

## DESPUÉS DE LA FRAGMENTACIÓN: ICCAL, DERECHOS HUMANOS Y ARBITRAJE DE INVERSIONES

René URUEÑA\*

SUMARIO: I. *Introducción al derecho de protección de inversiones extranjeras.* II. *Más allá de la fragmentación: Reconsiderando el “conflicto” entre derechos humanos y arbitraje de inversiones.* III. *El ICCAL como metodología: El “espacio jurídico” latinoamericano.* IV. *El ICCAL como una teoría de subsidiariedad: el “estándar de revisión” en el arbitraje de inversiones.* V. *Conclusión.*

El presente capítulo busca explorar dos preguntas interrelacionadas: (1) ¿cómo puede contribuir el *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) al análisis de la relación entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos?; y, (2) ¿En qué sentido puede una participación en ese debate avanzar la agenda de investigación del ICCAL? La respuesta a estas preguntas, que este texto propone, es multidimensional. El ICCAL puede contribuir con dos conceptos claves a la relación entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos. Primero, el ICCAL puede proveer una teoría normativa sobre el peso que debe ser reconocido a los regímenes jurídicos que operan en el espacio jurídico latinoamericano, la cual nos permita ir más allá de la narrativa de la fragmentación y la idea de “conflicto” entre la protección de inversiones y los derechos humanos. Segundo, el ICCAL puede servir como una guía de subsidiariedad en el derecho de protección de inversiones, mediante la cual se defina en qué casos los árbitros internacionales deben tener deferencia hacia las decisiones nacionales y en qué casos no.

Estas dos contribuciones son útiles, en sí mismas, para el debate sobre derechos humanos y arbitraje de inversiones. Adicionalmente, las mismas avanzan la frontera de posibilidades en la agenda de investigación del ICCAL. La primera pone sobre la mesa, un “ICCAL reforzado” —un ICCAL(+),

---

\* Profesor asociado y director de investigaciones, Universidad de Los Andes (Colombia).

si se quiere. Mientras que los estudios del ICCAL hasta el momento han explorado los principios comunes de los sistemas constitucionales nacionales y su relación con el sistema interamericano, esta contribución implica un estudio de la relación de los principios comunes del ICCAL con otros regímenes jurídicos transnacionales, así como una teoría normativa basada en los principios del ICCAL para leer estas interacciones. Por su parte, la segunda contribución (la teoría de subsidiariedad) permite avanzar la reflexión en el ICCAL respecto a la asignación vertical de la autoridad: ¿es siempre deseable la internacionalización de las decisiones?

Para hacer este argumento, el capítulo procede de la siguiente forma. La primera parte hace una introducción al derecho de la inversión. Los lectores familiares con ese sistema podrán obviar esa sección, sin mayores consecuencias. La segunda parte argumenta que una lectura de la interacción entre derechos humanos y arbitraje de inversiones como un “conflicto” es equivocada. De allí, las partes tres y cuatro formulan la contribución que el ICCAL puede hacer a este debate, subrayando en cada sección la forma en que tal contribución puede avanzar la agenda investigativa del ICCAL. Finalmente, la quinta parte concluye afirmando las posibilidades del ICCAL de servir como un prisma útil para explorar la relación entre el derecho económico internacional y los derechos humanos.

## I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS<sup>1</sup>

Si bien es cierto que el derecho internacional de la inversión extranjera existe desde el siglo XIX, su relevancia en términos geopolíticos ha aumentado de manera radical en los últimos diez años.<sup>2</sup> Existen al menos tres razones para este renovado interés. De una parte, la expansión de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) ha implicado un cambio importante en las disciplinas aplicables a los Estados anfitrión, volviéndolas más restrictivas.<sup>3</sup> Segundo, la expansión, también a través de TBI, de la posibilidad para el in-

---

<sup>1</sup> Esta introducción al arbitraje de inversiones se basa en Urueña, René, *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 76-83; Urueña, René y Prieto, Enrique, “¿Vino viejo, botellas nuevas? A propósito del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea”, *Revista Acuerdos – Ministerio de Comercio Industria y Turismo*, vol. 5, 2016, pp. 8-24.

<sup>2</sup> Véase Álvarez, José E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Recueil des cours, La Haya, Hague Academy of International Law, vol. 344, 2011.

<sup>3</sup> UNCTAD, *Country-specific Lists of BITs*, 2011, disponible en: <http://www.unctad.org/>.

versionista de recurrir directamente al arbitraje como mecanismo de solución de disputas relacionadas con la inversión; y tercero, el marcado aumento de las privatizaciones, en especial en países en desarrollo. Este último proceso situó bajo la lupa del derecho de la inversión extranjera numerosos sectores estratégicos para el desarrollo económico, como la infraestructura y los servicios públicos.<sup>4</sup>

En términos generales, los TBI otorgan protección a los inversionistas en cuatro áreas:<sup>5</sup> (1) el acceso a mercados, (2) las garantías en el trato, (3) la expropiación, y (4) la solución de disputas. La garantía de acceso a mercados le asegura al inversionista extranjero la entrada y establecimiento en el mercado del Estado huésped. Tal garantía, a su vez, sería irrelevante si el inversionista pudiera ser discriminado por el Estado huésped. En consecuencia, una segunda protección otorgada a los inversionistas hace referencia al trato que los mismos deberán recibir de los Estados huésped. Tales garantías de tratamiento se subdividen, a su vez, en dos: garantía de no discriminación (en especial, trato de nación más favorecida y trato nacional), y estándares mínimos de tratamiento (en especial, el trato justo y equitativo y el estándar de “protección y seguridad”).

Un tercer grupo de garantías, íntimamente relacionadas con las anteriores, hace referencia a la expropiación. Los TBI ofrecen protección respecto a dos tipos de expropiación: expropiación directa, que implica la transferencia al Estado de la propiedad del activo expropiado, y la expropiación indirecta, en la cual no hay transferencia de la propiedad. En esta última, el Estado huésped adopta medidas que interfieren de tal manera con el giro usual de la inversión, o con el aprovechamiento de los beneficios derivados de la misma, que los derechos de propiedad relacionados con ella devienen, en la práctica, sin valor.

Es importante anotar que los TBI no prohíben ninguno de estos tipos de expropiación. Sin embargo, solo la permiten si se cumplen cuatro condiciones incluidas en la mayoría de tratados: (1) objetivo público legítimo de la medida expropiatoria, (2) no discriminación, (3) debido proceso, y (4) justa compensación. Estos requisitos son acumulativos, al menos en principio. En consecuencia, es viable argumentar que la medida de un Estado huésped

---

<sup>4</sup> Álvarez, José E. y Khamsi, Kathryn, “Argentine crisis and foreign investors: a glimpse into the heart of the investment regime”, en Sauvart, Karl P. y Sachs, Lisa (eds.), *The Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 379-479.

<sup>5</sup> Véase, generalmente Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of international investment law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 98-126 (expropiación) y 130-212 (estándares de protección).

que afecte de manera grave una inversión deberá ser compensada, aunque sea tomada para la realización de un objetivo público legítimo, de manera no discriminatoria y con sujeción al debido proceso.

Finalmente, el cuarto pilar de los TBI define los mecanismos de solución de controversias. Los tratados usualmente reconocen jurisdicción y competencia a dos tipos de tribunales de arbitraje. El primero es el arbitraje Estado-Estado, para solucionar las controversias relativas a la interpretación del tratado. Usualmente, estos tribunales son *ad-hoc*, y su funcionamiento y derecho aplicable es muy similar al de los tribunales conformados con ocasión de conflictos soberanos y a los conflictos resueltos en virtud de un acuerdo especial por la Corte Internacional de Justicia.<sup>6</sup>

El segundo tipo de mecanismo de solución de disputas es el arbitraje inversionista-Estado. En ejercicio de este mecanismo, el inversionista está en capacidad de iniciar un trámite arbitral en contra del Estado huésped si considera que las protecciones sustantivas explicadas con anterioridad no han sido respetadas respecto a una inversión específica. Es común que el TBI reconozca al inversionista la opción de escoger entre llevar su controversia a los tribunales nacionales o solicitar la conformación de un tribunal internacional de arbitraje inversionista-Estado. En caso de escoger esta última alternativa, los TBI normalmente refieren a tres grupos de normas procedimentales para la conformación y funcionamiento del tribunal.

El primero son las normas del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a la Inversión (CIADI) dispuestas por la Convención de Washington de 1965. El CIADI es una organización internacional independiente, que forma parte del Grupo del Banco Mundial.<sup>7</sup> En caso de que una de las partes del TBI no sea parte de la Convención de Washington, el TBI referirá comúnmente al Mecanismo Adicional del CIADI, que difiere del mecanismo tradicional, entre otros aspectos, en que los laudos adoptados en el primero deben ser objeto de *exequatur* en el Estado huésped, mientras que los del segundo no requieren de tal procedimiento.<sup>8</sup> El tercer grupo de procedimientos aplicables son las normas de arbitraje adoptadas en 1976 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Comercial Internacional (CNUDCI).<sup>9</sup> Una vez constituido el tribunal de arbitraje bajo la regla aplicable, el mismo decidirá, con base en las normas

---

<sup>6</sup> Véase Urueña, René, *Derecho de las organizaciones internacionales*, Bogotá, Temis-Uniandes, 2008, pp. 257-269.

<sup>7</sup> Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, pp. 238-240.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 243.

internacionales aplicables (nunca en el derecho nacional de los Estados implicados) si el Estado huésped en efecto vulneró los estándares aplicables. De ser ese el caso, el Estado puede ser condenado a indemnizar al inversionista afectado; sin embargo, el tribunal no tiene la competencia formal de anular decisiones regulatorias adoptadas por el Estado huésped.<sup>10</sup>

## II. MÁS ALLÁ DE LA FRAGMENTACIÓN: RECONSIDERANDO EL “CONFLICTO” ENTRE DERECHOS HUMANOS Y ARBITRAJE DE INVERSIONES

### 1. ¿Qué cuenta como un “conflicto”?

El arbitraje de inversiones ha sido considerado en ocasiones como en conflicto con el derecho de los derechos humanos —un conflicto en ocasiones encuadrado como un problema de fragmentación,<sup>11</sup> o como un conflicto de regímenes.<sup>12</sup> Desde esta lectura, el *acquis* de derechos humanos entraría en conflicto con la protección internacional de inversiones, y en particular con el arbitraje de inversiones. Así, el conflicto ocurriría, al menos, en dos niveles.

Primero, la estructura profunda del derecho de la protección de inversiones y sus lealtades éticas podrían entrar en conflicto con los valores de los derechos humanos. Así, mientras que el arbitraje de inversiones tiene como fin último la liberalización del comercio y la protección de la inversión, el derecho de los derechos humanos encontraría su fin en la protección de

---

<sup>10</sup> Véase Uruuña, René, “Of Precedents and Ideology: Law-making by Investment Arbitration Tribunals”, en Singh, Prabhakar y Mayer, Benoît (eds.), *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 276-303.

<sup>11</sup> Véase generalmente Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril 2006; Koskenniemi, Martti y Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, 2002, pp. 553-579.

<sup>12</sup> Teubner, Gunther y Fischer-Lescano, Andreas, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4, 2004, p. 999; Teubner, Gunther y Korth, Peter, “Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational in the Double Fragmentation of the World Society”, en Young, Margaret (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 23-54.

la dignidad humana, la democracia y el Estado de derecho.<sup>13</sup> A este nivel, se trataría de una incompatibilidad *profunda*, derivada de los compromisos éticos de cada uno de los regímenes: mientras que el arbitraje de inversiones adopta una ética típicamente consecuencialista, los derechos humanos adoptan una ética deontológica, basada en una serie de valores superiores positivizados en normas jurídicas nacionales e internacionales.<sup>14</sup>

De otra parte, a un nivel más práctico, el derecho de la protección de inversiones podría convertirse en un obstáculo para la protección de los derechos humanos. Como hemos visto, el arbitraje de inversiones impone disciplinas a los Estados receptores de inversiones, limitando su soberanía regulatoria y, por esa vía, podría limitar (o aumentar el costo) de la adopción de políticas nacionales de protección de los derechos humanos que pudiesen afectar al comercio internacional o a inversionistas extranjeros. Así, por ejemplo, disciplinas como el trato justo y equitativo,<sup>15</sup> o la posibilidad de expropiación indirecta,<sup>16</sup> contenidas ambas en tratados de protección de inversiones, pueden afectar la facultad estatal de adoptar regulaciones que protejan el medio ambiente o el derecho a la salud.

Ante conflictos en estos dos niveles, la fórmula de solución es, usualmente, la aplicación de tres estrategias analíticas. El primer marco analítico aplicado es el de conflicto de normas.<sup>17</sup> Así, se entiende que tanto el arbitraje de inversiones como los derechos humanos son regímenes estáticos bien definidos,<sup>18</sup> y que su interacción consiste en un problema de hegemonía: la pregunta es cuál régimen debe primar sobre el otro.<sup>19</sup> La segunda estrategia es, precisamente, una respuesta a esa pregunta. Ante la necesidad de que un régimen “prime” sobre el otro, la respuesta más obvia es que el derecho de

---

<sup>13</sup> Para esta lectura, véase Uruña, René, *No Citizens Here...*, *cit.*

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 200-211.

<sup>15</sup> Kläger, Roland, “Fair and Equitable Treatment” in *International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

<sup>16</sup> Henckels, Caroline, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 1, marzo de 2012, pp. 223-255.

<sup>17</sup> Sobre este marco analítico, véase Knop, Karen *et al.*, *International Law in Domestic Courts: A Conflict of Laws Approach*, Cornell Legal Studies Research Paper No. 09016, vol. 103, núm. 09, 2009.

<sup>18</sup> Sobre esta premisa, véase, generalmente Uruña, René, *Global Governance Through Comparative International Law? Inter-American Constitutionalism and the Changing Role of Domestic Courts in the Construction of the International Law*, Jean Monnet Working Paper Series núm. 13, 2013.

<sup>19</sup> Koskenniemi, Martti, “Hegemonic Regimes”, en Young, Margaret (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 305-323.

los derechos humanos debe primar sobre el derecho de protección de inversiones. La justificación a esa respuesta deriva de la estructura deontológica de los derechos humanos, la cual exige el respeto de un valor supra-jurídico (por ejemplo, la dignidad humana)<sup>20</sup> que se ve cristalizado en las obligaciones jurídicas de derechos humanos. Ante ese valor superior, los valores implícitos en el arbitraje de inversiones deben ceder, y ser aplicables solo en la medida en que no contradigan los valores superiores de los derechos humanos. Finalmente, la tercera estrategia analítica identifica al responsable de responder a la pregunta de qué régimen “prima”, lo cual puede implicar la judicialización de la disputa. Así, ante posibles obligaciones jurídicas contradictorias derivadas de los derechos humanos y del arbitraje de inversiones, se busca que sea una corte (bien sea nacional o internacional) quien solucione la disputa.

Mi interpretación de la relación entre el derecho de los derechos humanos y el arbitraje de inversiones pone en duda la narrativa del conflicto. En particular, es crucial poner en duda la estabilidad del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de la protección de inversiones. Ninguno de estos dos regímenes es estático, en el sentido de que no está completamente definido cuando entra en contacto con el otro. Por el contrario, tanto el derecho de los derechos humanos como el arbitraje de inversiones están en constante cambio interno, adaptándose continuamente a presiones que ejercen sobre ellos los diferentes operadores jurídicos.

La idea del “conflicto” parece sugerir que la estructura (por ejemplo, el derecho de protección de inversiones) es inmutable, y todo lo que los agentes pueden hacer es simplemente adaptarse a ella o encontrar otra estructura competidora (por ejemplo, los derechos humanos) para obtener los beneficios que desean. Así, la idea del conflicto reifica tanto al arbitraje de inversiones como a los derechos humanos, y los presenta como maquinarias que chocan o coexisten.

## 2. *Conflicto y tiempo*<sup>21</sup>

Sin embargo, la realidad es la opuesta: cuando se habla de un “conflicto” entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones, en realidad se está

---

<sup>20</sup> Véase Kretzmer, David y Klein, Eckart (eds.), *The concept of human dignity in human rights discourse*, La Haya, Kluwer Law International, 2002.

<sup>21</sup> Esta discusión de derecho y tiempo y la discusión del “espacio jurídico”, descrita abajo, están basadas en Uruña, René, “Temporariness and Change in Global Governance”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 45, 2014, pp. 19-40.

señalando a unas prácticas discursivas en continuo cambio, cuyo contenido es altamente inestable. Parte del problema con la idea del “conflicto” radica en su concepción del tiempo. La idea del “conflicto” entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones concibe la interacción entre regímenes como una cuestión de encuentros discretos que ocurren una vez y que nunca volverán a suceder. Este problema es bien conocido en la teoría de los juegos, donde la diferencia entre juegos aislados y juegos iterados ha sido estudiada ampliamente,<sup>22</sup> con cierta influencia en el derecho internacional.<sup>23</sup> El punto crucial es que la iteración crea una interacción cualitativamente diferente a la de los contactos discretos, que parecerían inspirar a los que hablan de un “conflicto” entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones.

El tiempo es, como dicen popularmente, la esencia. Todos los operadores jurídicos relacionados con los derechos humanos y con el arbitraje de inversiones saben que los dos regímenes han interactuado, y esperan que sigan interactuando. Por lo tanto, la interacción no es un accidente o una crisis, sino que forma ya parte de las expectativas de todos los actores involucrados. Es esta expectativa de interacción constante la que se pierde con la idea del “conflicto”. Al pensar la relación entre arbitraje de inversiones y derechos humanos es necesario suponer que los actores actúan con la expectativa de un número infinito de futuras interacciones entre los regímenes. Esta idea ha sido explorada también en las teorías constructivistas de las relaciones internacionales: la interacción entre los agentes transforma la estructura, lo que a su vez provoca transformaciones en los intereses y estrategias de los agentes.<sup>24</sup> Así, la iteración no cambia solo las estrategias, sino también el propio juego: en términos de teoría de juegos, la interacción del arbitraje de inversiones y los derechos humanos es un juego de evolución dinámica.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Véase Samuelson, Larry y Mailath, George Joseph, *Repeated Games and Reputations: Long-run Relationships*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 1-14.

<sup>23</sup> Véase Setear, John, “An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law”, *Harvard international law journal*, vol. 37, núm. 1, 1996, pp. 139-230. Setear, John K., “Treaties, Custom, Iteration, and Public Choice”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, núm. 2, 2005, p. 715.

<sup>24</sup> Véase Wendt, Alexander E., “The Agent-Structure Problem in International Relations Theory”, *International Organization*, vol. 41, núm. 3, 1987, pp. 335-370; Adler, Emanuel, *Communitarian International Relations: The Epistemic Foundations of International Relations*, Londres-Nueva York, Routledge, 2005, pp. 5 y 6.

<sup>25</sup> “In an evolving game, the game structure evolves as it iterates due to internal changes resulting from the operation of institutions responding to external events, such as new scientific or technological findings, that cause the underlying game structure to change”; Frischmann, Brett, “A Dynamic Institutional Theory of International Law”, *Buffalo Law Review*, vol. 53, núm. 3, 2003, p. 682.



Para los actores ya existe la expectativa de un complejo regulatorio que está compuesto por el arbitraje de inversiones y los derechos humanos al mismo tiempo —y no por dos regímenes estáticos que chocan de vez en cuando.<sup>26</sup>

### III. EL ICCAL COMO METODOLOGÍA: EL “ESPACIO JURÍDICO” LATINOAMERICANO

#### 1. *¿Qué es el espacio jurídico latinoamericano?*

Esta idea, es decir, la noción de que el punto de partida del análisis jurídico debe ser la interacción entre los ordenamientos jurídicos, y no su aislamiento, es una de las contribuciones centrales del ICCAL al análisis jurisprudencial en América Latina. La metodología del ICCAL combina el derecho público, internacional y comparado. A través de esta opción metodológica, el ICCAL encuentra en la interacción entre regímenes (particularmente, entre Constituciones nacionales y normas internacionales de derechos humanos) el sitio clave para entender la dinámica de creación normativa en América Latina. El ICCAL es, por definición, *interaccional*, en el sentido que encuentra en la interacción normativa su unidad analítica básica. Por tal motivo, la metodología del ICCAL nos permite entender de mejor manera el desafío que plantea la interacción entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos, más allá de la simplificada visión del “conflicto”.

Así, el ICCAL parte de la idea de que la interacción crea un complejo regulatorio que combina arbitraje de inversiones y derechos humanos —el cual se ve fortalecido por la expectativa de interacción de los diferentes operadores jurídicos. Para el ICCAL, las normas e instituciones no aparecen en el vacío. Por el contrario, son el producto de la interacción entre regímenes y forman parte de un espacio jurídico latinoamericano cambiante en el cual interactúan.

Este enfoque proporciona la base para una conceptualización diferente del supuesto “conflicto” entre el derecho de la protección de inversiones y los derechos humanos. La relación entre el derecho de la protección de inversiones y los derechos humanos puede entenderse mejor si la unidad analítica es el espacio jurídico donde tiene lugar la interacción entre las instituciones. En este espacio, las instituciones son dinámicas, ya que cambian y se adaptan a sus interacciones. Las normas de derechos humanos y del

---

<sup>26</sup> Sobre complejos regulatorios, véase Keohane, Robert O. y Victor, David G., “The Regime Complex for Climate Change”, *Perspectives on Politics*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 7-23.

derecho de la protección de inversiones no entran en un vacío regulatorio. Ya existe un ecosistema de instituciones y actores en el cual tanto los derechos humanos como el derecho de la protección de inversiones interactúan. Tanto la Corte IDH como los tribunales de inversiones entran como actores en un espacio donde regulación ya está siendo adoptada, discutida, implementada y rechazada. Por supuesto, a medida que pasa el tiempo y la interacción continúa, el tribunal de derechos humanos o el tribunal de inversiones pueden convertirse en actor preponderante en cierto campo regulatorio (por ejemplo, los proyectos de infraestructura). Sin embargo, esta preponderancia no agota completamente el espacio regulatorio: a pesar de que en un momento dado, el derecho de los derechos humanos o el derecho de la protección de inversiones tengan preponderancia sobre un tema en particular, esta preponderancia puede cambiar. ¿Cuál es el valor agregado específico del pensamiento en términos de un “espacio”, y no de un orden jerárquico de normas? En este punto, la metodología del ICCAL nos permite pensar menos en términos de jerarquía de normas y más en términos de un “espacio jurídico latinoamericano”.

La idea de un “espacio jurídico” fue propuesta originalmente en derecho administrativo nacional, como una reacción a una lectura estrecha del proceso regulatorio, según la cual la regulación es exclusivamente el producto de un conflicto entre la autoridad pública y los intereses privados.<sup>27</sup> En contra de este punto de vista, el proceso regulatorio puede ser entendido mejor como un “espacio” donde se hace posible explorar las “relaciones complejas y cambiantes entre y dentro de las organizaciones que están en el centro de la regulación económica”.<sup>28</sup> Desde esta perspectiva, la clave para entender qué es regulación es “comprender la naturaleza de este espacio compartido: las reglas de admisión, las relaciones entre los ocupantes y las variaciones introducidas por las diferencias entre los diferentes mercados y los diferentes temas”.<sup>29</sup>

A pesar del potencial de ver la regulación en términos de espacio, y no en términos de jerarquía y conflicto, la interacción de los regímenes ha sido en general ignorada en el derecho público nacional, que se ha centrado en el estudio de las agencias individuales y sus procedimientos. Recientemente,

---

<sup>27</sup> Véase Hancher, Leigh y Moran, Michael, “Organizing Regulatory Space”, en Hancher, Leigh y Moran, Michael (eds.), *Capitalism, Culture, and Economic Regulation*, Oxford-Nueva York, Clarendon Press, 1989, p. 271.

<sup>28</sup> *Idem* (traducción del autor).

<sup>29</sup> *Idem* (traducción del autor).

algunos académicos estadounidenses han explorado la interacción nacional,<sup>30</sup> centrándose en la interacción y la coordinación interinstitucional como un problema de delegación legislativa superpuesta.<sup>31</sup> En contraste, el desafío de la interacción sí ha sido explorado en la gobernanza global.<sup>32</sup> Así, algunos autores han visto las interacciones de regímenes globales como parte de un “espacio administrativo” global emergente; esto es, “un espacio distinto del espacio de relaciones interestatales regido por el derecho internacional y el espacio regulatorio interno regido por el derecho administrativo interno, que abarca elementos de cada uno”.<sup>33</sup>

La idea del “espacio jurídico” refleja bien la metodología del ICCAL. Juntos, el ICCAL y la idea de “espacio jurídico” nos permiten registrar las interacciones dinámicas entre las normas e instituciones internacionales que caracterizan la gobernanza global —en particular la interacción entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones— más allá de la idea del “conflicto”. Como ya se mencionó, la noción de “conflicto” se centra en eventos discretos que ocurren en determinados momentos del tiempo. Por el contrario, la idea de un “espacio jurídico” nos ayuda a pensar de manera más productiva el proceso de interacción —tal como lo hace el ICCAL cuando se centra en la interacción entre derecho nacional e internacional.

Para ver la ventaja que metodológicamente nos ofrece el ICCAL a la hora de entender de manera dinámica la interacción entre derechos humanos y arbitraje de inversiones, sugiero que hagamos un experimento mental.<sup>34</sup> Imaginemos por un minuto que las normas e instituciones existen en el espacio regulatorio de la misma forma en que los planetas y otras grandes masas existen en el espacio físico real. Por supuesto, podemos pensar en cada planeta independientemente. A menudo lo hacemos, y tal es nuestra práctica habitual. Sin embargo, muchas de las realidades que afectan nuestra vida cotidiana no son solamente el producto de cada planeta

---

<sup>30</sup> Bradley, Keith, “The Design of Agency Interactions”, *Columbia Law Review*, vol. 111, núm. 4, 2011, pp. 745-794; Freeman, Jody y Rossi, Jim, “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”, *Harvard Law Review*, vol. 125, núm. 5, marzo de 2012, p. 1131.

<sup>31</sup> Gersen, Jacob E., “Overlapping and Underlapping Jurisdiction in Administrative Law”, *The Supreme Court Review*, vol. 2006, núm. 1, 2007, pp. 201-247.

<sup>32</sup> Véase Oberthür, Sebastian y Gehring, Thomas, “Institutional Interaction: Ten Years of Scholarly Development”, en Oberthür, Sebastian y Stokke, Olav Schram (eds.), *Managing institutional complexity: regime interplay and global environmental change*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2011, pp. 25-58.

<sup>33</sup> Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-61 (traducción del autor).

<sup>34</sup> Este experimento mental está basado en Urueña, René, “Temporariness and Change...”, *cit.*, p. 29.

independiente, sino que ocurren en función de otros planetas y masas en el espacio. Por ejemplo, pensemos en las estaciones o en las mareas: la Tierra gira de un modo y no de otro, en cierto ángulo y no en el otro, no solo por los acontecimientos que ocurren en la Tierra, sino más bien por el equilibrio relativo de las fuerzas gravitacionales que la rodean y, por supuesto, por su propia masa y fuerza gravitacional.

Esto es solo una imagen. Mi argumento no es que el espacio regulatorio global sea un espacio real con fuerzas reales.<sup>35</sup> La imagen es útil, sin embargo, para ilustrar el tipo de dinámica desencadenada por la interacción institucional en el espacio regulatorio que quiero describir, así como la utilidad del ICCAL para pensar la relación entre arbitraje de inversiones y derechos humanos. Las normas e instituciones internacionales parecen tener una “masa” que ejerce cierta atracción hacia ellas. Una atracción similar, ejercida por las normas internacionales, fue discutida ilustremente por Thomas Franck, para quien la legitimidad era la capacidad de una norma de ejercer, en sí misma, “atracción hacia su cumplimiento”.<sup>36</sup>

La agenda de Franck es cercana a la metodología del ICCAL. El objetivo de su discusión es caminar entre el positivismo y el naturalismo, buscando explicar el rompecabezas que es cumplimiento de las normas legales internacionales. Para hacerlo, Franck plantea pensar el derecho internacional en términos de grado, y no de simples binarios. En lugar de centrarse en la cuestión del estatus jurídico del derecho internacional (el llamado “desafío austriano”)<sup>37</sup>, para Franck la cuestión clave es si los sujetos de una determinada norma se creen obligados, a pesar de sus intereses egoístas, a actuar de acuerdo con esa norma.<sup>38</sup> Aquí es donde la legitimidad entra en escena: el problema no es vinculante/no-vinculante, diría Franck.<sup>39</sup> El problema es la “atracción hacia el cumplimiento” que ejerce esa norma. La “atracción” es

---

<sup>35</sup> Pero véase Hornstein, Donald T., “Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law”, *Duke Law Journal*, vol. 54, núm. 4, 2005, pp. 913-960. La imagen de la arquitectura jurídica internacional como “universo” con “planetas” ha sido explorada anteriormente en Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, 2006, pp. 483-529. Su argumento, sin embargo, es una intervención en el debate sobre la fragmentación, y propone una narración de múltiples regímenes autónomos que existen en el mismo momento del tiempo y chocan unos contra otros, que difiere de la visión propuesta aquí.

<sup>36</sup> Franck, Thomas M., *The Power of Legitimacy Among Nations*, Nueva York, Oxford University Press, 1990, p. 25.

<sup>37</sup> Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 34.

<sup>38</sup> Franck, Thomas M., *op. cit.*, p. 43.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 47.

una cuestión de grado: mientras que una regla es vinculante, o no lo es (sí o no), la misma norma puede ser más o menos legítima.<sup>40</sup>

Mi objetivo aquí no es discutir la cuestión de la legitimidad y la explicación casi psicológica de Franck para ella. Su idea de “atracción” como un fenómeno de grado, sin embargo, sí es útil aquí para ver el tipo de dinámica que el ICCAL, como metodología, nos ayuda a entender. Es posible pensar en la atracción que ejercen las normas internacionales en términos similares. Cada norma atrae hacia ella lo que está alrededor: ejerce una especie de “atracción gravitacional” que atrae a otras normas e instituciones. La situación de las normas e instituciones en el espacio regulatorio global es, por lo tanto, el resultado de un equilibrio relativo de todas las “fuerzas gravitacionales”, ejercidas por todas y cada una de las normas del espacio regulatorio global.

Así, el derecho de las inversiones cuenta con un conjunto especializado de normas, una arquitectura institucional distintiva (incluyendo tribunales), una comunidad epistémica distintiva y una lógica particular. Estas características distintivas implican que el régimen de inversiones ejerce una “atracción” propia. En consecuencia, otras normas e instituciones se verán atraídas al régimen de inversiones. Evidentemente, esta atracción se ha sentido por los derechos humanos, las normas ambientales, y el derecho internacional de los conflictos armados,<sup>41</sup> entre otros. Estos regímenes se han visto influenciados por la existencia misma del régimen de inversión internacional: en su interacción con estos últimos, se han transformado los derechos humanos, el derecho ambiental y el derecho de los conflictos armados. Una vez más, el punto aquí no es la fragmentación, sino más bien que el régimen de inversiones tiene un peso en el espacio regulador, y que tal peso atrae hacia él otras normas e instituciones. El régimen de inversiones, por su parte, también se deja afectar por esta dinámica: su enfoque de las normas de derechos humanos, por ejemplo, puede cambiar con el tiempo a medida que la interacción continúa, particularmente bajo la forma siempre cambiante del estándar justo y equitativo.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>41</sup> Hernández, Gleider I., “The Interaction between Investment Law and the Law of Armed Conflict in the Interpretation of Full Protection and Security Clauses”, en Baetens, Freya (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 21-50.

<sup>42</sup> Dupuy, Pierre-Marie, “Unification Rather than Fragmentation of International Law?: The Case of International Investment Law and Human Rights Law”, en Dupuy, Pierre-Marie et al. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 45-62.

Pensar en la relación entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos en estos términos nos permite dar cuenta de la interacción entre los regímenes cuando se producen colisiones (esto es, cuando hay “conflicto”), pero también cuando no se producen colisiones. La literatura jurídica que toma la fragmentación como su punto de partida parece estar sesgada hacia los eventos de conflicto; esto es, cuando dos normas ofrecen soluciones conflictivas a casos similares, o cuando dos instituciones chocan al ejercer sus poderes.<sup>43</sup> La aproximación tradicional, partiendo de la fragmentación, supone que el principio es el aislamiento, y que la excepción es la interacción, la cual desencadena la colisión y la incoherencia. Este sesgo es comprensible, ya que los casos de colisión son más claros, y parecen más importantes políticamente. Sin embargo, el ICCAL como metodología nos permite ver que lo contrario es cierto: las normas están siempre en interacción entre sí. Si bien las colisiones existen, éstas nos dicen poco sobre el funcionamiento cotidiano del “espacio jurídico” latinoamericano.

## 2. *La agenda normativa del ICCAL como teoría de pesos relativos*

A pesar de su utilidad, pensar en términos de “espacio jurídico” plantea un desafío normativo importante para el ICCAL como metodología, ya que corre el riesgo de perpetuar el *statu quo*. La idea de la “atracción” que ejerce el derecho de la inversión o los derechos humanos es en realidad solamente descriptiva. Sin embargo, este enfoque nos proporciona el vocabulario para una crítica de las razones detrás de una “atracción” tan poderosa, o un estándar normativo para discutir si el hecho de que un régimen tenga tanto “peso” es apropiado o no.

Específicamente, el principal reto es la cuestión de la “visión en túnel”.<sup>44</sup> Cada norma que actúa en el espacio jurídico tiene un mandato particular, o existe para regular un cierto ámbito de la política o el mercado global. Es decir, solo se ocupa de unas cuestiones específicas, y no necesariamente de preocupaciones más amplias de la sociedad. Y el régimen interamericano de derechos humanos no se ocupa, por ejemplo, del desarrollo económico. Así, usar la interacción como unidad analítica arriesga perder de vista una narrativa general de una “buena” sociedad. Cada una de estas normas (el derecho de los derechos humanos, por ejemplo, o el régimen de protección

---

<sup>43</sup> Por ejemplo Pauwelyn, Joost, *Conflict of norms in public international law: How WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

<sup>44</sup> Sobre la visión en túnel, véase Teubner, Gunther y Korth, Peter, *op. cit.*, pp. 23-54.

de inversiones) puede hablar en términos del “bien común”; sin embargo, cuando estas normas e instituciones “atraen” hacia sí otras normas, éstas se aferran a su propio sesgo estructural,<sup>45</sup> dejando que el bien común sea resuelto por la competencia entre normas e instituciones en el espacio regulatorio global.

El ICCAL necesita proveer, por lo tanto, un criterio normativo para definir qué tanto peso relativo se le debe reconocer a cada norma —una propuesta que debe estar inspirada en los principios del ICCAL de inclusión, democracia y Estado de derecho. No se trata, entonces, de una discusión sobre conflictos y jerarquía normativa, que se agota con la simple hegemonía de un régimen sobre otro. El ICCAL, como metodología, puede proveer herramientas para comenzar a pensar el grado de peso que se le debe reconocer, por ejemplo, al régimen de derechos humanos, o a las normas de protección de inversiones, en cada caso concreto. Así, en contra de la idea de que el régimen de derechos humanos siempre debe “primar”, una metodología del ICCAL podría dar criterios dinámicos para justificar, normativamente, cuál es el “peso” apropiado a ser otorgado a un cierto régimen en un contexto en particular.

#### IV. EL ICCAL COMO UNA TEORÍA DE SUBSIDIARIEDAD: EL “ESTÁNDAR DE REVISIÓN” EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

##### 1. *El derecho de la inversión y el principio de subsidiariedad*

La segunda contribución que puede hacer el ICCAL al debate sobre arbitraje de inversiones y derechos humanos hace referencia a la asignación vertical de autoridad.<sup>46</sup> Esto es, a la pregunta de si el poder de toma de decisiones debiera mantenerse en el nivel internacional o, por el contrario, moverse al nivel nacional. Como es sabido, el régimen de inversiones implica un doble proceso de asignación vertical de la autoridad sobre el eje nacional/internacional. En primer lugar, el marco jurídico de los tratados de protección de inversiones amplía el poder de decisión del tribunal de arbitraje de inversiones, otorgando a una autoridad internacional (los árbitros) el poder de revisar

---

<sup>45</sup> Sobre el sesgo estructural, véase Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 600.

<sup>46</sup> Esta discusión del principio de subsidiariedad está basada en Urueña, René, “Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 2, 2016, pp. 99-121.

normas nacionales, con base en los criterios establecidos en el tratado. Sin embargo, una vez que su jurisdicción es establecida, el tribunal de arbitraje evalúa la persuasión relativa de la norma nacional, decidiendo si el poder de decisión debe permanecer en el plano internacional (si considera que la decisión interna no es convincente), o si la autoridad puede ser delegada hacia el nivel nacional (si considera que la decisión interna sí es persuasiva). El arbitraje de inversiones es, en este sentido, un régimen de gobernanza con una asignación vertical de autoridad que es a la vez estable y en flujo constante. Aunque una asignación formal de autoridad otorga a la jurisdicción del tribunal de arbitraje una decisión interna, la misma asignación formal de poder permite la transferencia de autoridad a lo largo de la escala vertical.

Así, un tema clave en el régimen de inversión, el cual tiene un impacto directo en los derechos humanos, es la deferencia hacia las decisiones de las autoridades nacionales. ¿Deberían los tribunales internacionales de inversiones respetar las decisiones de las autoridades nacionales? Esta discusión es catalogada por los especialistas en arbitraje de inversiones como un problema del “estándar de revisión” (*standard of review*), el cual hace referencia al nivel de escrutinio que un árbitro aplica al revisar la decisión de un tribunal inferior o de otra institución.<sup>47</sup> La noción proviene del derecho constitucional nacional, en particular del control judicial nacional, y se inspira en el adecuado equilibrio de poderes entre los tribunales superiores, los tribunales inferiores y los otros poderes estatales.<sup>48</sup> En pocas palabras, un estándar de revisión establece las preguntas que se hará quien adopte la decisión (normalmente un juez) respecto a la norma o decisión que se va a revisar (la llamada “decisión primaria”). Así, en derecho nacional, el estándar de revisión se representa como un continuo, con una revisión completamente nueva de la decisión primaria en un extremo, y una deferencia completa hacia esa decisión en el otro.<sup>49</sup> Por lo tanto, al ejercer el control judicial, un tribunal tiene la opción de aplicar un nivel muy estricto de control, considerando y decidiendo de nuevo la cuestión jurídica primaria, y sustituyendo así al decisor original mediante su revisión judicial. O, en el otro extremo, el

---

<sup>47</sup> Burke-White, William W. y von Staden, Andreas, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, núm. 2, invierno de 2008, pp. 307-410.

<sup>48</sup> Peters, Amanda, “The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 13, 2009, p. 233.

<sup>49</sup> Hofer, Ronald R., “Standards of Review-Looking Beyond the Labels”, *Marquette Law Review*, vol. 74, núm. 2, invierno de 1991, p. 231.



tribunal de revisión tiene la opción de adoptar un estándar muy deferente, en virtud del cual dará más peso al órgano decisorio primario.

La cuestión del estándar de revisión es crucial para la protección de los derechos humanos. En los sistemas nacionales, decidir el estándar de revisión aplicable es un resultado de la razón específica que llevó a la revisión judicial en un primer lugar.<sup>50</sup> Por el contrario, en derecho internacional, la cuestión del estándar de revisión ha adquirido características específicas propias. Los tribunales internacionales normalmente no revisan una decisión de un tribunal inferior, sino que revisan la decisión de una de las partes en el litigio —a menudo, un Estado. En consecuencia, la cuestión del estándar de revisión implica reflexionar sobre el espacio regulatorio legítimo de los Estados, lo que redundaría en un riesgo de restricción indebida.

En este contexto, el ICCAL tiene mucho que contribuir a este debate. ¿Deberían los tribunales internacionales ser deferentes a las decisiones de las instituciones nacionales o, por el contrario, deberían participar en una revisión *de novo* de las decisiones primarias? Excepcionalmente, en ciertos regímenes especializados, el lenguaje contenido en el tratado pertinente responde a esta pregunta. Este es el caso del litigio en materia de *dumping* en la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyo Acuerdo Anti-dumping establece una norma específica de estándar de revisión en los procedimientos antidumping.<sup>51</sup> Esta es, sin embargo, la excepción. En la mayoría de los regímenes jurídicos internacionales, la cuestión del criterio de examen queda abierta al tribunal competente para decidir.

Ante el silencio en los tratados, se han desarrollado dos instrumentos analíticos para decidir la asignación vertical de autoridad. En primer lugar, el artículo XX del GATT permite que se adopten ciertas medidas excepcionales restrictivas del comercio para proteger objetivos públicos como la moral, la seguridad o el medio ambiente. Tales medidas excepcionales

---

<sup>50</sup> Peters, Amanda, *op. cit.*

<sup>51</sup> Véase párr. 6 del artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994: “El grupo especial, en el examen del asunto al que se hace referencia en el párrafo 5: i) al evaluar los elementos de hecho del asunto, determinará si las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si se han establecido adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se invalidará la evaluación, aun en el caso de que el grupo especial haya llegado a una conclusión distinta; ii) interpretará las disposiciones pertinentes del Acuerdo de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público. Si el grupo especial llega a la conclusión de que una disposición pertinente del Acuerdo se presta a varias interpretaciones admisibles, declarará que la medida adoptada por las autoridades está en conformidad con el Acuerdo si se basa en alguna de esas interpretaciones admisibles”.

deben ser necesarias para alcanzar el objetivo declarado. Por consiguiente, al decidir si la medida es verdaderamente necesaria, los Grupos Especiales de la OMC y el Órgano de Apelación han elaborado jurisprudencia coherente que evalúa si el Estado ha adoptado la medida menos restrictiva razonablemente disponible que cumple con su objetivo permisible en virtud del artículo XX del GATT. Para cumplir con esta norma, el Estado demandado debe hacer un argumento *prima facie* de que la medida excepcional era necesaria en su contexto. En ese caso, el grupo especial o el Órgano de Apelación tendrán una actitud deferente hacia el primer responsable de la toma de decisiones. Entonces la carga de la prueba recae en el demandante, que debe probar que la medida es innecesaria (principalmente mediante la prueba de la disponibilidad razonable de una medida alternativa menos restrictiva del comercio).<sup>52</sup>

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una segunda herramienta analítica para definir el estándar de revisión que debe aplicarse al evaluar decisiones internas: la doctrina del “margen de apreciación”.<sup>53</sup> La doctrina se refiere a la “amplitud de la deferencia” que el Tribunal está dispuesto a otorgar a las decisiones de los legisladores nacionales, los poderes ejecutivos y quienes adoptan decisiones judiciales.<sup>54</sup> Así, el margen de apreciación es un estándar de revisión en el que un tribunal internacional da peso al razonamiento del decisor primario, por razones de legitimidad democrática, práctica común de los Estados o experiencia de los mismos.

El derecho de la inversión extranjera no ha adoptado un estándar de revisión específico.<sup>55</sup> Sin embargo, en general, el criterio de revisión es sumamente estricto; es decir, los tribunales internacionales son poco deferentes a las instituciones nacionales. La decisión sobre el estándar de revisión se puede adoptar en dos sentidos. En primer lugar, la pertinencia de decidir un estándar de revisión se puede negar en su conjunto. Aunque los laudos de inversión no hacen este argumento abiertamente, la idea de revisión judicial (y, por tanto, de un estándar de revisión) es completamente ajena al

---

<sup>52</sup> Oesch, Matthias, “Standards of Review in WTO Dispute Resolution”, *Journal of International Economic Law*, vol. 6, núm. 3, 2003, pp. 635-659.

<sup>53</sup> Legg, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 38-66.

<sup>54</sup> Burke-White, William W. y von Staden, Andreas, *op. cit.*, p. 370.

<sup>55</sup> Véase Henckels, Caroline, “Indirect Expropriation and the Right...”, *cit.*; Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 1, 2013, pp. 197-215.

arbitraje comercial internacional.<sup>56</sup> Así, la adopción de una lectura extrema del arbitraje de inversiones como nada diferente del arbitraje comercial internacional conduciría a negar la pertinencia del estándar de revisión en el arbitraje de inversiones. Bajo una mentalidad de arbitraje puramente comercial, la cuestión del estándar de revisión no surge. Como resultado, bajo ciertas circunstancias, la posibilidad de darle peso al razonamiento de una decisión nacional sería completamente ajena al arbitraje de inversiones. Desde esta perspectiva, la autoridad permanece en el plano internacional, no porque sea más apropiado en términos de revisión, sino porque el tribunal arbitral se entiende como un mero mecanismo de solución de controversias.

En la práctica, sin embargo, los tribunales internacionales de inversiones deben reflexionar a menudo sobre las decisiones internas y, por lo tanto, se les presenta la necesidad de un estándar de revisión. En ese caso, el arbitraje de inversiones también tiene muy poca deferencia hacia las decisiones nacionales.

Esta asignación de poder al tribunal internacional (y no al nivel nacional) se explica usualmente como un resultado del riesgo político asumido por el inversionista, en el sentido de que, a medida que el costo de retirar la inversión se hace más alto (por ejemplo, a medida que aumentan los costos hundidos), el riesgo de que la negociación original se vuelva obsoleta para el Estado anfitrión también aumenta.<sup>57</sup> Entre más pasa el tiempo, más aumenta el riesgo para el inversionista de que el Estado huésped se comporte de manera oportunista. Por lo tanto, el inversor debe cubrir ese riesgo político.

Una forma de cubrir ese riesgo es mediante un sistema de solución de disputas que sea independiente. Los tribunales nacionales, sin embargo, pueden ser percibidos como poco fiables para juzgar estas reclamaciones, ya que pueden ser dependientes de las autoridades del Estado anfitrión involucrado en la disputa. Desde esta perspectiva, se hace necesario darle poder a una institución internacional (un tribunal de arbitraje internacional, por ejemplo) para que se pronuncie sobre tales reclamaciones.

---

<sup>56</sup> Roberts, Anthea, “The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration”, *International Council for Commercial Arbitration Congress Series*, vol. 16, 2011, pp. 170-180.

<sup>57</sup> Este es el llamado “obsolescing bargain model” (OBM) que justifica gran parte de la arquitectura del arbitraje de inversiones. Véase Vernon, Raymond, *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, Nueva York, Basic Books, 1971. Sobre el papel fundamental que este modelo cumplió en el diseño inicial del régimen de inversiones, véase Álvarez, José E., *op. cit.*, p. 277. Para una crítica del modelo, véase Eden, Lorraine *et al.*, “From the Obsolescing Bargain to the Political Bargaining Model”, en Grosse, Robert (ed.), *International Business and Government Relations in the 21st Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 251-272.

Este modelo sugiere que, al mover el poder de toma de decisiones al nivel internacional, las disputas de inversión se despolitizan. La toma de decisiones a nivel nacional sobre las controversias que involucran a un Estado anfitrión y las inversiones importantes está sujeta a presiones políticas. Sin embargo, quienes defienden esta visión sostienen que el objetivo de los tratados bilaterales de inversiones es “aislar la inversión privada de políticas públicas extranjeras o domésticas impulsadas políticamente —en efecto, despolitizar los temas relacionados con la inversión, ubicando la protección de la inversión privada bajo un régimen jurídico apolítico”.<sup>58</sup>

Como puede verse, este modelo proporciona una justificación para asignar la autoridad al nivel internacional, basada exclusivamente en preocupaciones privadas: mover el poder de toma de decisiones al nivel internacional es una forma de resolver el riesgo político de los inversionistas privados. Los Estados anfitriones pueden decidir aceptar esta negociación por múltiples razones (atraer la inversión extranjera,<sup>59</sup> reducir el costo del capital<sup>60</sup> o, en el caso de los países menos adelantados, asegurar una ventaja competitiva sobre otros países con una situación similar).<sup>61</sup> Independientemente de la razón de la aceptación, la realidad es que la preocupación dominante en un tratado de inversión bilateral es el interés privado del inversor.

Los laudos arbitrales en los casos de gas argentino (*CMS*,<sup>62</sup> *Enron*<sup>63</sup> y *Sempra*)<sup>64</sup> son un buen ejemplo de un exigente estándar al revisar decisiones nacionales, derivado de esta lógica privada.<sup>65</sup> Como es sabido, uno de los

---

<sup>58</sup> Vandevelde, Kenneth J., “Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs”, *International Tax & Business Lawyer*, vol. 11, núm. 2, 1993, p. 160.

<sup>59</sup> Elkins, Zachary *et al.*, “Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000”, *University of Illinois Law Review*, 2008, p. 277.

<sup>60</sup> Sykes, Alan O., “Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 34, núm. 2, 2005, p. 632.

<sup>61</sup> Guzman, Andrew T., “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1997-1998, pp. 639-688.

<sup>62</sup> *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Caso CIADI n° ARB/01/8, laudo de 12 mayo de 2005, disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>.

<sup>63</sup> *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Caso CIADI n° ARB/01/3, laudo de 22 mayo de 2007, disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>.

<sup>64</sup> *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, Caso CIADI n° ARB/02/16, laudo de 28 septiembre de 2007, disponible en: <http://www.italaw.com/documents/SempraAward.pdf>.

<sup>65</sup> Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection...”, *cit.*, p. 203; sostiene que los laudos *CMS*, *Enron*, y *Sempra* “son bien conocidos por su escrutinio riguroso de las medidas de

temas cruciales en las disputas, presentado por Argentina, fue la defensa de la necesidad. El tratado de inversión entre Argentina y Estados Unidos preveía en su Artículo XI una cláusula de “medidas no excluidas”, en la que se estipulaba que el tratado “no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.<sup>66</sup> Durante los litigios, Argentina adujo que sus medidas económicas (como el corralito y, en particular, la conversión de tarifas de servicios públicos) eran necesarias para mantener sus intereses nacionales. Entre varios argumentos, Argentina argumentó que la cláusula de la necesidad era “*self-judging*”; es decir, que correspondía a Argentina, y no al tribunal, decidir si las medidas podrían adoptarse en virtud de esa cláusula. En esencia, según Argentina, solo Argentina sabe cuándo una medida es necesaria para proteger los intereses esenciales de Argentina. Sin embargo, el tribunal rechazó el argumento, encontrando que las cláusulas de necesidad no eran “*self-judging*”.<sup>67</sup> Por el contrario, los tribunales encontraron que tenían jurisdicción para decidir si las cláusulas de necesidad podían ser invocadas.<sup>68</sup> Desde esta perspectiva, la autoridad para la toma de decisiones bajo la cláusula debía permanecer en el nivel internacional. Por lo tanto, el tribunal se ocupó de un examen sustantivo de las medidas, discutiendo en detalle si la situación financiera en Argentina arriesgaba realmente un “colapso económico total”,<sup>69</sup> o si amenazaba la “existencia misma del Estado y su independencia”.<sup>70</sup>

Esta línea de argumentación está íntimamente relacionada con la lógica del riesgo privado que justifica el arbitraje de inversiones. José Álvarez fue un testigo experto de los demandantes en los casos argentinos, y defendió el carácter no “*self-judging*” de las cláusulas de necesidad.<sup>71</sup> Para Álvarez y

---

emergencia de Argentina” (“*are well known for their stringent scrutiny of Argentina’s emergency measures*”), (traducción del autor).

<sup>66</sup> Artículo XI del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991; disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12165>.

<sup>67</sup> *Sempra Energy Int’l v. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 385 y 391; *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 332; *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 373.

<sup>68</sup> *Idem*.

<sup>69</sup> *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 322.

<sup>70</sup> *Sempra Energy Int’l v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 348; *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 306.

<sup>71</sup> *Sempra Energy Int’l v. Argentina*, *op. cit.*; opinión de José Álvarez, párr. 11, 12 de septiembre de 2005, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0994.pdf>.

Khamsi, no hay ningún argumento en el tratado que justifique el carácter “*self-judging*” de la cláusula,<sup>72</sup> ni tampoco tendría por qué haberlo. Por un lado, según Álvarez y Khamsi, el tratado en sí no da pie para que el Estado (en este caso, Argentina) solicite deferencia para los decisores nacionales. Adicionalmente, para Álvarez, no habría ninguna razón normativa para defender un criterio de revisión deferente, ya que el derecho de protección de inversiones fue explícitamente diseñado para permitir que los inversores renunciaran a los tribunales nacionales.<sup>73</sup> Con el fin de preservar la estabilidad de la negociación de inversión y un entorno de inversión creíble, un árbitro de inversiones puede (y de hecho debe) adivinar las motivaciones de los decisores nacionales.<sup>74</sup>

## 2. *La agenda normativa del ICCAL como teoría de la subsidiariedad*

Como hemos visto, la lógica descrita anteriormente implica una narrativa según la cual la protección internacional del inversionista se justifica en la medida en que las instituciones del Estado huésped no son fiables en general. Por el contrario, el inversionista se encuentra en riesgo de que el Gobierno huésped tenga el incentivo de apropiarse o extraer renta de la inversión extranjera, pues los costos de salida son altos.<sup>75</sup> En este escenario, una corte independiente es de radical importancia. Sin embargo, ante la premisa de que las cortes nacionales del Estado huésped no son lo suficientemente independientes como para controlar las acciones de un gobierno con los incentivos antes descritos, se genera entonces la necesidad de un tribunal internacional.<sup>76</sup>

Esta interpretación muestra al derecho del Estado huésped como un “derecho fallido”.<sup>77</sup> Esto es, presume que el inversionista no estará protegido bajo el derecho nacional del Estado huésped, y que en consecuencia se hace necesario crear un régimen internacional que proteja los intereses de los inversionistas.

Ahora bien, es indudable que el regulador es oportunista. Especialmente en el tipo de sectores de más relevancia para el arbitraje de inversiones,

---

<sup>72</sup> Álvarez, José E. y Khamsi, Kathryn, *op. cit.*, p. 440.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 426.

<sup>74</sup> *Idem*.

<sup>75</sup> Véase Eden, Lorraine *et al.*, *op. cit.*

<sup>76</sup> Véase Vandeveld, Kenneth J., *op. cit.*

<sup>77</sup> Esta discusión de la premisa del derecho fallido está basada en: Uruena, René, “Of Precedents and Ideology...”, *cit.*, pp. 276-303.

como infraestructura y servicios públicos, los costos hundidos son tan altos que la tentación del Estado en cambiar la regulación siempre estará ahí. Sin embargo, la premisa detrás del derecho de la inversión extranjera parece ir más allá. En efecto, parece presumir que el derecho del Estado huésped es prácticamente fallido, no merecedor del más mínimo crédito como sistema jurídico, ni como sistema judicial independiente.

La idea del derecho fallido no es nueva. Ya Jorge Esquirol ha señalado con anterioridad que ciertos problemas puntuales del derecho de América Latina han sido sistemáticamente generalizados por numerosos comentaristas, creando la imagen de un derecho fallido en la región y generando así una justificación para las radicales reformas legales implementadas en la misma.<sup>78</sup> Esquirol también argumenta que muchas de las supuestas “fallas” de este derecho son, de hecho, problemas inherentes a todo sistema legal (impredictibilidad, indeterminación, etcétera), que fueron identificadas y demostradas de manera convincente por críticos en otros lugares (por ejemplo, en Estados Unidos), sin que se cuestionara la viabilidad estructural de esos sistemas legales. Sin embargo, señala Esquirol, cuando se trata de América Latina, estos mismos problemas se vuelven sistémicos, muestran un derecho fallido, y justifican cambios jurídicos radicales en todas las áreas del derecho.

Pues bien, el derecho de la inversión extranjera funciona de forma similar, y es de alguna manera el corolario lógico a la observación de Esquirol. Si generalizamos las fallas específicas del derecho de los Estados huésped y creamos la presunción de que el mismo es un derecho fallido, entonces es lógico que creamos necesario recurrir al arbitraje de inversiones. El problema es que, como bien lo muestra Esquirol, la premisa de ser un derecho fallido es difícilmente desvirtuable, pues es casi un prejuicio. Mientras que en el derecho penal internacional pueden existir criterios para determinar si el Estado es capaz y tiene voluntad de actuar respecto a un crimen internacional (por ejemplo, los previstos en el Artículo 17 del Estatuto de la CPI, por muy controvertidos que estos sean),<sup>79</sup> en derecho de la inversión extranjera no hay una figura equivalente. Se presume que el ilícito internacional no será objeto de actuación del Estado huésped.

---

<sup>78</sup> Véase Esquirol, Jorge L., “The Failed Law of Latin America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, núm. 1, 2008, pp. 75-124.

<sup>79</sup> Burke-White, William W., “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, *Harvard International Law Journal*, vol. 49, núm. 1, 2008, p. 53.

El ICCAL puede servir como una contranarrativa a la idea del derecho fallido en la región latinoamericana, y así cuestionar la interpretación de Álvarez. El ICCAL puede subrayar los impactos que el arbitraje de inversiones tiene en la región, e inyectar en éste los valores del derecho público. Para hacerlo, la metodología del ICCAL, con su combinación entre derecho público, internacional y comparado, es una herramienta invaluable para mostrar que el derecho de protección de inversiones no es solamente un simple sistema de solución de disputas, sino que es un verdadero ejercicio de poder global que debía ser regulado en consecuencia.<sup>80</sup>

En primer lugar, el arbitraje sobre inversiones examina a menudo la reglamentación interna en cuanto a posibles violaciones de las normas contenidas en el tratado de protección de inversiones. Por ejemplo, una regulación local puede ser equivalente a la expropiación de una inversión extranjera, y el tribunal de arbitraje puede ordenar una indemnización al inversionista. Por lo tanto, incluso si el tribunal arbitral no tiene poder formal para derogar las normas locales, se encarga de revisar dichas normas (incluidas las decisiones judiciales internas), evaluándolas sobre la base de las disposiciones establecidas en el tratado. Como consecuencia de tal revisión, los Estados anfitriones pueden decidir anular sus propias normas nacionales o pueden ser disuadidos de adoptar cierta línea de regulaciones —un fenómeno que se ha denominado un “*chilling effect*” del arbitraje de inversiones—.<sup>81</sup>

Y, en segundo lugar, los tribunales de arbitraje de inversiones contribuyen a la definición de estándares de administración pública nacional, en particular en su influencia en las leyes y procedimientos administrativos internos.<sup>82</sup> Especialmente a través de los estándares de trato justo y equitativo (aunque no limitados a ellos), los tribunales de inversiones revisan los procesos administrativos internos y pueden influir en la formulación y aplicación de estos procedimientos locales. Para definir la responsabilidad del Estado huésped de la inversión, los tribunales de arbitraje han estable-

---

<sup>80</sup> Véase von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016. Siguiendo una línea de regulación más cercana al derecho administrativo global, véase Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 121-150.

<sup>81</sup> Tienhaara, Kyla, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, en Brown, Chester y Miles, Kate (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 606-628.

<sup>82</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 10a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.



cido normas aplicables a la estabilidad, la previsibilidad y la coherencia del marco jurídico; la protección de las expectativas legítimas; el procedimiento procesal y administrativo; y la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en los procedimientos administrativos,<sup>83</sup> todos los cuales tienen un impacto en las estructuras de gobierno interno.

Leído mediante el prisma del ICCAL, el arbitraje de inversiones no es solo un mecanismo de solución de diferencias, sino también un verdadero ejercicio de gobernanza global. Esta lectura tiene, a su vez, un impacto en el estándar de revisión. Una visión “ICCAL” del arbitraje de inversiones implica que el criterio de revisión debería ser deferente al tomador de decisiones nacional, reduciendo así la discrecionalidad del árbitro internacional. El enfoque “ICCAL” entendería el arbitraje de inversiones como un ejercicio de autoridad pública. Desde este prisma, tendría sentido que tal autoridad se ejerza localmente. Por supuesto, esto no puede ser siempre posible. Sin embargo, el ICCAL como teoría de subsidiariedad puede sugerir que la autoridad debe ser ejercida lo más cerca posible de la población que se ve afectada. Como resultado, las autoridades nacionales deberían tener la primera palabra sobre cuestiones relacionadas con el arbitraje de inversiones, y solo excepcionalmente debería reconocerse la autoridad internacional. Desde una perspectiva “ICCAL”, el objetivo es inyectar la toma de decisiones con la legitimidad de la política local. El ICCAL nos permite argumentar que el arbitraje de inversiones no es simplemente un sistema de solución de controversias privadas y que, por consiguiente, debería adoptar un estándar de revisión deferente.

## V. CONCLUSIÓN

El presente capítulo buscó dar cuenta de dos posibles contribuciones que el ICCAL puede hacer al debate sobre la relación entre arbitraje de inversiones y derechos humanos. Esta contribución es multidimensional porque el ICCAL también lo es. El ICCAL corresponde a una sensibilidad política compartida por los juristas en la región, que se preocupa por el presidencialismo extremo, por problemas de exclusión, y que considera que el derecho tiene un valor normativo —independiente del poder— que sirve para ayudar a solucionar algunos de estos problemas. Adicionalmente, es también

---

<sup>83</sup> Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, Nueva York, University Public Law and Legal Theory Working Papers, 1o. de septiembre de 2009, pp. 1-53.

un portafolio de herramientas metodológicas, nuevo para los juristas de la región, el cual mezcla técnicas de derecho comparado y elementos de gobernanza multinivel. Y, finalmente, el ICCAL es también un vocabulario nuevo para que los juristas de la región describan en términos jurídicos la realidad que están viviendo y los desafíos a los que se enfrentan. Este vocabulario es menos formalista que el lenguaje jurídico que domina la región, incluye elementos de derecho constitucional y es marcadamente multinivel.

A través de estas dimensiones, el ICCAL puede hacer dos contribuciones al debate de la relación entre arbitraje de inversiones y derechos humanos. Como hemos visto, el ICCAL puede proveer una teoría normativa del peso que debe ser reconocido a los regímenes jurídicos que operan en el espacio jurídico latinoamericano, la cual nos permita ir más allá de la narrativa de fragmentación y la idea de “conflicto” entre la protección de inversiones y los derechos humanos. Segundo, el ICCAL puede servir como una guía de subsidiariedad en el derecho de protección de inversiones, mediante la cual se defina en qué casos los árbitros internacionales deben tener deferencia hacia las decisiones nacionales —y en qué casos no—.

Estas contribuciones permitirán, a su vez, avanzar la agenda investigativa del ICCAL. De una parte, pueden abrir la puerta a una agenda normativa distintiva, en la cual el rol del ICCAL sea ofrecer criterios para regular la interacción entre regímenes jurídicos. Dada su experiencia analizando la interacción entre los regímenes constitucionales nacionales y el sistema interamericano de derechos humanos, el ICCAL parece estar en un lugar privilegiado para ofrecer este tipo de criterios. De otra parte, la aproximación “ICCAL” a la subsidiariedad en el contexto de arbitraje de inversiones serviría como una contranarrativa a la idea del derecho fallido de América Latina. Ya el ICCAL ha subrayado las importantes contribuciones de las cortes constitucionales latinoamericanas y del sistema interamericano a la construcción de un derecho vital, con ánimo de constitucionalismo transformador. Es momento que la misma plataforma del ICCAL sirva para que ese mismo derecho transformador sea reconocido por otros regímenes jurídicos internacionales como una opción viable para la solución de disputas con inversionistas extranjeros. El ICCAL puede servir como plataforma académica para hacer ese argumento.