento de las obligaciones propias de la concesión, e imponía multas a la empresa cuando a esta se le hacía imposible ejecutarlas.

A fines del 2005, la empresa solicitó la resolución del contrato, pero el Estado se negó. Recién en el 2006, debido a violaciones a los estándares de calidad del agua, la concesión fue cancelada.

El tribunal aceptó la presentación de escritos *amicus curiae* debido al interés público en la discusión. Según los árbitros, la controversia no se refería únicamente a un aspecto contractual comercial, sino también al servicio público de distribución de agua y saneamiento básico, que involucra cuestiones complejas de derecho internacional, incluso de derechos humanos²⁹.

En la resolución procesal emitida en respuesta a la solicitud de cinco organizaciones no gubernamentales para presentar escritos *amicus curiae*, el tribunal defendió la relevancia de la intervención de los *amici* considerando la importancia de la materia y del propio laudo arbitral para la formación del derecho internacional. Sigue a *ipsis literis*:

Even if its decision is limited to ruling on a monetary claim, to make such a ruling the Tribunal will have to assess the international responsibility of Argentina. In this respect, it will have to consider matters involving the provision of “basic public services to millions of people”. To do so, it may have to resolve “complex public and international law questions, **including human rights considerations**” (Order of May 19, 2005, para. 19). It is true that the forthcoming decision will not be binding on the current operator of the water and sewage system of Buenos

29 «Those systems provide basic public services to millions of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations». Párrafo 19 de *Aguas Argentinas et al. vs. Argentina*, Order in response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, ICSID, Case No. ARB/03/19 (19 May 2005).

Aires. It may nonetheless have an impact on how that system should and will be operated. More generally, because of the high stakes in this arbitration and the wide publicity of ICSID awards, one cannot rule out that the forthcoming decision may have some influence on how governments and foreign investor operators of the water industry approach concessions and interact when faced with difficulties. **As a result, the Tribunal concludes that this case continues to present sufficient aspects of public interest to justify an amicus submission** even after the discontinuance of the proceeding with respect to AASA³⁰ (el resaltado es nuestro).

En el párrafo transcrito anteriormente, los árbitros destacan la importancia de las decisiones del tribunal arbitral para los millones de personas que consumen los servicios de las referidas empresas, para la futura prestación de servicios públicos similares y para el impacto global en las relaciones entre Estados e inversionistas extranjeros, mencionando incluso la posibilidad de considerar los derechos humanos afectados. No obstante, el laudo final emitido en el 2015, teniendo como fundamentos los BIT Argentina-Francia y Argentina-España, no se basó en argumentos relativos a los derechos humanos ni se refirió a la influencia de los escritos *amicus curiae*.

Se advierte que hasta el momento, y en la mayoría de los casos, a pesar de que se mencionan convenios relativos a derechos humanos y a otros tratados multilaterales de protección de derechos colectivos y difusos, las decisiones finales no se fundamentan en dichos tratados. Pueden servir de base para la construcción de una teoría, pero no son en sí mismos documentos jurídicos que los tribunales arbitrales utilicen como fundamento principal en sus decisiones. Esta situación podría cambiar en el futuro, y los tribunales arbitrales serán capaces de fundamentar sus decisiones, con mayor peso, en tratados internacionales cuyo objeto sea proteger otros intereses, como la salud pública, el medio ambiente, los derechos humanos, el patrimonio cultural e, incluso, la propiedad intelectual. Probablemente estos tratados relativos a intereses colectivos o difusos puedan tener mayor relevancia en los procesos arbitrales de inversión derivados de la epidemia de la COVID-19.

30 Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to make an *amicus curiae* Submission, p. 18, ICSID, Case No. ARB/03/19 (12 Feb 2007).

4. Mayor reconocimiento de las facultades regulatorias de los Estados en protección del interés público: búsqueda de equilibrio y evolución del contenido de los BIT hacia los TLC

En la evolución de los tratados y la jurisprudencia arbitral hacia un mayor reconocimiento de las facultades regulatorias estatales en protección del interés público, aún existen preguntas no respondidas por el derecho internacional y que, por este motivo, permanecen en el ámbito de la subjetividad y de la discrecionalidad de los tribunales arbitrales: a) ¿cuál es el margen de libertad y autonomía regulatoria con los que cuentan los Estados, incluso bajo riesgo de afectar a los inversionistas extranjeros?; b) ¿cuáles son los límites de esta autonomía regulatoria?; c) ¿bajo qué criterios estos límites son establecidos?; d) ¿a partir de qué momento el interés público comienza a afectar en forma ilegítima el interés privado del inversionista y, por lo tanto, los daños causados por el Estado deben ser indemnizados?

Es posible afirmar que actualmente no parece viable que un tratado de inversión pueda distinguir con absoluta claridad entre actos regulatorios estatales legítimos no indemnizables y actos estatales ilegítimos indemnizables. Debido a esta imposibilidad, son los tribunales arbitrales de inversión los que establecen ciertos criterios a través de la interpretación y de la resolución de casos específicos.

Este escenario de relativa subjetividad cuando los tribunales arbitrales determinan qué acciones de los Estados podrían entenderse como ilegítimas e indemnizables y cuáles otras podrían calificarse de discrecionales, legítimas y regulatorias no indemnizables, se expresa en la aplicación de diferentes estándares de revisión, siendo el objetivo final lograr un equilibrio en el análisis de los intereses públicos y privados involucrados en dichas controversias.

Ciertamente, estos estándares tienen diferentes grados en su aplicación, sea a favor de una mayor protección de los derechos de los inversionistas extranjeros o de los Estados receptores. Las diferentes perspectivas y factores tomados en consideración por los tribunales arbitrales, al evaluar un acto estatal alegado, por ejemplo, como expropiatorio, son los siguientes:

- a) Los efectos destructivos de la medida estatal (efectos sobre los derechos de propiedad y sus beneficios y efectos sobre las expectativas legales o comerciales del inversionista). Conocida como *teoría de los efectos*, resulta, en general, favorable a los inversionistas, ya que enfatiza los efectos des-

tructivos de la medida, independientemente de la intención original de los Estados.

- b) La intención de la entidad estatal (en caso de que no exista una clara intención de afectar negativamente la inversión, para algunos tribunales de inversión la medida estatal no podrá ser calificada como expropiación, lo cual es discutible desde el punto de vista del inversionista, ya que constituye un factor de evaluación que depende casi exclusivamente de una de las partes, es decir, del Estado receptor). Es lo que se conoce como *teoría de la intención estatal*, normalmente favorable al Estado, pudiendo este eximirse de responsabilidad si actuó de buena fe y con un claro propósito público, independientemente del impacto destructivo de la medida sobre el particular.
- c) Una tercera perspectiva en la evaluación de la medida estatal tiene como objetivo alcanzar un balance o equilibrio, considerando de manera conjunta los efectos que tiene la medida sobre los derechos del inversionista versus la importancia del propósito del Estado y la existencia o no de un real y legítimo interés público que debe ser protegido de una manera eficiente. Esta concepción se traduce en la *teoría de la proporcionalidad* entre el efecto de la medida y el interés público perseguido. Si la desproporcionalidad entre los dos factores es clara, el inversionista debe ser compensado. Sin embargo, no es posible negar que, incluso en el análisis de la proporcionalidad de la medida estatal, existe un cierto nivel de subjetividad y discrecionalidad en la decisión arbitral final. En esta perspectiva, analizando el acto estatal, tomando en consideración todos los factores involucrados, de manera contextual, la atención del tribunal estará dirigida al propósito y a los efectos de la medida, en una especie de equilibrio entre protección, regulación y expropiación.

Aplicando las dos primeras perspectivas mencionadas, si un determinado tribunal considera que el concepto de «interés público» no es determinante y otorga mayor relevancia a los efectos adversos de la medida estatal sobre la inversión, habrá mayores posibilidades de considerar que la medida estatal es expropiatoria y, por lo tanto, indemnizable. Por otro lado, si el concepto que se maneja es más bien amplio, así como el criterio relativo a su necesidad de consideración y protección, habrá menores posibilidades de concluir que la medida es expropiatoria, ya que el grado de deferencia hacia los poderes

regulatorios estatales será mayor, lo que reduce la probabilidad de determinar el pago de una indemnización a favor del inversionista.

A pesar de las indefiniciones aún existentes a nivel normativo y jurisprudencial, y como una forma de limitar la amplia discrecionalidad que ejercen los tribunales arbitrales en los laudos de inversión, es posible analizar los cambios producidos en los textos de los recientes tratados de inversión, mediante los cuales se busca un mayor equilibrio entre la protección de la inversión extranjera y las facultades regulatorias, así como una mayor predictibilidad en las decisiones.

Como ya se mencionó, existe una tendencia hacia una mayor interconexión entre tratados internacionales de inversión y tratados para la protección de derechos colectivos o, en general, de tercera generación. Asimismo, se observa una evolución en el contenido de los capítulos de inversión de los recientes tratados de libre comercio (TLC). A continuación, se presenta un breve análisis de algunos de estos últimos.

En el 2004, Canadá, los Estados Unidos de América y México emitieron una declaración conjunta sobre el alcance del término «trato justo y equitativo» del TLCAN. En el anexo B del modelo de tratado bilateral de inversión de Estados Unidos³¹, se explica que las expropiaciones indirectas no serán ilegítimas en circunstancias en las que el objetivo de la regulación sea garantizar la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

Otro ejemplo en el mismo sentido es el artículo 20.8 del Acuerdo Regional del Mercado Común de África Oriental y Meridional (Comesa, Common Market for Eastern and Southern Africa), que establece «regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation»³².

El TLC entre Estados Unidos y Chile, vigente desde el 2004, el TLC entre Estados Unidos y República Dominicana, vigente desde el 2006, y el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y el Perú, vigente desde el

31 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Treaty Between the Government of The United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (consultado el 18 de junio de 2020).

32 United Nations. Investment Policy Hub. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3225/comesa-investment-agreement> (consultado el 18 de junio de 2020).

2009, mencionan en sus preámbulos, de manera semejante, que los términos de los tratados deben ser implementados de conformidad con la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

A lo largo del texto del tratado entre Estados Unidos y el Perú, hay un capítulo sobre propiedad intelectual que incorpora excepciones al cumplimiento de estas obligaciones, en nombre de la protección a la salud pública. Asimismo, contiene un capítulo dedicado únicamente a temas y cuidados ambientales. El artículo 18.1, por ejemplo, con respecto a los niveles de protección, establece: «Reconociendo el derecho soberano de cada una de las Partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus prioridades de desarrollo ambiental, y de adoptar o modificar por consiguiente sus leyes y políticas ambientales, cada Parte se asegurará de que sus leyes y políticas establezcan y estimulen altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental».

En algunos acuerdos bilaterales, como el Tratado de Libre Comercio Singapur-Australia (SAFTA, vigente desde el 2003)³³ y el Acuerdo de Libre Comercio Australia-Hong Kong (vigente desde enero del 2020)³⁴, las partes acordaron específicamente la exclusión o imposibilidad de iniciar un procedimiento de resolución de controversias recurriendo a alegaciones basadas en medidas para el control del tabaquismo.

El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio Perú-Australia (vigente desde febrero del 2020)³⁵ es más amplio, y en el capítulo sobre resolución de controversias entre inversionistas y Estados se establece la imposibilidad de iniciar reclamos contra medidas estatales implementadas para promover o proteger la salud pública³⁶.

En el preámbulo del T-MEC o USMCA (nuevo TLC entre Canadá, Estados Unidos y México, vigente desde el 1 de julio de 2020)³⁷, que reemplaza

33 Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, Singapore-Australia Free Trade Agreement, <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/safta/official-documents/Pages/default> (consultado el 18 de junio de 2020).

34 Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, Australia-Hong Kong Free Trade Agreement, <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/a-hkfta/Pages/default> (consultado el 18 de junio de 2020).

35 Organization of American States, Foreign Trade Information System, Peru-Australia Free Trade Agreement, http://www.sice.oas.org/Trade/PER_AUS/English/PAFTA_Index_PDF_e.asp (consultado el 18 de junio de 2020).

36 «No claim may be brought under this Section in relation to a measure that is designed and implemented to protect or promote public health». Nota al pie 17, Capítulo 8.

37 Gobierno de México, Textos finales del tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730> (consultado el 18 de junio de 2020).

al TLCAN, se pone énfasis en los objetivos del tratado, entre los cuales se encuentran: proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal en sus territorios; promover altos niveles de protección del medio ambiente mediante la aplicación efectiva de sus normas y acciones de cooperación correspondientes, así como promover objetivos de desarrollo sostenible a través del comercio y el apoyo mutuo a políticas y prácticas ambientales.

En el artículo 20.6.a) del T-MEC existe una excepción a las obligaciones del capítulo sobre propiedad intelectual para la protección de la salud pública, cuyo objetivo es que las partes promuevan el acceso a los medicamentos para todos. El capítulo sobre medio ambiente del mismo tratado se ocupa de la necesidad y relevancia de la armonía entre los países miembros en términos de protección del medio ambiente, dejando en claro la importancia de realizar esfuerzos que garanticen el desarrollo sostenible y relaciones comerciales y de inversión saludables. Sobre este punto, el artículo 24.7, que se refiere a la evaluación de los impactos ambientales, señala: «Each Party shall maintain appropriate procedures for assessing the environmental impacts of proposed projects that are subject to an action by that Party's central level of government that may cause significant effects on the environment with a view to avoiding, minimizing, or mitigating adverse effects».

El Tratado Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (vigente a partir del 5 de julio de 2020)³⁸ tiene un alcance similar al TLC Perú-Australia y en el artículo 14.21 de la sección B especifica determinadas medidas para la promoción o protección de la salud pública que no podrán ser objeto de demandas por incumplimiento del tratado³⁹.

Por lo expuesto, se percibe que existe un movimiento global que presta especial atención a las controversias internacionales que involucran derechos públicos, colectivos o difusos. Esto se puede verificar en las secciones relativas a temas ambientales y de salud pública de los recientes tratados de inversión (capítulos de inversión de los TLC) y también en la creciente importancia que los *amici curiae* vienen desempeñando en los recientes laudos arbitrales de inversión. La influencia de los escritos *amicus curiae* en las decisiones arbitrales

38 Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement, <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/iacepa/Pages/indonesia-australia-comprehensive-economic-partnership-agreement> (consultado el 5 de julio de 2020).

39 «2. In relation to a measure that is designed and implemented to protect or promote public health», artículo 14.21 de la sección B.

probablemente aumentará en los nuevos arbitrajes de inversión que surjan como producto de la pandemia de la COVID-19, que involucrará principalmente el tema de la salud pública.

5. En busca de equilibrio entre el derecho a proteger la inversión extranjera y el derecho a proteger la salud pública: el caso Philip Morris versus la República Oriental del Uruguay

En el 2016 se publicó el laudo arbitral de un caso emblemático: Philip Morris versus Uruguay. Influenciado de manera importante por la presentación de escritos *amicus curiae* (incluido uno de la Organización Mundial de la Salud, OMS), utilizó conceptos de la jurisprudencia de derechos humanos y se refirió directamente a la problemática de salud pública y su relación con la inversión extranjera.

En el 2010, la empresa Philip Morris inició un proceso arbitral contra dos medidas dictadas por el Estado uruguayo: i) requisito de presentación única (SPR, Single Presentation Requirement), que prohibía variantes del mismo producto (por ejemplo, Marlboro Red y Marlboro Light); y ii) requisito 80/80, que exigía la presentación de información gráfica sobre riesgos para la salud en el 80% del anverso y reverso de las cajetillas. El objetivo de las medidas era evitar inducir a error al consumidor y garantizar el acceso a información sobre los daños a la salud relacionados con el consumo de tabaco.

En cuanto al mérito, el tribunal arbitral decidió que ninguna de las medidas mencionadas había expropiado las marcas registradas de Philip Morris, ya que los activos mantuvieron suficiente valor económico⁴⁰. El tribunal mencionó, adicionalmente, que las medidas estarían justificadas por la doctrina de los «poderes de policía», en tanto que medidas regulatorias legítimas y proporcionales, implementadas en protección del interés público, no constituyen expropiación indirecta⁴¹.

40 «In the Tribunal's view, in respect of a claim based on indirect expropriation, as long as sufficient value remains after the Challenged Measures are implemented, there is no expropriation». Philip Morris vs. Uruguay, laudo, párrafo 286.

41 «In the Tribunal's view, the adoption of the Challenged Measures by Uruguay was a valid exercise of the State's police powers, with the consequence of defeating the claim for expropriation under Article 5(1) of the BIT». Philip Morris vs. Uruguay, laudo, párrafo 287, 302 y 307.

El inversionista alegó que el artículo 5.1 del tratado bilateral Suiza-Uruguay de 1988 prohíbe la expropiación sin indemnización y que la existencia del poder de policía no exime al Estado de su deber de pagar una compensación, por lo que no se justificaba la expropiación⁴². El tribunal, sin embargo, señaló que el artículo del tratado debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Así, al considerar esta que «se tomará en consideración, junto con el contexto, lo siguiente: [...] c) cualesquiera reglas pertinentes de Derecho Internacional aplicables a las relaciones entre las partes», el tribunal reconoce que la protección de la salud pública es percibida como una manifestación esencial del poder de policía por el derecho consuetudinario⁴³.

El tribunal agregó que la aplicación de las normas de derecho internacional consuetudinario —de conformidad con el artículo 31 (3) (c) de la Convención de Viena— debe hacerse a medida que evolucionan⁴⁴. Esta observación es de especial importancia para el futuro del derecho internacional de las inversiones pospandemia, ya que reconoce la mutación gradual de las costumbres internacionales, que a su vez impactan sobre las reglas del derecho internacional, la forma en que serán interpretados los tratados de inversión y cómo serán juzgadas las conductas de los Estados y de las entidades privadas involucradas, en relación con la protección equitativa de la salud pública y la inversión extranjera.

Lo mencionado en el párrafo anterior demuestra que la perspectiva global influye en el análisis de los casos. Es muy probable que en los arbitrajes de inversión resultantes de controversias relacionadas con la pandemia de la COVID-19, los tribunales analicen los casos desde una perspectiva global y evalúen cómo se comportó la comunidad internacional ante la crisis, sin ignorar las peculiaridades del caso concreto. Asimismo, podrán ser elementos de análisis en los casos relacionados con la COVID-19 la influencia e impacto de las recomendaciones dadas por la OMS a los Gobiernos para enfrentar la pandemia, en conjunto con la responsabilidad internacional específica de cada Estado en la implementación de las medidas cuestionadas.

42 Philip Morris vs. Uruguay, laudo, párrafo 289.

43 Philip Morris vs. Uruguay, laudo, párrafo 290.

44 Se cita en el laudo: “As held by the tribunal in *Mondev v. International Ltd. v. United States of America*, Award, 11 Oct. 2002, (“*Mondev*”) (RLA-117); a NAFTA case, like all customary international law, the international minimum standard has evolved and can evolve... (124). According to *Chemtura*, another NAFTA case, in line with *Mondev*, the tribunal will take account of the evolution of international customary law in ascertaining the content of the international minimum standard” (122).

La empresa Philip Morris también alegó la violación de los estándares de trato justo y equitativo, ya que las medidas fueron supuestamente arbitrarias e inadecuadamente concebidas para cumplir los propósitos de interés público. Este argumento fue rechazado por el tribunal arbitral⁴⁵ por entender que las decisiones tomadas por el Estado uruguayo fueron efectivamente razonables para lograr sus objetivos, bajo la luz de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Control del Tabaco del 2005. Esta no fue aplicada directamente por el tribunal arbitral en la decisión, sino únicamente como importante referencia en el análisis de la razonabilidad de la medida estatal para la protección de la salud pública, al haber ratificado únicamente Uruguay este tratado internacional, mas no Suiza, Estado del demandante.

A la luz de los objetivos de desarrollo sostenible, el importante peso que el tribunal arbitral otorgó a los estándares internacionales para la protección de la salud pública muestra de qué forma y en qué medida los futuros tribunales de inversión podrán adoptar un enfoque de integración más sistémico, en relación con las distintas ramas del derecho internacional.

El caso Philip Morris versus Uruguay constituye una referencia importante en la búsqueda global de un equilibrio entre los derechos de los inversionistas extranjeros y los derechos de los Estados, puesto que el tribunal arbitral analizó el conflicto de manera objetiva, guiado por determinados requisitos relacionados con el ejercicio válido de las facultades regulatorias estatales o del poder de policía, algo que ha sido mencionado en el análisis de varios casos posteriores de inversión.

Para verificar la ocurrencia de expropiación indirecta, el tribunal, en el caso Philip Morris, tuvo que determinar el concepto de poder de policía y verificar su cumplimiento en la situación concreta. Así, analizó si las medidas: a) cumplían el objetivo de proteger la salud pública; b) eran proporcionales al cumplimiento de este objetivo y en relación con el daño ocasionado al particular; c) fueron adoptadas de buena fe; y d) eran medidas no arbitrarias y no discriminatorias.

Al dirigir su análisis al argumento de la violación del estándar de trato justo y equitativo, el tribunal se centró en los conceptos de *arbitrariedad*, *expectativas legítimas* y *estabilidad*.

45 El árbitro Gary Born no estuvo de acuerdo con este punto y argumentó que la medida SPR no había logrado su propósito y había sido superinclusiva y subinclusiva a la vez; la consideró arbitraria y violatoria del estándar de trato justo y equitativo.

En cuanto a la arbitrariedad, el tribunal consideró que las medidas estatales fueron razonables, no discriminatorias, proporcionales y adoptadas de buena fe. Bajo este razonamiento, los árbitros tomaron en consideración la teoría del «margen de apreciación», desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: «The responsibility for public health measures rests with the government and investment tribunals should pay great deference to governmental judgments of national needs in matters such as the protection of public health»⁴⁶.

De cualquier forma, la aplicación de la teoría del «margen de apreciación» no fue aceptada por los tres árbitros. De hecho, no existe consenso entre los tribunales arbitrales sobre cuál es el límite de las facultades regulatorias que tienen los Estados, considerando que todas las situaciones son peculiares y deben, por lo tanto, ser analizadas caso por caso.

Sobre las legítimas expectativas y estabilidad, el tribunal explicó que hoy existe consenso en los recientes laudos de inversión⁴⁷ en cuanto a que los requisitos de «legítima expectativa y estabilidad», como manifestaciones del estándar de trato justo y equitativo, no afectan el derecho y el deber de los Estados a regular y a adecuar sus marcos normativos a las circunstancias particulares⁴⁸.

En este sentido, modificaciones generales en la legislación (en ausencia de cláusulas de estabilidad) no se encuentran prohibidas por el principio de trato justo y equitativo, siempre que no excedan la potestad regulatoria del Estado, no sean arbitrarias o discriminatorias y no modifiquen puntualmente la legislación especial sobre la cual el inversionista se basó en el momento de la inversión.

Sobre este tema, en el caso EDF versus Rumania⁴⁹ el tribunal precisó que el concepto de expectativas legítimas y, en consecuencia, el concepto de trato justo y equitativo sugieren la inmutabilidad del sistema legal y del marco de

46 Philip Morris vs. Uruguay, laudo, párrafo 399.

47 Parkerings-Compagniet (RLA-177), 327-28; BG Group v. Argentina, UNCITRAL, Final Award, 24 Dec. 2007, (CLA-084), 292-310; Plama (CLA-222), 219; Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 Sept. 2008, (CLA-096), 258-61; EDF (CLA-224), ¶ 219; AES v. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 Sep. 2010, (RLA-100), 9.3.27-9.3.35; Total (RLA-190), 123,164; Paushok v. Mongolia, UNCITRAL, Award, 28 Apr. 2011, (“Paushok”) (RLA-75), 302; Impregilo v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, (RLA-061), 290-291; El Paso (CLA-102), 344-352, 365-367.

48 Philip Morris vs. Uruguay, laudo, párrafo 422.

49 EDF (Services) Limited vs. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/375>

negocios, lo que podría considerarse equivocado si se formula de manera demasiado amplia. Agregó el tribunal que el inversionista no puede basarse en el tratado de inversión como si se tratase de una garantía contra los riesgos de cualquier alteración en el sistema legal o en la estructura empresarial del Estado receptor, porque «such expectation would be neither legitimate nor reasonable»⁵⁰.

En el contexto de una crisis económica, en el caso de *El Paso versus Argentina*⁵¹, el tribunal declaró que «there can be no legitimate expectation for anyone that the legal framework will remain unchanged in the face of an extremely severe economic crisis»⁵².

En relación con el principio de trato justo y equitativo, la expectativa del inversionista es legítima cuando espera que las reglas se modifiquen con justificaciones válidas de carácter económico, social o similar. Además, en el caso *Phillip Morris versus Uruguay*, la controversia se refirió a la aprobación de normas generales para la protección de la salud pública, es decir, no se trató de ninguna norma que de manera específica violase las expectativas del demandante.

Sin embargo, existe la posibilidad de que el inversionista pueda legítimamente esperar estabilidad de las reglas de juego ante las modificaciones legales realizadas por el Estado, y esto ocurre, por ejemplo, cuando ha existido un acuerdo previo con el inversionista o una oferta específica del Estado sobre la estabilidad de dichas circunstancias. Por otro lado, en un contexto imprevisible de crisis sanitaria, como el que actualmente enfrenta el mundo, las expectativas legítimas en relación con la estabilidad ante determinadas medidas regulatorias del Estado difícilmente serán las mismas que aquellas existentes en situaciones económicas y de salud consideradas normales.

Cada caso tiene sus propias particularidades, no obstante; incluso situaciones excepcionales que podrían constituir estado de necesidad o fuerza mayor no deben ser consideradas carta blanca para los Estados. Dadas situaciones de este tipo, es indispensable observar las condiciones en las que se adoptó la medida estatal, a fin de verificar si hubo o no trato injusto o discriminatorio, medidas arbitrarias, irrazonables, de mala fe o no proporcionales. En situaciones excepcionales como estas, se deben demostrar determinados requisitos

50 *EDF vs. Rumania*, *award*, párrafo 219.

51 *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/382>

52 *El Paso vs. Argentina*, laudo, párrafo 374.

relativos al cumplimiento del estado de necesidad o de la fuerza mayor que los Estados, muy probablemente, invocarán para justificar las medidas adoptadas en protección de la salud pública durante la pandemia COVID-19.

6. Conclusiones

El derecho internacional de las inversiones se encuentra en constante evolución, ya que la relación jurídica entre inversionistas extranjeros y Estados receptores se halla bajo la influencia constante de factores políticos y económicos internacionales, en forma más inmediata que otras áreas del derecho. Actualmente, la tendencia es que los tratados de inversión extranjera y los propios laudos arbitrales de inversión sean más equilibrados, tomando en debida consideración los derechos y deberes de los inversionistas extranjeros y de los Estados receptores.

En este sentido, un marco importante de referencia que podría significar un cambio en las tendencias de los laudos arbitrales es la decisión en el caso Philip Morris versus Uruguay, en el cual el tribunal arbitral interpretó más allá del texto expreso del tratado de inversiones, considerando las responsabilidades del Estado para legislar y regular en protección de la salud pública. En dicho caso, el tribunal analizó con detenimiento las características de las medidas regulatorias estatales, con el fin de tener la certeza de que las disposiciones del BIT Suiza-Uruguay no habían sido transgredidas y que, de hecho, el objetivo de las medidas regulatorias era la protección de la salud pública. En el análisis de la razonabilidad del acto estatal, también fue esencial la interpretación y consideración de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Control del Tabaco del 2005.

Análisis similares deberán realizarse en los casos arbitrales que probablemente surjan como consecuencia de la pandemia de la COVID-19. No debe presumirse *per se* la legitimidad de las medidas estatales adoptadas bajo la justificación de la protección de la salud pública. Los tribunales deberán analizar con profundidad el contexto de cada país, las características específicas de las medidas adoptadas y verificar si fueron razonables, no discriminatorias, proporcionales y de buena fe. En los casos relacionados con la COVID-19, además, se discutirá ampliamente si se han cumplido o no los requisitos del estado de necesidad o de fuerza mayor que puedan eximir a los Estados de responsabilidad internacional.

Por otro lado, la importancia de los asuntos de interés público viene siendo reconocida en la jurisprudencia arbitral a través de laudos «interdisciplinarios» que, incluso bajo la influencia de escritos *amicus curiae*, justifican sus decisiones tomando en consideración tratados de derechos humanos y para la protección del medio ambiente y de la Salud Pública, entre otros tratados relativos a protección de derechos difusos y colectivos. Esta tendencia se ha reflejado también en los recientes tratados de inversión, en los que, como se ha mencionado a lo largo del artículo, en algunos casos específicos, inclusive, se imposibilita que las partes inicien procesos arbitrales de inversión, por ejemplo, para cuestionar medidas adoptadas en nombre de la salud pública.

Lo ideal, por lo tanto, es hacer esfuerzos para lograr un justo equilibrio entre los derechos y deberes de las entidades privadas y de los Estados, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, tomando en cuenta cuestiones de interés público y la posibilidad de fundamentar laudos arbitrales en tratados de inversión y en otros tratados internacionales aplicables de derechos humanos, así como de otros derechos colectivos o difusos. Creemos que esta visión equilibrada será la que prevalecerá en la resolución de las controversias derivadas de la pandemia COVID-19.

REFERENCIAS

- Bloomer, Phil. «Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response». *Columbia Center of Sustainable Development* (6 de mayo de 2020). <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>
- Boykoff, Pamela, Clare Sebastian y Valentina Di Donato. «In the race to secure medical supplies, countries ban or restrict exports». *CNN Business* (27 de marzo de 2020). <https://edition.cnn.com/2020/03/27/business/medical-supplies-export-ban/index.html>
- Gil, Tamara. «Coronavírus: o que é a polêmica proposta do 'passaporte de imunidade' da covid-19». *BBC News Brasil* (23 de abril de 2020). <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52398538>
- Kallás, Esper. «A polêmica sobre a infecção experimental de humanos para estudos clínicos». *Folha de São Paulo*. <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/esperkallas/2020/05/a-polemica-sobre-a-infeccao-experimental-de-humanos-para-estudos-clinicos.shtml> (consultado el 7 de mayo de 2020).
- Lo, Chang-fa. «A comparison of BIT and the investment chapter of free trade agreements from policy perspective». *Asian Journal WTO & International Health Law & Policy* 3 (2008): 154-162. <https://ssrn.com/abstract=1140626>
- Machado, Anderson. «Pelo menos 6 capitais registram atos a favor de Bolsonaro e contra isolamento social». *Gazeta do Povo* (19 de abril de 2020). <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/manifestacoes-isolamento-capitais/>
- Ordaz, Yeshua. «Acuerdo energético de Cenace afecta 44 proyectos de energías renovables». *Milenio* (6 de mayo de 2020). <https://www.milenio.com/negocios/energetico-cenace-afecta-44-proyectos-energia-novable>
- Paulin, John. «Coronavirus: French police seize 140,000 black market masks». *BBC News* (26 de abril de 2020). <https://www.bbc.com/news/world-europe-52430738>
- Payne, Adam. «Spain has nationalized all of its private hospitals as the country goes into coronavirus lockdown». *Business Insider* (16 de marzo de 2020). <https://>

Necesidad de equilibrio entre protección de la inversión extranjera y protección de la salud pública

www.businessinsider.com/coronavirus-spain-nationalises-private-hospitals-emergency-covid-19-lockdown-2020-3_

Shearman & Sterling. «Covid & International Investment Protection». *Shearman & Sterling* (14 de abril de 2020). <https://www.shearman.com/perspectives/2020/04/covid-19-international-investment-protection>

Taylor Hatmaker. «White House says it is ordering more companies to make ventilators». *Techcrunch* (2 de abril de 2020). <https://techcrunch.com/2020/04/02/trump-coronavirus-dpa-gm-medtronic-resmed/>

United Nations. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001*. United Nations, 2005. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

Sobre los autores

Christian Carbajal Valenzuela

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Perú, magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick, Reino Unido. Asesor legal en arbitrajes de inversión extranjera ante el Ciadi y la CCI. Profesor de los cursos de Derecho Comercial Internacional y Arbitraje Internacional de Inversiones en universidades del Perú y Brasil. Socio de Wöss & Partners S. C. (W&P), con sedes en México y Washington D. C., y de Braz Gama Monteiro Advogados (BGM), con sedes en São Paulo y Curitiba. Director de Arbitraje de la Cámara de Arbitraje y Mediación de Santa Catarina (CAMESC), Brasil.

Luiza Adena Engers

Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUCPR), Curitiba, Brasil. Participación en el Máster en Derecho Internacional de la Université SciencePo y Lumière Lyon2, Lyon, Francia. Curso Laboratorio de Arbitraje, Facultad de Derecho y Negocios Allez-y, Curitiba, Brasil. Fundadora de la Cámara de Arbitraje Online Arbi-ON. Seleccionada por SEBRAE como una de las diez mujeres innovadoras de Paraná, Brasil.