

ARTÍCULOS

La retirada del Estado: Releyendo a Susan Strange en clave de solución de controversias inversor-Estado

The retreat of the State: Re-reading Susan Strange from investor-State dispute settlement

Magdalena Bas Vilizzio

Universidad de la República y Sistema Nacional de Investigadores, Uruguay

RESUMEN Desde la intersección entre el derecho internacional y la economía política internacional, el presente trabajo tiene como objetivo realizar una relectura de los aportes de Susan Strange aplicándolos al régimen de solución de controversias inversor-Estado, tema no estudiado por la autora. Por consiguiente, se examina cómo impacta la retirada del Estado en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, y de qué manera se expresa el poder estructural de las empresas transnacionales en casos concretos de controversias. El artículo cierra vinculando las ideas anteriores con la crisis de la pandemia de covid-19 y el *retorno del Estado*.

PALABRAS CLAVE Solución de controversias inversor-Estado, Susan Strange, poder estructural, Estados, empresas transnacionales.

ABSTRACT From the intersection between International Law and International Political Economy, this article aims to reread Susan Strange's contributions and apply them to the investor-state dispute settlement regime, a topic that was not studied by the author. Therefore, the article examines how the retreat of the State impacts investor-State dispute settlement regime, and how the structural power of transnational corporations is expressed in specific cases of disputes. The article closes by linking the previous ideas to the covid-19 pandemic crisis and the *return of the State*.

KEYWORDS Investor-State Dispute Settlement, Susan Strange, structural power, States, transnational corporations.

Punto de partida: solución de controversias inversor-Estado

El sistema internacional contemporáneo se caracteriza por la heterogeneidad y multiplicidad de actores y una agenda extensa y menos jerarquizada (Tomassini, 2006), temas que impactan directamente en los aportes desde las relaciones internacionales que han sido tradicionalmente estatocéntricos. Incluso autores cuyo centro de análisis era el Estado, incorporaron una mirada más amplia a los fenómenos internacionales. Este es el caso de Puig, que en 1980 ya destacaba cómo «la creciente transnacionalización del mundo, o sea, la realización de actividades políticas, económicas y sociales en diversas naciones por entidades que no forman parte del gobierno *strictu sensu* de un Estado, ha añadido nuevos «actores» al protagonismo internacional» (Puig, 1980: 140).

El creciente número de actores, su mayor incidencia en la escena internacional, y la heterogeneidad de la agenda dan pie a cambios estructurales en la naturaleza, fuentes y redistribución del poder (Sanahuja, 2008: 379). Es en esta nueva geografía de poder, como la define Sassen (2010), que las empresas transnacionales han aumentado su relevancia como actores internacionales, incluso ocupando parcelas de poder que tradicionalmente pertenecían a los Estados (Strange, 2001: 101). Este escenario internacional ha sido el marco para que más de 3.200 tratados internacionales hayan otorgado a los inversores extranjeros el derecho de iniciar procesos arbitrales ante tribunales *ad hoc*, administrados por organizaciones internacionales intergubernamentales e instituciones privadas, en caso de que entiendan que sus derechos son vulnerados.

El régimen de solución de controversias inversor-Estado¹ se asienta en siete reglas: 1) el inversor extranjero tiene *locus standi* y *ius standi*, no así el Estado receptor de la inversión;² 2) existe un período de enfriamiento desde el anuncio del interés en ini-

1. El régimen de solución de controversias inversor-Estado es parte un régimen mayor que lo contiene, el de protección internacional de inversiones. Este tiene como principio fundamental la promoción y protección de inversiones extranjeras, de este se derivan una serie de principios, a saber: 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; 5) solución de controversias inversor-Estado mediante la prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional, pudiéndose considerar a este último como un régimen internacional en sí mismo dadas sus características particulares y complejidad (Bas Vilizzio, 2018). Cabe señalar que Strange (1982) había marcado la limitación de la teoría de los regímenes internacionales al analizar el Acuerdo General de Aranceles y Comercio 1947, puesto que los incumplimientos de las normas se habían multiplicado en vez de descender por efecto de la construcción de un régimen internacional. Sin perjuicio de lo anterior, es destacable que el cumplimiento de la norma debe estar apoyado por mecanismos de solución de controversias que permitan evaluar la conducta, determinen un castigo, y permitan volver al *statu quo* inicial. Asimismo, estos mecanismos deben ser legítimos, en términos jurídicos y sociológicos, para no perder credibilidad.

2. En escasos instrumentos normativos se prevé la posibilidad de presentar demandas reconvenio-

ciar una disputa; 3) no es obligatorio, salvo disposición en contrario, el agotamiento previo de la jurisdicción doméstica; 4) los tribunales arbitrales son creados *ad hoc*, pudiendo estar administrados por una institución internacional pública o privada; 5) los laudos no son susceptibles de apelación como regla general; 6) los tratados bilaterales de inversión (TBI) suelen contener una cláusula de ultractividad para las disposiciones sustantivas, que permite su aplicación aun después de su terminación; 7) cláusula de la nación más favorecida, aplicable incluso en relación con el no agotamiento de la jurisdicción doméstica³ (Bas Vilizzio, 2018).

Si bien el primer TBI fue celebrado en 1959 entre Alemania y Pakistán, y la primera controversia es registrada en 1987,⁴ el auge del régimen no se consagra hasta entrada la década de los noventa (véase **figuras 1 y 2**). La Unctad (2015) denomina a esta etapa la *era de la proliferación* (1990-2007), período acunado en el Consenso de Washington, que dentro de sus diez puntos propulsa la apertura a la inversión extranjera directa. Por consiguiente, en esta etapa se genera el clima propicio para la construcción del entramado de acuerdos que forman la red básica del régimen actual, celebrándose el mayor número de acuerdos de inversiones hasta la fecha (aproximadamente el 70%), tanto a nivel bilateral, como regional y multilateral. Además de un importante número de TBI, se destacan el Tratado de la Carta de la Energía (1994) a nivel europeo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, así como una serie de acuerdos con disposiciones relativas a inversiones en el marco de la Organización Mundial del Comercio, OMC (1994): el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas 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, especialmente el trato justo y equitativo, da lugar a un aumento casi constante en el número de demandas presentadas por inversores extranjeros (véase **figura 2**). Cabe destacar que durante esta

nales. Una disputa particularmente importante en este sentido es el caso *Urbaser contra Argentina* (caso CIADI, ARB/07/26), donde el Estado presenta una demanda reconvenional (conforme al artículo X del TBI Argentina-España) basada en el incumplimiento por parte de los inversores extranjeros del derecho humano al agua. Si bien la demanda reconvenional fue desestimada, la disputa pasará a la historia por la introducción al análisis de las obligaciones de las empresas en torno a los derechos humanos. En este sentido, véase el tratamiento del tema en Bas Vilizzio (2019) y Echaide (2016). Texto del laudo disponible en <https://bit.ly/3aRoMeJ>.

3. El laudo en el caso *Maffezini contra España* (caso CIADI, ARB/97/7) es un punto de inflexión al establecer que la cláusula de la nación más favorecida se aplica a cuestiones materiales, así como procedimentales.

4. Disputa entre AAPL y Sri Lanka, caso ARB/87/3 dirimido en el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

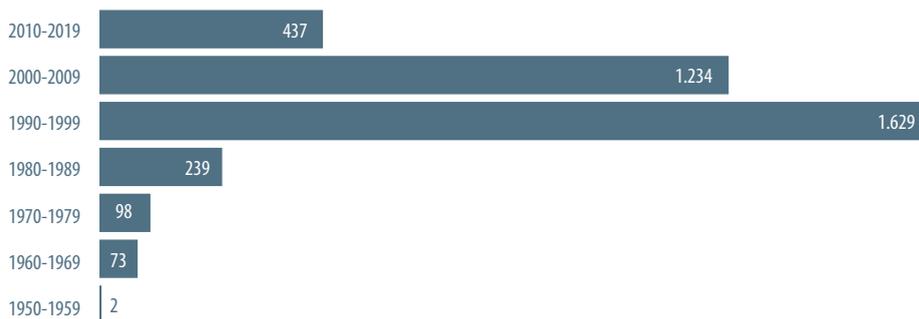


Figura 1. Número de acuerdos internacionales de inversiones celebrados por década (total de Estados del mundo). Fuente: Elaboración propia en base a datos del *Investment Policy Hub* de la Unctad.

fase tiene lugar la crisis económica de Argentina (2001), cuyas medidas paliatorias fueron el germen de 37 demandas y llevaron a Argentina a ser el Estado más demandado del mundo,⁵ con 62 demandas.⁶

Si bien la solución de controversias es un tema que puede ser analizado desde el punto de vista estrictamente jurídico, el tema requiere un acercamiento más amplio dado su impacto en el sistema internacional actual y el creciente poder de las empresas transnacionales, como se indicara al comienzo de este trabajo. Es por este motivo que, desde el abordaje de las relaciones internacionales como disciplina y analizando desde la intersección entre el derecho internacional y la economía política internacional, el presente trabajo tiene como objetivo realizar una relectura de los aportes de Susan Strange, aplicándolos al régimen normativo de solución de controversias inversor-Estado y generando al mismo tiempo un diálogo con otros autores expertos en el análisis de las relaciones internacionales. En particular, se busca responder a las siguientes preguntas: 1) ¿cómo impacta la retirada del Estado en el régimen de solución de controversias inversor-Estado?; 2) ¿de qué manera se expresa el poder estructural de las empresas transnacionales en casos concretos de controversias entre inversores extranjeros y Estados huéspedes de la inversión?

La retirada del Estado y el condicionamiento de la soberanía

En *La retirada del Estado* (2001)⁷ Susan Strange plantea un vuelco en el equilibrio de poder en la relación Estado-empresas en detrimento del primero. Los Estados abandonaron parcelas de poder en las que anteriormente regulaban, en particular

5. Datos disponibles en <https://bit.ly/34WFsRb>. Para un análisis de los arbitrajes de inversiones a consecuencia de la crisis argentina, véase Fernández Alonso (2013), Ricaurte Herrera (2012) y Perrone (2008).

6. Conforme al *Investment Policy Hub* de la Unctad. Datos disponibles en <https://bit.ly/3boGolj>.

7. Año de la edición en español.

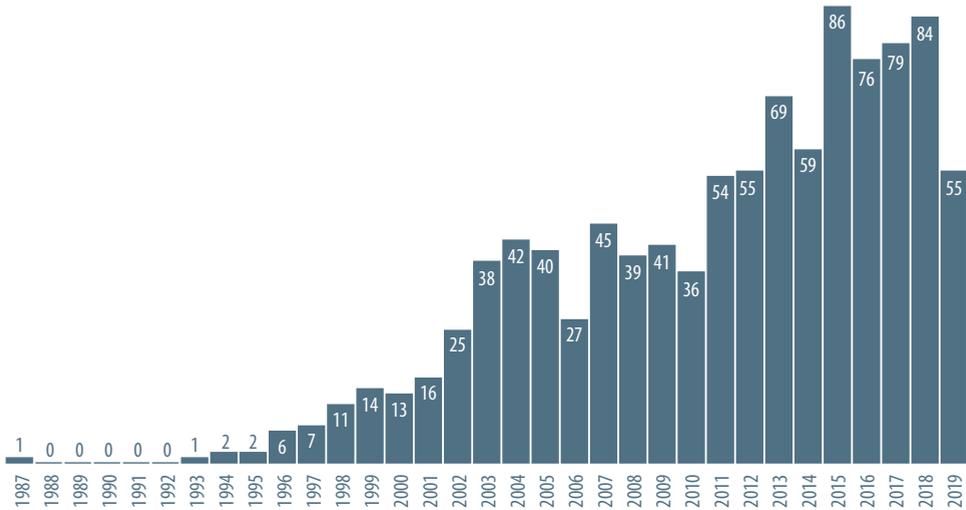


Figura 2. Número de controversias conocidas según año de inicio.
Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Policy Hub de la Unctad Datos disponibles en <https://bit.ly/34WFsRb>.

respecto de áreas que pasaron a estar en manos de actores no estatales. Este abandono es voluntario, incondicionado y temporal. Es voluntario porque los Estados celebran acuerdos internacionales que le permiten ingresar al régimen, no es un caso de coerción. Es incondicionado porque al momento del ingreso al régimen el Estado no pone condiciones, aunque espera obtener ventajas por ser parte del régimen. Finalmente, es temporal porque es el propio Estado que, mediante la celebración de tratados internacionales, erosiona su soberanía en materia de inversiones mientras los acuerdos estén en vigor.⁸

Este fenómeno no significa que las empresas transnacionales hayan desplazado a los Estados o que estos vayan a desaparecer como actores del sistema internacional. En el contexto actual, la soberanía se encuentra condicionada o limitada producto de la propia conducta estatal. No obstante, la soberanía no desapareció como atributo del Estado, más allá de su evolución, ni han desaparecido los Estados como forma de organización política.⁹ Como afirma la autora:

Las empresas transnacionales no han desplazado a los gobiernos de los Estados, sin duda se han hecho con algunas de sus parcelas de poder. Es cada vez mayor la autoridad que ejercen en paralelo a la de los gobiernos, en materia de dirección econó-

8. Como se analizará más adelante, este punto es reconocido por la Unctad en el año 2003.

9. Cabe destacar que como respuesta a la nueva realidad que Strange ya percibía en 1995, la autora impulsa una acción colectiva que proteja al Estado y frene su declive en el sistema internacional (Strange, 1995: 294).

mica con respecto a la localización de la industria y de la inversión, a la orientación de la innovación tecnológica, a la gestión de las relaciones laborales y a la imposición fiscal sobre los beneficios (Strange, 2001: 101).

En materia de protección de inversiones, más específicamente en términos de arbitrajes iniciados por inversores extranjeros, el condicionamiento de la soberanía se manifiesta en la erosión del espacio de política pública. Este fenómeno es sustancialmente diferente a la tradicional intervención en sentido militar, que implica una violación del principio de no intervención por parte de otro Estado. Aun así, se percibe una pérdida progresiva de la autoridad real del Estado, fenómeno que no se ha dado porque las empresas le hayan quitado poder a los Estados, sino que fueron estos los que se lo otorgaron, al minimizar sus competencias (Strange, 2001: 73-74) y autolimitarse en busca de inversiones de manos de empresas transnacionales (Bermeyo García, 2015: 95).

Ahora bien, es importante tener en mente que cuando se hace referencia al Estado en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, en ocasiones el poder estatal y el poder corporativo actúan como un tándem frente a otros Estados receptores netos de inversiones (Sornarajah, 2015: 23). Esta afirmación no implica una contradicción con la idea de la retirada del Estado, sino que muestra que el desbalance de poder detectado por Strange no solo se refleja en la situación de los Estados frente a las empresas transnacionales, sino que existe un desbalance entre los propios Estados según su lugar en relación con la figura de los inversores (Estado de nacionalidad de la empresa o Estado receptor de la inversión).

Desde el punto de vista del derecho internacional, la retirada del Estado se manifiesta en la aparición de un derecho global sin Estado, en palabras de Teubner (1997). Esto es, la construcción de un ordenamiento jurídico que parece dejar de lado al Estado en su rol activo como creador de normas jurídicas y como entidad encargada de resolver controversias. El autor plantea como principales ejemplos de este fenómeno la difusión y extensión de la *lex mercatoria* y el uso del arbitraje como mecanismo para resolver conflictos. El sistema internacional actual, definido por Tussie (2019: 110) como una suerte de *multilateralismo corporativo* y siguiendo el análisis sociológico propuesto por Sassen (2010), se caracteriza por la privatización y desnacionalización de políticas que anteriormente pertenecían a la esfera pública; la privatización normativa, y las transformaciones dentro del Estado que lo hacen funcionar en base a la lógica de la globalización (Sassen, 2010: 107-108).

Por tanto, frente a un Estado que desregula y actores no estatales que privatizan parte de la producción normativa, Sassen (2010: 110) cuestiona si «¿el papel del Estado es simplemente el de reducir su autoridad [...]? ¿o también requieren nuevos tipos de regulación, leyes y decisiones judiciales, en resumen, la producción de un nue-

vo conjunto completo de nuevas «legalidades»?». Concluye que, si bien los Estados perdieron exclusividad en la producción de normas, mantienen un rol fundamental, sobre todo tomando en cuenta la necesidad de que regulen, o vuelvan a regular, aspectos de interés público frente al avance de la globalización. La autora ya había afirmado en *¿Perdiendo el control?* (2001) 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: 45).¹⁰

Adicionalmente, este aumento del dominio privado se ha institucionalizado mediante el desarrollo de mecanismos de gobernanza privados, fenómeno que afecta la exclusividad de la autoridad del Estado y del derecho internacional (Sassen, 2010: 133). En el caso del régimen de solución de controversias inversor-Estado, la retirada del Estado se manifiesta, entre otros aspectos, en la competencia de resolver disputas que involucran al propio Estado con inversores extranjeros, más aún en los casos que el agotamiento previo de la jurisdicción doméstica no sea obligatorio. Casos en los que el Estado no tiene presencia jurisdiccional ni en instancias previas al arbitraje internacional.

La retirada del Estado determina que sean los tribunales arbitrales *ad hoc* los encargados de resolver las disputas. Se trata de tribunales internacionales con fuerte arraigo jurídico-institucional e histórico en el derecho privado, y cuyo fin último es controlar la legalidad de la actividad o inactividad estatal comportándose como órganos de contralor externo (Hernández González, 2017; Postiga, 2013: 182; Van Hurten y Loughlin, 2016: 149). Este aspecto es señalado en la carta que un grupo de 230 profesores de derecho y economía de diferentes universidades de Estados Unidos¹¹ enviaron al presidente Trump el 25 de octubre de 2017,¹² instándolo a remover el régimen de solución de controversias inversor-Estado de la renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y cualquier tratado comercial o de inversiones que Estados Unidos firme en el futuro.

En suma, es el propio Estado que mediante la celebración de tratados internacionales en materia de inversiones erosiona su soberanía. Si bien este efecto puede verse prioritariamente en términos económicos, cuando la Unctad introduce por primera vez el análisis de la limitación del *national policy space* (espacio de política pública) no distingue entre aspectos económicos y no económicos. En este sentido, en el *In-*

10. *A posteriori* de la crisis global de 2008, la literatura discute si se ha alcanzado una etapa de desglobalización, estancamiento de la globalización, ralentización, retirada de la hiperglobalización, o incluso el fin de la globalización.

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

12. Texto disponible en <https://bit.ly/2JslDty>.

forme sobre las inversiones en el mundo, la Unctad (2003) señala una posible tensión entre las disposiciones de los acuerdos internacionales de inversiones y el espacio de política pública, indicando respecto a este último que:

Su base es el derecho de regular, una prerrogativa soberana que deriva del control del Estado sobre su territorio y es un elemento fundamental en el régimen jurídico internacional de los Estados soberanos. A pesar 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 en relación a este punto. Estos acuerdos internacionales, como otros textos legales, son especificaciones de obligaciones legales que limitan la autonomía soberana de las partes¹³ (Unctad, 2003: 145).

En este punto el rol de los Estados es fundamental mediante la inclusión en los tratados de un elenco de temas a ser protegidos y que no puedan ser vulnerados por otras normas internacionales. Ejemplos de estos temas son: derechos humanos, protección del medioambiente, salud pública, seguridad nacional, entre otros. Se evidencia un camino que ya se está recorriendo en este sentido, tendiendo a la construcción de un nuevo concepto de soberanía, el cual la autora de este artículo denomina *soberanía regulatoria* y que será objeto de otros trabajos.

El poder estructural y las empresas transnacionales

Habiendo analizado cómo impacta la retirada del Estado en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, se pasará a examinar de qué manera se expresa el poder estructural de las empresas transnacionales en casos concretos de controversias entre inversores extranjeros y Estados huéspedes de la inversión. Por tanto, el primer elemento es definir poder estructural. En términos de Strange, es la «capacidad de una persona o de un grupo de personas para influir en los resultados de tal forma que sus preferencias tengan prioridad sobre las preferencias de los demás» (Strange, 2001: 38). Sanahuja (2008: 324) explica que es necesario distinguir entre el poder *de quién* (poder referido a los actores, capacidades y recursos), *sobre quién* (poder relacional), y *sobre qué* (poder estructural). Poder relacional es la capaci-

13. Traducción propia. Versión original: «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».

dad o propiedad de un actor que le permite influir sobre otro actor, mientras que el poder estructural «confiere el poder de decidir cómo deberán hacerse las cosas, el poder de moldear las estructuras dentro de las cuales los Estados se relacionan entre sí» (Strange, 1994).¹⁴

En otros términos, el poder estructural es la capacidad que le permite a un actor ser quien defina las reglas de juego, de manera que las conductas de los demás actores se acomoden a sus intereses, puesto que estos determinan cuáles son las conductas legítimas o permitidas. Desde el punto de vista de la economía política internacional, Strange plantea cuatro estructuras primarias entre las cuales esta divide el poder estructural y que, a su vez, se comportan como fuentes de poder. Estas son la estructura de la seguridad, de la producción, del crédito y las finanzas, y del conocimiento. Ninguna de ellas tiene preeminencia sobre las demás, sino que cada una se relaciona y apoya sobre las otras. A su vez, plantea cuatro estructuras secundarias: la estructura del comercio, de la energía, del transporte, y del bienestar (*welfare*).

Si bien en la década de los ochenta y comienzos de la década de los noventa Strange realiza un análisis casi exclusivamente estadocéntrico, en estudios posteriores amplía la mirada a otros actores no estatales que fueron ganando poder en las diferentes estructuras. Es por esto que, en *States and Market*, la autora afirma que la estructura de la seguridad está construida en base a la figura del Estado (Strange, 1994). De hecho, el Estado fue por mucho tiempo el actor que tenía el monopolio del uso de la fuerza, aunque en la actualidad el crimen internacional organizado, las redes terroristas, las comunidades beligerantes o los movimientos nacionales de liberación también emplean la fuerza armada, de manera ilícita o lícita en el último caso. Por tanto, el poder en la estructura de la seguridad lo tienen aquellos actores que tienen los medios para ejercer el control de la seguridad y, en consecuencia, obtienen beneficios materiales políticos o de estatus (Sanahuja, 2008: 325).

La estructura de la producción es el conjunto de acuerdos en los que se establece qué se produce, quién lo hace y para quién, con qué métodos y bajo qué términos (Strange, 1994). Es en esta estructura que la autora ya visualiza la creciente dominación de las empresas transnacionales, que en el régimen de protección de inversiones puede verse reflejada en el ingreso de empresas extranjeras en el proceso de privatización de los servicios públicos dentro de las medidas propuestas por el Consenso de Washington, así como la creciente atracción de inversiones en las industrias extractivas. De hecho, el segundo sector económico con mayor número de controversias inversor-Estado es el sector minería e industrias extractivas (15,9% del total de

14. Traducción propia. Refiriéndose al poder estructural, dice en su versión original: «Confers the power to decide how things shall be done, the power to shape frameworks within which states relate to each other».

controversias conocidas).¹⁵ Asimismo, Argentina es el Estado más demandado del mundo (62 demandas) por las medidas tomadas para paliar los efectos de la crisis económica de 2001, y gran número de esas demandas son de manos de empresas proveedoras de servicios públicos privatizados.

En tercer lugar, la estructura de las finanzas es el conjunto de acuerdos relativos a la disponibilidad del capital, mediante la aceptación o rechazo a otorgar créditos y el control de los tipos de cambio de una moneda respecto a otras (Strange, 1994). Los actores privados también han aumentado su poder en esta estructura, particularmente los bancos y fondos de inversión. A nivel del régimen de protección de inversiones se destaca la presencia de dos entidades internacionales que fortalecen la presencia de empresas extranjeras que invierten en Estados en desarrollo. La primera es la Corporación Financiera Internacional, agencia del Grupo Banco Mundial, que brinda préstamos a empresas privadas que invierten en Estados en desarrollo, y la segunda es el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, también agencia del Grupo Banco Mundial, cuyo fin es brindar garantías a las inversiones de empresas privadas en Estados en desarrollo.

Finalmente, la estructura del conocimiento, la menos profundizada por Strange, es aquella que se relaciona con el desarrollo de nuevos conocimientos, su almacenamiento y comunicación (Strange, 1994). En materia de solución de controversias inversor-Estado esta estructura se ve cuestionada en los dos casos presentados por la tabacalera Philip Morris Asia contra Australia¹⁶ (en base a las normas que establecen la cajilla plana) y Philip Morris contra Uruguay¹⁷ (en función de la regla de la presentación única y la regla del 80/80).¹⁸ En ambos casos el inversor puso foco en la propiedad intelectual, en concreto el uso de una marca, como una inversión protegida por una norma de fuente convencional que es presuntamente violada por el Estado receptor de la inversión. El centro de la disputa, en definitiva, es la colisión entre las normas que protegen inversiones extranjeras y el derecho humano a la salud.

Una marca permite al consumidor identificar al productor y diferenciarlo de sus competidores, y por ende confiar en el conocimiento aplicado y desarrollado por la

15. El primer lugar lo ocupa el sector suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado, abarcando el 18,9% de las controversias conocidas. Datos disponibles en <https://bit.ly/3hviXlj>.

16. Caso número 2012-2 dirimido en la Corte Permanente de Arbitraje. Texto del laudo del 17 de diciembre 2015, disponible en <https://bit.ly/2KK6jJv>.

17. Caso ARB/10/7 dirimido en el CIADI. Texto del laudo del 8 de julio de 2016, disponible en <https://bit.ly/2L4fofY>.

18. La regla de la presentación única establece que por cada marca comercial únicamente se podrá comercializar una versión de producto (ejemplo: suave, convencional, mentolado, etcétera). La regla del 80/80 regula la obligación de colocar advertencias sanitarias en el 80% del empaque de cigarrillos, tanto por el frente como por el reverso. Un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay puede encontrarse en Bas Vilizzio (2017a).

empresa para el producto que consume. Sin perjuicio de lo anterior, es importante considerar dos elementos más allá de los casos concretos de controversias. El primero es que no parece haber discusión sobre si la protección brindada a quien registra una marca puede ceder frente a la protección de bienes públicos globales que se consideran superiores, como la salud pública. El segundo, refiere a si las medidas tomadas en materia de salud pública, y que impactan sobre el uso de la marca, se dan en ejercicio válido del derecho de regular, corazón del espacio de política pública. Este último aspecto fue el elemento central para que el laudo en el caso Philip Morris contra Uruguay no atribuyera responsabilidad al Estado.

Aun así, la aceptación de la solicitud de inicio de los arbitrajes, el tiempo que insurmieron los procesos, los costos asumidos por los Estados (recuperados al final de los procesos, parcialmente en el caso de Uruguay), no pueden ser descartados. Por otra parte, el caso de Nueva Zelanda y el empaque genérico de cigarrillos es ilustrativo. En 2012 Nueva Zelanda detuvo la discusión de la ley de empaque genérico de cigarrillos, retomándola una vez que el laudo en el caso Philip Morris Asia contra Australia fue favorable al Estado. Las medidas tendientes a una mayor protección de la salud pública, Ley de Ambientes libres de humo de tabaco del 14 de septiembre de 2016¹⁹ y el Decreto sobre Ambientes libres de humo de tabaco del 6 de junio de 2017,²⁰ que establecen los mecanismos de implementación del empaque genérico y su aplicación a partir del 14 de marzo de 2018, estuvieron paralizadas por casi cinco años, operando el congelamiento o parálisis normativa. Esto es, el Estado se abstiene de regular o continuar un proceso normativo (discusión, elaboración, sanción, entrada en vigor o implementación) frente a una demanda o amenaza de demanda. Incluso, el congelamiento o parálisis normativa puede darse en otros Estados que, al encontrarse en una situación similar, sean disuadidos de regular.

Una situación similar se evidencia en el caso de El Salvador frente al arbitraje iniciado por la minera Pacific 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 en tanto no se aprobara una nueva ley de minería. Dado que la empresa considera que su inversión perdió valor y que El Salvador modificó ilegítimamente el régimen jurídico en el marco del cual invirtió, inicia un arbitraje solicitando una indemnización de 314 millones de dólares.

En el laudo del 14 de octubre de 2016,²¹ el tribunal desestima las pretensiones de Pacific Rim, al considerar que, a la fecha del anuncio del presidente Saca, la empresa no tenía derechos de explotación en vigor, por tanto, el reclamo de daños y perjuicios

19. Texto disponible en <https://bit.ly/2KO8FHL>.

20. Texto disponible en <https://bit.ly/2KZ67G1>.

21. Caso ARB/09/12 dirimido en el CIADI. Texto del laudo disponible en <https://bit.ly/3n1PtTo>.

no es amparado por el derecho salvadoreño ni el derecho internacional. Asimismo, 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; la ley que prohíbe la minería metálica en suelo y subsuelo termina siendo sancionada el 29 de marzo de 2017,²² siete años después del inicio del litigio.²³

Ambas características del régimen coadyuvan a que las empresas transnacionales puedan ser percibidas como creadoras indirectas de normas, ya que las demandas o amenazas de demandas impactan sobre la producción normativa doméstica. En este sentido, Arato afirma que la parálisis normativa puede tener como efecto percibir a las empresas transnacionales como creadoras de normas, dada su presión en las diferentes etapas vinculadas a la vida de los tratados, hecho que amenaza bienes públicos globales y locales, como el desarrollo económico, los derechos humanos, la protección del medioambiente o la salud pública (Arato, 2015: 283).

A modo de cierre: ¿covid-19 y retorno del Estado?²⁴

La expansión de la pandemia de la enfermedad provocada por el nuevo coronavirus (covid-19) a escala global generó una estado de situación que puede ser concebido como una crisis dentro de una crisis mayor: la crisis de la globalización (Sanahuja, 2020). En este marco, el reclamo de un retorno del Estado en la economía se hizo sentir,²⁵ como contracara o respuesta frente al *statu quo* de retirada del Estado. En efecto, las diferentes medidas adoptadas por los Estados para evitar la propagación del virus, así como disminuir sus efectos económicos y sociales, ponen de manifiesto una extensión de la regulación estatal en tiempos de emergencia sanitaria. Bocetando un escenario pospandemia, ¿qué impacto pueden tener estas medidas frente al régimen de solución de controversias inversor-Estado?

Es pertinente considerar el eventual aumento del número de demandas, además del congelamiento normativo que una amenaza de demanda pudiera ocasionar. En este sentido, en el Informe de la Unctad *Respuestas a la pandemia en materia de políticas de inversiones* (2020), la institución reconoce que los acuerdos internacionales de inversiones entrañan el riesgo del aumento de demandas frente a las medidas adoptadas para paliar el covid-19. La mayoría de los tratados fueron celebrados en

22. Texto disponible en <https://bit.ly/3ryUTsN>.

23. Para un análisis más profundo de las implicancias del caso *Pac Rim contra El Salvador* véase Bas Vilizzio (2017b).

24. Un análisis particular de este punto puede verse en Bas Vilizzio (2020).

25. El reclamo de *más Estado* estuvo presente incluso desde el editorial de *Financial Times* del 3 de abril de 2020, titulada «Virus lays bare the frailty to social contract», en el cual se exhorta a un nuevo contrato social, donde la redistribución, los impuestos a la riqueza y la renta mínima universal sean parte de la agenda de los gobiernos. Disponible en <http://on.ft.com/37V7TB6>.

un momento en que la agenda de los Estados no priorizaba bienes públicos globales como la salud pública, por tanto, no establecen limitaciones respecto al acceso a los arbitrajes internacionales, aun en caso de medidas de emergencia sanitaria.

De hecho, las excepciones incorporadas en tratados recientes están vinculadas con las medidas de control del tabaco, no así con otras áreas de la salud pública u otras áreas de regulación de bienes públicos globales o temas sensibles. Ejemplo de la excepción del control del tabaco ante el arbitraje inversor-Estado son el artículo 29.5 (capítulo Excepciones y Disposiciones Generales) del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018, vigente);²⁶ el artículo 22 del capítulo 8 (Inversiones) del Tratado de Libre Comercio Singapur-Australia (enmienda de 2016, vigente),²⁷ y el artículo 13 del TBI Singapur-Kazajistán (2018, no vigente).²⁸ Este último con un espectro mayor, ya que no refiere exclusivamente a las medidas de control del tabaco, sino a cualquier medida respecto al tabaco o productos relacionados.

Frente a la inexistencia de excepciones generales en materia de salud pública o específicas respecto a la crisis del covid-19, desde la academia y la sociedad civil se ha propulsado una limitación en el acceso a futuros arbitrajes vinculados con la pandemia, así como una moratoria de los arbitrajes en curso, cualquiera sea su objeto (Gallagher y Kozul-Wright, 2020).²⁹ Sin embargo, la tendencia global de los últimos cinco años ha sido hacia instancias más profundas, a saber: 1) la exclusión total o parcial del régimen, como en los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil (celebrados desde el año 2015) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (T-MEC) (vigente desde el 1 de julio de 2020);³⁰ 2) la terminación de los acuerdos, como el Acuerdo de terminación de los TBI entre 23 miembros de la Unión Europea (celebrado en mayo de 2020, no vigente);³¹ 3) la propuesta de mecanismos alternativos, como el Sistema de Tribunales de Inversiones de la Unión Europea en el

26. Texto disponible en <https://bit.ly/3rxHX6p>.

27. Texto disponible en <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/agreement-to-amend-the-singapore-australia-free-trade-agreement.pdf>.

28. Texto disponible en <https://bit.ly/3nY9yv7>.

29. Véase también Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), «Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response», 6 de mayo de 2020, disponible en <http://bit.ly/2M9hLi2>; y «Open Letter to Governments on ISDS and COVID-19», disponible en <https://bit.ly/2KATSzN>.

30. El T-MEC únicamente prevé el arbitraje inversor-Estado para México y Estados Unidos para el incumplimiento de las disposiciones de trato nacional, nación más favorecida y expropiación directa (Anexo 14-D) y para cualquier disposición cuando estén involucrados contratos de gobierno en los sectores hidrocarburos y gas, telecomunicaciones, generación de energía, transportes y proyectos de infraestructura (Anexo 14-E). Texto del capítulo de inversiones disponible en <https://bit.ly/2Jsf8XF>.

31. Texto disponible en <http://bit.ly/3rwUgQe>.

CETA (capítulo de inversiones, no vigente) y la modernización del Acuerdo Unión Europea-México (negociaciones concluidas en abril de 2020).³²

En suma, el reclamo de *más Estado* como efecto reflejo de la pandemia de covid-19 y el posible aumento del número de demandas es una instancia más en la discusión de los riesgos del régimen de solución de controversias inversor-Estado. El retorno del Estado debe darse al tiempo de una reforma del régimen. La tendencia global ya indicaba un camino, aunque destejer un entramado de más de 3.200 acuerdos internacionales de inversiones es complejo y la negociación de una nueva legalidad debe incluir voces desde Estados con diferentes características e intereses, pero también de otros actores que reciben los impactos directos de las inversiones, como las comunidades locales.

Referencias

- ARATO, Julian (2015). «Corporations as Lawmakers». *Harvard International Law Journal*, 56 (2): 229-295. Boston: Harvard University. Disponible en <https://bit.ly/37V4eDm>.
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2017a). «El laudo del caso Philip Morris contra Uruguay: del primer plano al general». En Lincoln Bizzozero y Wilson Fernández Luzuriaga (editores), *Anuario de política internacional y política exterior 2016-2017*, (pp. 269-273). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- . (2017b). «Pac Rim contra El Salvador: cuando la protección del medioambiente se impone». En Lincoln Bizzozero y Wilson Fernández Luzuriaga (editores), *Anuario de política internacional y política exterior 2016-2017*, (pp. 243-247). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- . (2018). «Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales?». *Revista Relaciones Internacionales* (Universidad Nacional de La Plata), 54: 163-178. Disponible en <http://bit.ly/3oaU6Mc>.
- . (2019). «Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado». Documentos de Trabajo Fundación Carolina, 21. Disponible en <https://bit.ly/3mTVz8x>.
- . (2020). «Las respuestas a la covid-19 en el laberinto de la solución de controversias inversor-Estado». Análisis de Fundación Carolina, 46. Disponible en <https://bit.ly/2X77C85>.

32. Con un recorte temporal mayor también podría señalarse el retiro de Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012) del CIADI y diferente grado de avance en la terminación de los TBI vigentes en los dos primeros. También en esta línea puede citarse la terminación de diez TBI por parte de Sudáfrica y cerca de sesenta por parte de India.

- BERMEJO GARCÍA, Romualdo (2015). «Las empresas transnacionales como actores y sujetos «potenciales» en la sociedad internacional». En María del Carmen Barranco Avilés y otros (coordinadores), *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho* (pp. 90-116). Colección Gregorio Peces-Barba (2), Madrid: Departamento de Derecho Internacional, Universidad Carlos III.
- ECHAIDE, Javier (2016). «Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversiones vs derechos humanos?». *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* (Universidad Javeriana), 31: 81-114. Disponible en <http://bit.ly/2WSxF2H>.
- FERNÁNDEZ ALONSO, José (2013). «Controvérsias entre Estados e investidores transnacionais: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a República Argentina». *Revista Tempo do Mundo*, 5 (1): 45-87. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponible en <https://bit.ly/35ayJn9>.
- GALLAGHER, Kevin y Richard Kozul-Wright (2020). «Breaking Out of the Double Squeeze: The Need for Fiscal and Policy Space during the COVID-19 Crises». *Global Policy Journal*, 26 de junio de 2020. Disponible en <http://bit.ly/2WT5BvR>.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2017). «Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones». *RED: Revista Electrónica de Direito*, 1. <https://bit.ly/2WTpD9D>.
- PERRONE, Nicolás (2008). «Inversiones Extranjeras. Demandas contra la Argentina por controversias vinculadas con la crisis del año 2001». Documento de trabajo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE), de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en <https://bit.ly/2L25WK4>.
- POSTIGA, Andréa Rocha (2013). «A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto». *Revista de Direito Internacional*, 10 (1): 171-193. Disponible en <https://bit.ly/34SbyxJ>.
- PUIG, Juan Carlos. (1980). *Doctrinas internacionales y Autonomía latinoamericana*. Caracas: Universidad Simón Bolívar, Instituto de Altos Estudios de América Latina.
- RICAURTE HERRERA, Catherine (2012). «Las razones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI: análisis y evaluación del caso CMS contra Argentina (Jurisprudencia)». *Foro: Revista de Derecho*, 18: 147-184. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. Disponible en <https://bit.ly/37YSsYy>.
- SANAHUJA, José Antonio (2008). «El poder estructural y las transformaciones de la sociedad internacional contemporánea». *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2007*, 1: (297-384). Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. Disponible en <https://bit.ly/3aTePAN>.
- . (2020). «COVID-19: riesgo, pandemia y crisis de gobernanza global». En Manuela Mesa (coordinadora), *Riesgos globales y multilateralismo: el impacto de la*

- COVID-19. *Anuario CEIPAZ 2019-2020*, (pp. 27-54). Madrid: CEIPAZ. Disponible en <https://bit.ly/38OqUnS>.
- SASSEN, Saskia (2001). *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona: Bellaterra.
- . (2007). *Una sociología de la globalización*. Buenos Aires: Katz.
- . (2010). «Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas». En Gunther Teubner y otros, *Estado, soberanía y globalización* (pp. 105-137). Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- STRANGE, Susan (1982). «Cave! Hic Dragons: A critique of regime analysis». *International Organization*, 36 (2): 479-496. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/2706530>.
- . (1994). *States and Market*. Londres: Bloomsbury Publishing. Edición de Kindle.
- . (1995). «Presidential Address ISA as a Microcosm». *International Studies Quarterly*, 39 (3): 289-295. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/2600921>.
- . (2001). *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*. Barcelona: Icaria Editorial e Intermón Oxfam.
- TEUBNER, Gunther (1997). «Global Bukowina: Legal pluralism in the world society». En Gunther Teubner (editor), *Global Law without a State* (pp. 3-28). Brookfield: Dartmouth. Disponible en <http://bit.ly/2L8HoPt>.
- TOMASSINI, Luciano (2006). «El mundo y la sociedad en la era de la globalización». *Revista Estudios Internacionales* (Universidad de Chile), 154: 23-55. Disponible en <https://bit.ly/34Rm7Rm>.
- TUSSIE, Diana (2019). «La reconfiguración global: Su capítulo en vivo para América Latina». En Josette Altmann (editora), *América Latina frente a la reconfiguración global* (pp. 107-119). San José de Costa Rica: Flacso, Secretaría General. Disponible en <https://bit.ly/3puHrEn>.
- UNCTAD (2003). *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives*. Ginebra: Unctad. Disponible en <https://bit.ly/2KBd2Wd>.
- . (2015). *World Investment Report 2015. Reforming international investment governance*. Ginebra: Unctad. Disponible en <https://bit.ly/37TZTQO>.
- . (2020). «Investment policy responses to covid-19 pandemic». *Investment Policy Monitor. Special Issue 4*, Mayo 2020. Ginebra: Unctad. Disponible en <https://bit.ly/3pxqRDJ>.
- VAN HARTEN, Gus y Martin Loughlin (2006). «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». *The European Journal of International Law*, 17 (1): 121-150. Disponible en <https://bit.ly/3rFM1Bk>.

Sobre la autora

MAGDALENA BAS VILIZZIO es profesora adjunta de Derecho Internacional Público y Comercio Exterior de la Universidad de la República, Uruguay. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, Uruguay. Doctora en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Su correo electrónico es magdalena.bas@fder.edu.uy.

REVISTA TRIBUNA INTERNACIONAL

La *Revista Tribuna Internacional* busca fomentar la reflexión, el debate, el análisis y la comunicación pluralista y con rigor científico en las áreas del derecho internacional público, derecho internacional privado, relaciones internacionales y derecho internacional de los derechos humanos. Los artículos y ensayos son seleccionados mediante revisión de pares externos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Se reciben trabajos en castellano y en inglés.

EDITOR GENERAL

Luis Valentín Ferrada Walker

SITIO WEB

tribunainternacional.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

revistatribuna@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)