Solución de controversias inversor-Estado en tiempos de covid-19: un acercamiento desde la teoría de la vulnerabilidad

By:

Magdalena Bas Vilizzio

August 24, 2020

"Tension between investment protection and right to regulate has not been resolved yet and it is even more dangerous when States take measures in order to target health, social and economic effects of the covid-19 pandemic. Facing investor-State dispute resolution reform, an approach from Martha Fineman's vulnerability theory is imperative. Placing human being (vulnerable subject) as the center of the analysis, right to regulate protection should be a pre-stage for building resilience from social institutions. Therefore, States would not be at risk of compromising their budgets in international arbitration or experiencing "regulatory chill".

Si bien el primer tratado bilateral de inversiones (TBI) data de 1959 (TBI Alemania-Pakistán), la consolidación del régimen internacional de solución de

controversias inversor-Estado coincide con el auge de la globalización (década de los noventa). Este régimen, sostenido por una extensa red de más de 3000 acuerdos internacionales de inversiones, es blanco de diversas críticas, como ser la tensión enre la protección de inversiones y el espacio de política pública, o más específicamente el derecho de regular en materia de protección del medio ambiente o derechos humanos. Si bien en los últimos años han surgido tratados que consagran el derecho de regular (ejemplo: TBI Marruecos-Nigeria) o que excluyen el acceso al arbitraje internacional en base a ciertas medidas (ejemplo: artículo 29.5 del CPTPP con la opción de excluir las medidas de control del tabaco), la tensión no ha sido resuelta.

Desde un punto de vista jurídico, ¿qué motiva dicha tensión? El Derecho Internacional se encuentra fragmentado en regímenes jurídicos autocontenidos, esto es, espacios de regulación conformados por reglas, valores, principios propios y no necesariamente compartidos por otros regímenes o el Derecho Internacional General. El riesgo es que un Estado, producto del ejercicio del *jus tractatum*, puede estar al mismo tiempo obligado por disposiciones contrapuestas provenientes de distintos regímenes jurídicos autocontenidos, igualmente obligatorias y en vigor. Si bien la Comisión de Derecho Internacional analizó esta problemática, únicamente determinó normas básicas de interpretación sin llegar a una solución concreta al tema.

Ahora bien, desde un abordaje de la teoría de la vulnerabilidad de Martha Fineman, el Estado no solo está obligado por normas internacionales, que eventualmente pueden presentar contradicciones, sino que también tiene como función hacer frente a las necesidades humanas universales. El ser humano, como un sujeto vulnerable y dependiente[i], requiere de instituciones sociales que coadyuven a la construcción de resiliencia, esto es, que brinden los instrumentos necesarios para superar, neutralizar o minimizar su vulnerabilidad (resiliencia como contracara de vulnerabilidad)[ii]. Fineman no ingresa en la discusión de si el Estado debe tener un rol más activo o pasivo respecto al mercado o si se debe realizar un nuevo pacto social, como reclama el editorial del Financial Times del 3 de abril de 2020 en tiempos de pandemia y pospandemia de covid-19. La teoría de Fineman se focaliza en un Estado que cumple con la función de garantizar acceso y oportunidades a un ser humano vulnerable y dependiente[iii].

Esta visión presenta al Estado como un actor internacional que no queda limitado a una significación declinante y que ve reducida su capacidad de regular, hecho que, como plantea Saskia Sassen[iv], no se explica exclusivamente por operar en un mundo globalizado. Justamente, en la teoría de la vulnerabilidad el Derecho se comporta como un mecanismo ordenador de la sociedad y que da forma a las relaciones existentes[v]. Así, el Derecho permite abordar la vulnerabilidad y evitar que se produzcan y repliquen las inequidades[vi]. Se trata de un instrumento imprescindible para lograr un adecuado balance en las relaciones económicas (entre Estados y al interior de estos), pero en un mundo globalizado, cualquier cambio significativo a nivel internacional necesariamente requerirá cooperación entre Estados[vii].

En 2020 los Estados, en general, tomaron medidas que determinaron una extensión de su espacio de política pública para hacer frente a la emergencia sanitaria y abordar la vulnerabilidad acrecentada por la expansión del virus. Conforme al régimen de solución de controversias inversor-Estado actual, dichas medidas entrañan el riesgo que el Estado sea demandado por inversores extranjeros si consideran que su conducta vulneró derechos protegidos en tratados internacionales, aunque también leyes de inversión o contratos empresa-Estado, y estos contienen cláusulas de prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional *ad hoc*.

¿Qué medidas pueden ser cuestionadas? Dos ejemplos pueden aportar a la discusión. En primer lugar, en Perú, la Ley 31.018 (7 de mayo de 2020) suspendió el cobro de peajes durante el estado de emergencia. Esta medida tuvo como efecto que las Misiones Diplomáticas en Lima de Canadá, Australia, Francia y Colombia enviaran una nota conjunta al Presidente del Congreso expresando su preocupación por la estabilidad y seguridad jurídica y el impacto económico en empresas de su nacionalidad, accionistas de las concesionarias de peajes[viii]. Pocos días despúes, el Consejo de Defensa Jurídica del Estado solicita se declare la inconstitucionalidad de la ley por violar la prohibición de modificar contratos públicos por ley. El tema está bajo estudio del Tribunal Constitucional, al tiempo que Perú recibe la primera notificación de intención de iniciar un arbitraje.

En Argentina, en cumplimiento de la obligación constitucional del Estado de brindar acceso a una vivienda digna, el Decreto de Necesidad y Urgencia

311/2020 (24 de marzo de 2020) estableció que las empresas prestadoras de los servicios de energia electrica, gas por redes y agua corriente, telefonia fija o movil e internet y televisión por cable, no pueden suspender o cortar los servicios a grupos específicos de usuarios por mora o falta de pago de hasta tres facturas. ¿Podrían los inversores extranjeros presentar demandas cuestionando esta medida? Si cuentan con el marco jurídico necesario (tratado, ley o contrato con prórroga de jurisdicción) podrán hacerlo. Además, aunque los Estados pueden argumentar estado de necesidad, peligro extremo o incluso fuerza mayor (Resolución AG/56/83 de la Asamblea General de la ONU), siempre se estará a la interpretación de tribunales *ad hoc* y sin jurisprudencia uniforme.

Asimismo, es sustancial tener en cuenta que existen antecedentes de disputas en materia de salud pública y otros temas relacionados con la protección de los derechos humanos y el medioambiente. En este sentido, América Latina y el Caribe, región que acumula el 27,5% de las demandas en el mundo conforme a datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD, brinda ejemplos claros, a saber: 1) Philip Morris contra Uruguay por las medidas antitabaco (salud pública); 2) Aguas del Tunari contra Bolivia por la nacionalización del servicio de agua potable y saneamiento en Cochabamba para garantizar un acceso asequible (derecho humano al agua); 3) Pac Rim contra El Salvador en relación a la habilitación ambiental para el desarrollo de la mega minería metálica (protección del medioambiente); 4) Eco Oro contra Colombia vinculado a la protección del Páramo de Santurbán, principal fuente de agua dulce, frente a los proyectos mineros (protección del medioambiente y derecho humano al agua).

Por tanto, ¿de qué manera es posible articular la teoría de la vulnerabilidad con el régimen de solución de controversias inversor-Estado de modo de evitar la fricción entre espacio de política pública, más específicamente el derecho de regular? Conforme a las características del régimen en la actualidad, y en el marco de un Derecho Internacional fragmentado, para que las políticas públicas no se vean condicionadas por eventuales demandas de inversores extranjeros, es necesario un paso previo que sostenga la construcción de resiliencia desde las instituciones estatales. Es necesario fortalecer el derecho de regular, para que no se vean comprometidos recursos presupuestales en arbitrajes o se generen congelamiento normativo, situaciones especialmente peligrosas en

tiempos de emergencia sanitaria global.

De cara a una reforma del régimen de solución de controversias inversor-Estado, el abordaje desde la teoría de la vulnerabilidad es imperativo[ix]. De esta manera se dará respuesta al reclamo por un mayor equilibrio entre la protección de inversiones y otros bienes públicos que no recibían tanta atención por parte de los Estados en el momento de celebración de la mayoría de los acuerdos internacionales de inversiones (década de los noventa). Este es el caso de la protección del medioambiente o la promoción de los derechos humanos como expresa el Investment Policy Report de la UNCTAD del 4 de mayo de 2020, así como la erradicación de la pobreza[x].

En este punto el rol de los Estados es fundamental para promover tratados que incluyan un elenco de temas a ser protegidos y que no puedan ser vulnerados por otras normas internacionales, y por ende no susceptibles de demandas de inversores extranjeros. Este es un camino para retomar el balance Estado-mercado, como analizó hace dos décadas por Susan Strange en “La retirada del Estado”[xi]. El balance no significa que los Estados se vuelquen hacia una tendencia a una menor regulación a nivel internacional, de modo de crear una suerte de barrera de contención de los impactos del Derecho Internacional en el Derecho Interno.

Desregular bajo la lógica liberal del *laissez faire – laissez passer* no parece ser el camino. Ahora bien, esta afirmación puede generar la falsa idea que las áreas regidas desde la lógica del mercado tienen una regulación escueta o débil. No necesariamente es así, un ejemplo claro es el libre comercio es una de las más reguladas de las relaciones internacionales contemporáneas: normas generales en materia de mercaderías, normas generales en materia de servicios, excepciones a la regla, tratamiento diferenciado según la categoría de los Estados, normas específicas en materia de obstáculos técnicos al comercio, subsidios, salvaguardias, etc. En definitiva, el núcleo del problema no se encuentra en tener más o menos normas, sino en tener mejores normas, esto es, normas que protejan el derecho de regular[xii].

Hoy es imperativo dar pasos hacia una moratoria de todas aquellas controversias pendientes de resolución durante la pandemia de covid-19, así como una limitación en el acceso a futuras demandas vinculadas con sus

efectos sanitarios, sociales y económicos, como se propone desde la academia y la sociedad civil. Se trata de una etapa transitoria, que conforma un camino más largo y profundo tendiende a la reforma sustancial del sistema. En este camino la cooperación entre Estados es ineludible y el Derecho Internacional es un potente instrumento de cambio, que permita construir una globalización justa, como propuso Antonio Guterres, Secretario General de la ONU, en su discurso del 18 de julio de 2020. En suma, el objetivo es la construcción de una nueva legalidad internacional desde un enfoque que priorice al ser humano como sujeto vulnerable en tiempos de covid-19 y siempre.

---

[i] Esta teoría se contrapone a la lógica liberal del contrato social que posiciona al Estado y los individuos como actores autónomos e independientes.

[ii] FINEMAN, M. (2018). Vulnerability and Social Justice. Valaparaiso University Law Review, Vol. 53, No. 2, p. 362-367. Disponible en: https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2

[iii] FINEMAN, M. (2010), The Vulnerable Subject and the Responsive State. Emory Law Journal, Vol. 60, Emory Public Law Research Paper No. 10-130, p. 39. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=1694740

[iv] SASSEN, S. (2001). ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización. Barcelona: Ediciones Bellaterra, p. 45.

[v] FINEMAN, M. (2018), p. 368.

[vi] FINEMAN, M. (2010), p. 39.

[vii] PERRONE, N (2020). Speed, law and the global economy: How economic acceleration contributes to inequality and precarity. Leiden Journal of International Law, p. 3. Disponible en: https://doi.org/10.1017/S0922156520000242

[viii] En este punto sería importante tener en cuenta que la posición de los Estados no es monolítica. Esta puede presentar contrastes ya sea que se trate de un Estado receptor de una inversión un Estado de nacionalidad de los inversores extranjeros.

[ix] En este sentido también véase ÜNÜVAR, G. Y KÜÇÜKSU, K. (2019). From Protection to Governance of Foreign Investment: Vulnerability Theory as a Paradigm Shift in International Investment Law. EJIL: Talk!, 27 de diciembre de 2019. Disponible en: https://www.ejiltalk.org/from-protection-to-governance-of-foreign-investment-vulnerability-theory-as-a-paradigm-shift-in-international-investment-law/

[x] SORNARAJAH, M. (2015). Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment. Cambridge: Cambridge University Press, p. 75.

[xi] STRANGE, S. (2001). La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial. Barcelona: Encuentro - Icaria Editorial - Intermón Oxfam.

[xii] Como se indicara al comienzo, el TBI Marruecos-Nigeria puede ser un ejemplo de protección general del derecho de regular, aunque también puede optarse por las excepciones sectoriales al arbitraje inversor-Estado.

---

*Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y Práctica de Comercio Exterior (Universidad de la República, Uruguay), Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores (Uruguay), Doctoranda en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de La Plata, Argentina)

View online: Solución de controversias inversor-Estado en tiempos de covid-19: un acercamiento desde la teoría de la vulnerabilidad

Provided by Afronomicslaw