

ARTÍCULOS

La tensión entre el derecho a regular y los derechos del inversor a la luz del principio de proporcionalidad

*The tension between the right to regulate and investor's rights in the light of the
principle of proportionality*

Orlando Cabrera Colorado 

Universidad Iberoamericana, México

RESUMEN Este artículo expone el marco teórico del derecho a regular, a través de la exploración de las nociones de soberanía y derecho, para presentar su marco conceptual. Analiza las fuentes que sustentan el derecho a regular, según se encuentran contenidas en tratados, costumbre internacional, principios generales de derecho, decisiones judiciales y arbitrales, así como las doctrinas de los publicistas. Expuesto lo anterior, explora sus límites, dados por el derecho internacional y las excepciones. Finalmente, se analiza el principio de proporcionalidad como método para valorar la actuación del Estado.

PALABRAS CLAVE Soberanía, derecho a regular, poderes de policía, derechos del inversor, proporcionalidad.

ABSTRACT This article presents the theoretical framework of the right to regulate by exploring notions of sovereignty and law, to present the conceptual framework of the right to regulate. It analyzes the sources that support the right to regulate as contained in treaties, international custom, general principles of law, judicial and arbitral decisions, as well as the doctrines of publicists. Having stated the above, it explores the limits of the right to regulate as imposed by international law and the exceptions. Finally, it analyzes the principle of proportionality as a method for assessing the actions of the State.

KEYWORDS Sovereignty, right to regulate, police powers, rights of the investor, proportionality.

Introducción

En 1729, el consumo excesivo del opio en China llevó a la promulgación de un edicto imperial que prohibió la venta de opio para consumo personal. Sin embargo, en 1770, la británica East India Company expandió su comercio hacia Guangzhou, China, a un alto costo para la población local que cada vez se volvió más adicta.¹ La droga se volvió una de las principales fuentes de ingresos para múltiples sociedades secretas, narcotraficantes, movimientos políticos, ocupaciones armadas y gobiernos nacionales. El gobierno chino se propuso modernizar el país eliminando el opio (Mühlhahn, 2019: 91).

En 1796, ante la presión del gobierno chino, la East India Company dejó de exportar opio directamente a ese país y comenzó a venderlo a comerciantes privados en Calcuta, quienes luego lo entregaban a China. En la medida que el gobierno chino se volvió más consciente del comercio del opio y la influencia británica, tanto su importación como su comercio quedaron prohibidos en 1799. Al ver que los locales dependían del comercio del opio para sus ingresos, los oficiales se dieron cuenta de que no podían suprimir su cultivo y prefirieron gravar fiscalmente sus ganancias (Mühlhahn, 2019: 92).

Posteriormente, la corte Qing reconoció estos problemas, cambió su política y prohibió la importación y venta de opio. El consumo y cultivo quedaron criminalizados en 1813 y 1831, respectivamente, y una regulación draconiana al comercio apareció en 1839. Sin embargo, esta regulación fracasó debido a que el gobierno no podía competir con las organizaciones criminales; también, falló la aplicación y ejecución de la regulación (Mühlhahn, 2019: 93).

Confrontado con los crecientes problemas económicos y sociales, el gobierno debatió la idea de legalizar la droga a través de monopolios gubernamentales. En 1836, Xu Naiji propuso la legalización para permitir la importación de opio. Sin embargo, con los crecientes estragos sociales y económicos de la adicción, en 1838 la corte votó en contra de la legalización y a favor de enviar a Lin Zexu a Guangzhou. Armado con órdenes para terminar el comercio del opio para siempre, Lin se fue a trabajar vigorosamente. Los adictos fueron detenidos, tratados a la fuerza y despojados del hábito; a su vez, los narcotraficantes fueron severamente sancionados. Uno de los objetivos de Lin fue detener a los comerciantes extranjeros y obligarlos a que firmaran una promesa de buena conducta, por la cual convenían en nunca comerciar opio y ser castigados si violaban la regulación (Mühlhahn, 2019: 93). Estas políticas

1. La East India Company fue una empresa inglesa formada para la explotación del comercio con el sureste asiático y la India, constituida por carta real el 31 de diciembre de 1600. Véase Emily Erikson, «How the East India Company became the world's most powerful monopoly», *Yale MacMillan Center*, 28 de octubre de 2020, disponible en <https://bit.ly/48j2wYL>.

regulatorias llevaron a la guerra con Gran Bretaña. Durante las dos guerras del Opio, Gran Bretaña tuvo éxito en adquirir acuerdos comerciales preferentes, derechos de extraterritorialidad previstos en un tratado y Hong Kong como colonia (Saccarelli y Varadarajan, 2015: 84).

Desde hace siglos ha existido una tensión entre la política regulatoria y los intereses de empresas extranjeras. El ejemplo ilustra la tensión entre el gobierno chino que intentaba regular o prohibir el comercio del opio y una empresa británica que intentaba expandir su comercio. No obstante que la tensión lleva siglos, el marco jurídico internacional ha cambiado. Afortunadamente, las invasiones navales y la guerra han dejado de ser la regla para resolver disputas regulatorias. Empero, esta tensión hoy continúa con la aplicación de los tratados de inversión que limitan la soberanía de los Estados y los arbitrajes que derivan de los mismos. Existe una tensión fundamental entre la protección que los tratados buscan brindar a los inversionistas extranjeros y los poderes regulatorios del Estado receptor de la inversión para implementar sus políticas. En este contexto, el principio de proporcionalidad adquiere relevancia para examinar la conducta de los Estados (Cottier y otros, 2012). A pesar de que la regulación abunda, en español contamos con escasa literatura sobre este tema y en inglés existen solo algunos tratados sobre la materia (Henckels, 2018; Mouyal, 2018; Rajput, 2018; Levashova, 2019). Así, este estudio abona a la discusión sobre la materia en español. Este trabajo resuelve algunas interrogantes sobre los fundamentos teóricos que sustentan la potestad de regular: ¿qué es un derecho? ¿Puede limitarse la soberanía de los Estados? ¿Qué fuentes de derecho internacional sustentan el derecho a regular? ¿Existen condiciones bajo las cuales pueden regular los Estados? También se presentará el desarrollo que ha tenido el tema de estudio a través de los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho internacional que inciden en el análisis de la regulación por parte de tribunales arbitrales y judiciales internacionales, así como las doctrinas de los publicistas de mayor competencia.

El principal interés de este trabajo es analizar el derecho a regular en el marco del derecho internacional de la inversión extranjera, es decir, las afectaciones que pueden sufrir los inversionistas por medidas regulatorias. Empero, la investigación ha permitido identificar otras decisiones de derecho internacional, resueltas por órganos o tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPII), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), la Corte Europea de Justicia (CEJ), el órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre otros, que abonan a la discusión. La multiplicidad de casos, doctrinas y principios permitieron realizar deducciones para presentar conclusiones.

Asimismo, se introduce al lector al marco teórico del derecho a regular, a través de nociones de soberanía y derecho. Posteriormente, se explora el marco conceptual

del derecho a regular. Acto seguido, se revisan las fuentes que sustentan el derecho a regular, contenidas en tratados, costumbre internacional, principios generales de derecho, decisiones judiciales y arbitrales, así como las doctrinas de los publicistas. Ex-puesto lo anterior, se analizan los límites del derecho a regular como están impuestos por el derecho internacional y las excepciones. Finalmente, se analiza el principio de proporcionalidad como método para valorar la actuación del Estado. En este proceso, cabe destacar cuales son las condiciones que permiten ejercer este derecho. Toda la exposición permite elaborar las conclusiones.

Marco teórico del derecho a regular

El marco teórico de la soberanía de los Estados y la noción de derecho

Previo al estudio del derecho a regular, introducimos dos conceptos que sustentan al tema: la soberanía de los Estados y el derecho o la obligación que tienen de regular.

Primero, los Estados como soberanos tienen el poder de actuar en su territorio. Analizando los anales, encontramos que el artículo 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados dispone: «Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas».² Para Mouyal (2018: 31), la soberanía permite a los Estados decidir respecto de su política, economía, sistema social y cultural, así como la formulación de su política externa. En este sentido, el artículo 4 prevé que los Estados tienen el derecho de elegir las formas de organizar sus relaciones económicas exteriores y de celebrar tratados bilaterales y multilaterales. Estas acciones no están sujetas al control de otros Estados. Así, Rajput (2018: 114) considera que los Estados disfrutan de una discreción para regular asuntos internos, como consecuencia de la soberanía, y esta discreción nace del derecho internacional.

Estas concepciones teóricas aparecieron, de alguna forma, en antecedentes que datan de hace casi cien años y han forjado el marco conceptual vigente. En 1927, en el caso *Lotus*, la CPIJ resolvió que el derecho internacional brinda un amplio margen de

2. En 1974, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Esta iniciativa fue presentada por México en la Asamblea General como Resolución 3281 (XXIX) y fue aprobada con ciento quince votos a favor, seis en contra y diez abstenciones. Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca y Luxemburgo votaron en contra; mientras que el resto de Europa Occidental se abstuvo. A cuarenta años de distancia, para Escalante (2015: 13-14) todo esto resulta absurdo, porque le es difícil imaginar que hoy en día, con el desarrollo del Estado neoliberal, exista una iniciativa de México con ese alcance y que cuente de entrada con el apoyo de India, Etiopía y Brasil. Más todavía, un texto que hable de derechos y, sobre todo, deberes económicos de los Estados, que incluya la obligación de facilitar la transferencia de tecnología o incluso ofrezca un trato preferencial a los países más pobres. Para el autor, esto corresponde a otro mundo, distinto al actual.

discrecionalidad limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas;³ en los demás, cada Estado es libre de adoptar los principios que considere mejores y más adecuados. Tomando en cuenta que no es factible concebir todas las actividades que el Estado puede regular, Rajput (2018: 120) afirma que no puede forzarse a los Estados a buscar autorizaciones específicas, pues procurar ello para cada ejercicio haría impracticable la administración del Estado. Por lo cual, este autor considera que la libertad regulatoria es una regla apropiada dentro de los límites que se comentan más adelante.

Mouyal (2018: 31), en tanto, identifica que los conceptos esenciales de soberanía son soberanía sobre el territorio y soberanía jurisdiccional. Por una parte, la primera se vincula con el poder del Estado para usar y disponer de su territorio sin que ningún otro Estado pueda entrometerse. Por otra parte, la segunda se manifiesta de tres formas: i) jurisdicción para prescribir, es decir, la facultad para legislar o regular; ii) la jurisdicción para juzgar, que contempla, la facultad de resolver controversias; y iii) la jurisdicción para ejecutar, o sea, la facultad para asegurar que, a través de medios coercitivos, se cumplan las leyes.

Dicho lo anterior, conviene referirnos a la noción de derecho. Para Kelsen (1991: 8), tener derecho a comportarse de cierta forma significa libertad para así comportarse. Ser libre de comportarse de cierto modo puede significar no estar bajo la obligación jurídica de comportarse de otra forma. El término *derecho* puede tener una connotación positiva. La afirmación «tengo un derecho a comportarme de cierta forma» puede significar que otros están obligados a no impedirme que me comporte de la misma manera; y la afirmación «tengo un derecho a reclamar que otro se comporte de cierta forma» puede significar que ese otro está obligado a comportarse de tal modo.

En forma positiva para Kelsen, la norma significa un *derecho*, así como una *discreción*. Como un derecho, la norma permite al Estado tomar ciertas acciones; como discreción, la norma deja la libertad al Estado para decidir si desea actuar o no. Si la norma empodera a la persona a comportarse de cierta forma, entonces, puede hacerlo y, cuando la norma permite a una persona comportarse de cierta forma puede hacerlo. El Estado puede recurrir a la regulación como un derecho o discreción para elegir la regulación. El jurista austríaco concluye que el alcance de una norma incluye la situación del *deber* y esto comprende todas las funciones normativas posibles como «ordenando, empoderando, permitiendo y derogando». Este poder habilitante para actuar también es una aprobación del orden jurídico para actuar. Si el orden jurídico pretendiera regular o limitar el ejercicio en un campo en particular, habría obligaciones de hacer (1991: 98, 100, 101, 131 y 132).

3. Sentencia del caso S.S. *Lotus (Francia con Turquía)*, Corte Permanente de Justicia Internacional, 7 de septiembre de 1927, párr. 46, disponible en <https://bit.ly/47TYTc7>.

El marco conceptual del derecho a regular

Mouyal (2018: 8-9) explica que el espacio en el cual los Estados pueden regular o maniobrar sin violar el derecho internacional se conoce como espacio de políticas públicas (*public policy space*) de los Estados, el ámbito regulatorio de maniobra (*regulatory scope of manouvre*) o los poderes de policía del anfitrión. Newcombe (2005: 27-28) reconoce que los poderes de policía son una excepción de la responsabilidad por pérdidas causadas a los inversionistas porque la propiedad no es absoluta.

El derecho a regular de los Estados aparece en el artículo 2 inciso 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados:

2. Todo Estado tiene el derecho de:

a) Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales.

b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales.

Para Mouyal (2018: 8-9), esta carta prevé el derecho de los Estados a admitir o rechazar la inversión extranjera, así como a regular inversiones extranjeras de conformidad con sus objetivos económicos; por ello, concibe el derecho a regular como una expresión de la soberanía de los Estados: «Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía».⁴ Desde un punto de vista conceptual, Mouyal considera que el derecho a regular constituye una afirmación de la autoridad de los Estados para actuar como soberanos en nombre de la voluntad del pueblo. Esto se puede explicar como una interpretación analítica del contrato social entre el Estado y su gente, un contrato que garantiza seguridad para todos a cambio de sujetarse a un soberano absoluto.⁵ En la actualidad, algunos pueden cuestionar la pertinencia de esta idea, frente al bloque de derechos humanos existente en la mayoría de los países democráticos. No obstante, para Mouyal (2018: 8-9), el derecho a regular es una afirmación de un derecho soberano de los Estados para escoger sus prioridades políticas,

4. Asamblea General de las Naciones Unidas, «Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», Resolución 2625 (XXV), aprobada el 24 de octubre de 1970, disponible en <https://bit.ly/4aiBaUu>.

5. Aquí conviene recordar a Hobbes (1965: 556): «La relación mutua entre protección y obediencia» (el original dice: «The mutual relation between protection and obedience»). En contraste, en tiempos actuales, el objetivo económico más importante del gobierno consiste en lograr y mantener el crecimiento económico. (Patel y Meaning, 2023: 105).

sociales y económicas —con ciertos límites— a través de la adopción de legislación, regulación u órdenes administrativas, sin violar normas internacionales protectoras de los inversionistas extranjeros.

Además, los Estados tienen derecho a elegir sus medios y fines, es decir, su modelo de desarrollo, con arreglo al artículo 7 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Por tanto, en las facultades soberanas de los Estados reside la posibilidad de realizar las actividades que consideren necesarias o benéficas para su población, respetando el derecho internacional. Para Mouyal (2018: 32), el concepto de soberanía nacional o internacional se compone de: i) la decisión del Estado para establecer prioridades, lo que implica dar atención y recursos a algunos temas e individuos en detrimento de otros; ii) nociones de regulación y protección a la inversión; y iii) el derecho a respetar la vida y la propiedad de los nacionales del Estado. Con este afán, Levashova (2019: 25) considera que el derecho a regular protege el interés público de los ciudadanos del Estado, lo que incluye la protección a la salud pública y la seguridad. Con las restricciones impuestas por el derecho internacional, el Estado tiene libertad para escoger el método a fin de alcanzar sus objetivos regulatorios.

Las fuentes del derecho a regular

El artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia contiene las fuentes tradicionales del derecho internacional. A saber: i) tratados internacionales; ii) la costumbre internacional; iii) los principios generales de derecho; iv) las decisiones judiciales; y v) la doctrina de los publicistas. Exploramos ejemplos de algunas de estas fuentes.

Los tratados internacionales

Por lo general, los tratados de inversión de primera generación carecían de disposiciones que expresamente establecieran el derecho a regular; empero, los tratados de inversión recientes sí contienen normas al respecto. Ilustramos dos ejemplos. El tratado modernizado de libre comercio entre México y la Unión Europea, que aún no entra en vigor, dispone:

Artículo 1. Las partes afirman el derecho a regular dentro de sus territorios para alcanzar objetivos de política, tales como la protección de la salud pública, los servicios sociales, la educación pública, la seguridad, el medioambiente o la moral pública, la protección social o del consumidor, la privacidad y protección de datos, la promoción y protección de la diversidad cultural o competencia.

Artículo 14. Las disposiciones de esta sección no se interpretarán como un compromiso de una parte a que no cambiará el marco legal y regulatorio, incluso de una manera que pueda afectar negativamente la operación de inversiones cubiertas o las expectativas de ganancias del inversionista.

También, el tratado de inversión entre China y la Unión Europea, de 2020, dispone:

Las partes reconocen el derecho de cada parte a determinar sus políticas y prioridades de desarrollo sostenible, a establecer sus propios niveles de protección laboral y ambiental nacional, y, por consiguiente, a adoptar o modificar sus leyes y políticas pertinentes, de manera consistente con sus compromisos multilaterales en los ámbitos laboral y ambiental.

Otro ejemplo de derecho internacional subyace en la protección a los derechos humanos, donde la ejecución de las obligaciones internacionales se logra a través del ejercicio de la soberanía interna. Rajput (2018: 107-108) señala que esta protección se alcanza en dos etapas: primero, a través de la promulgación de leyes de derechos humanos; segundo, a través de su aplicación y ejecución. El régimen internacional se apoya en tribunales nacionales para su ejecución. La implementación de obligaciones internacionales puede ser alcanzada efectivamente a través de la regulación, que es un ejercicio de la soberanía interna. Mouyal (2018: 116-118), en tanto, considera que los derechos previstos en tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dan la pauta para el derecho a regular. Este instrumento impone obligaciones a los Estados para asegurar un respeto a los derechos previstos en el tratado; esto conlleva que los individuos estén protegidos por el Estado. Las obligaciones positivas del tratado implican una obligación a cargo del Estado para impedir, sancionar, investigar y reparar el daño causado por personas privadas. Así, por ejemplo, el artículo 13 del Pacto de San José contiene el derecho a proteger la moral de los menores; para ello, prescribe: «Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia».

La costumbre internacional

Ahora, estudiaremos el derecho a regular como regla de derecho internacional consuetudinario. Rajput considera que la libertad regulatoria es indispensable y una actividad inherentemente conectada con el Estado. Los Estados han regulado con frecuencia y continuarán haciéndolo, aunque no hayan afirmado específicamente su derecho en declaraciones abiertas. Citando el caso *Amenaza o Uso de Armas Nucleares*, este autor afirma que el derecho a regular es una potestad soberana indispensable para el funcionamiento del Estado, por lo cual se infiere su existencia como una norma fundamental de derecho, al grado que debe tratarse como costumbre internacional. Al ser obvia la facultad regulatoria, en ocasiones, los Estados la ejercen sin basarse para ello en un tratado. En la práctica, los Estados no necesitan mencionarla para ejercerla (2018: 104, 120 y 121).

También Rajput señala que la libertad regulatoria satisface los requisitos de costumbre internacional. La costumbre es una norma uniforme y constantemente practicada por los Estados que la consideran vinculante; un claro y continuo hábito de hacer ciertas acciones que han crecido bajo el auspicio de la convicción de que son una obligación o derecho conforme al derecho internacional (2018: 104 y 121-132). Por lo cual, la libertad regulatoria debe ganar su carácter consuetudinario en su capacidad como un elemento de soberanía (2018: 109).

Luego, el autor concluye que la potestad regulatoria demuestra la existencia de los dos elementos integrantes de la costumbre internacional: la *opinio juris*⁶ y la práctica constante de los Estados (2018: 104 y 121-132).

Las decisiones judiciales y arbitrales

Las decisiones judiciales y arbitrales han reconocido las facultades del Estado para legislar y regular. Si bien las decisiones de los órganos internacionales solo se consideran una fuente subsidiaria o auxiliar,⁷ la CPIJ ha señalado que la legislación es una de las formas más obvias de ejercer el poder soberano.⁸ En el caso *North Atlantic Coast Fisheries*, el tribunal arbitral de la CPA, al interpretar el tratado del 20 de octubre de 1818 entre Estados Unidos y Gran Bretaña, decidió que Gran Bretaña tiene derecho a dictar reglamentos sin el consentimiento de los Estados Unidos, en cuanto

6. Sentencia del caso *Legal Status of Eastern Greenland*, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie 53, 5 de abril de 1933, p. 48, disponible en <https://bit.ly/3Tjkqq6>. El elemento psicológico necesario para formar la costumbre; un entendimiento de los Estados que consideran ciertos actos como obligatorios; la creencia de los Estados que ciertas reglas existen y declaraciones de los Estados que adecuadamente reflejan esta creencia.

7. El artículo 38 del estatuto de la CIJ dispone a «las decisiones judiciales y las doctrinas [...] como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho» (el énfasis es propio). De Brabandere, al respecto, opina que las principales fuentes formales del derecho internacional, según este artículo, son la costumbre internacional, los tratados y los principios generales de derecho; mientras que la doctrina y las decisiones judiciales se les considera como fuente subsidiaria o material. Para este autor, solo la costumbre internacional, los tratados y principios generales de derecho son las fuentes de obligaciones para los Estados, mientras que las decisiones judiciales y la doctrina no pueden por sí mismas ser consideradas como fuentes independientes de obligaciones de los Estados. La excepción son las decisiones judiciales y arbitrales interpartes. No obstante, en la práctica, múltiples tribunales de inversión se refieren a decisiones previas a pesar de que no existe una regla que vincule al precedente. Si bien las decisiones judiciales o arbitrales por sí mismas no tienen efectos vinculantes, excepto para las partes en disputa, la motivación tiene implicaciones jurídicas que se extienden más allá de las mismas. Esto se debe a que el derecho es aplicado e interpretado por la corte o tribunal de forma que puede reflejar el estado consuetudinario de una norma o una excepción de la norma o a que la motivación puede ser considerada como la correcta interpretación de una regla del tratado vinculante para esa parte (2012: 246).

8. Sentencia del caso *Legal Status of Eastern Greenland*, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie 53, p. 48, 5 de abril de 1933, disponible en <https://bit.ly/3Tjkqq6>.

al ejercicio de la libertad de pescar en el lago, en forma de leyes, ordenanzas o reglas municipales que es inherente a la soberanía de Gran Bretaña.⁹

Múltiples decisiones del órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio han:

[139] insistido en que los miembros tienen facultades soberanas para establecer sus propias normas tributarias, siempre que respeten las obligaciones contraídas en la OMC. Por tanto, [...] cada miembro puede determinar libremente las normas que aplicará para identificar el origen de los ingresos y las consecuencias fiscales —gravar o no gravar los ingresos— que se deriven de esa identificación del origen.

[148] Los miembros conservan la autoridad soberana para determinar por sí mismos si aplicarán [la compensación a la doble imposición] y en qué medida lo harán.¹⁰

En relación con la facultad de legislar en materia de inversiones, el tribunal del caso *Parkerings* enfatizó que es el derecho y privilegio indiscutible de cada Estado ejercer su facultad legislativa soberana.¹¹ Un Estado tiene el derecho de promulgar, reformar o abrogar una ley a su propia discreción, salvo que exista una cláusula de estabilización.

En el caso *Thunderbird*, el tribunal resolvió:

México dispone de un «espacio» particularmente amplio para reglamentar. En la reglamentación del sector de los juegos de azar los gobiernos poseen potestades especialmente amplias, que reflejan las opiniones nacionales sobre moral pública. En lo que se refiere al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, México puede permitir o prohibir toda forma de juego de azar. Puede modificar su política regulatoria y tiene amplia discrecionalidad en cuanto a la manera de aplicarla mediante reglamentos y actos administrativos.¹²

Los tribunales de los casos *Saluka*, *Continental* y *El Paso* han ido un poco más lejos para reafirmar que los Estados tienen el derecho de reformar sus leyes como parte de su facultad regulatoria. En el primero, el tribunal de *Saluka* determinó que:

Ningún inversor razonablemente esperaría que las circunstancias prevalecientes al momento [de invertir] permanezcan completamente inalteradas. Para determinar si la frustración de las expectativas del inversor estaba justificada y era razonable, debe

9. Laudo del caso *The North Atlantic Coast Fisheries (Gran Bretaña) con Estados Unidos*, Corte Permanente de Arbitraje, 7 de septiembre de 1910, disponible en <https://bit.ly/3ti7gPv>.

10. Informe del órgano de apelación, caso *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las empresas de ventas en el extranjero*, WT/DS108/AB/RW, 14 de enero de 2002.

11. Laudo del caso *Parkerings con Lituania*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ARB/05/8, 11 de septiembre de 2007, párr. 332, disponible en <https://bit.ly/4aovY1e>.

12. Laudo arbitral del caso *International Thunderbird Gaming Corporation con México*, 26 de enero de 2006, párr. 127 disponible en <https://bit.ly/48g4xop>.

tenerse en cuenta el derecho legítimo del Estado receptor a regular posteriormente los asuntos internos en el interés público.¹³

Igualmente, en el caso *Continental*,¹⁴ el tribunal resolvió que sería inconcebible que un país prometa no cambiar su legislación a medida que pasa el tiempo y cambian las necesidades o, más aún, atarse las manos con tal tipo de estipulación en caso de que surja una crisis de cualquier tipo u origen. De forma similar, en el caso *El Paso*,¹⁵ el tribunal, al determinar el estándar de trato justo, resolvió que el Estado debe tener la posibilidad de hacer los cambios razonables requeridos por las circunstancias y no puede considerarse que haya aceptado un congelamiento de la evolución de su sistema jurídico. Incluso, el tribunal de *El Paso* citó la decisión del caso *Continental* para sustentar su fallo y resolvió que es impensable que un Estado pueda asumir un compromiso general frente a todos los inversores extranjeros de no modificar *jamás* sus leyes, independientemente de las circunstancias, y que sería irrazonable que un inversor confiara en un congelamiento tal (el énfasis es propio).

Por último, en el caso *Charanne*,¹⁶ el tribunal resolvió que, en ausencia de un compromiso específico de estabilidad, un inversor no puede tener la expectativa legítima de que un marco regulatorio como el que se discute en este arbitraje no sea modificado para adaptarlo a las necesidades del mercado y el interés público.

En derechos humanos, la CIDH ha señalado que:

La finalidad de mantener la seguridad y el orden público requiere que el Estado legisle y adopte diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público.¹⁷

La jurisprudencia de la CIDH ha sido abundante al referirse a «la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio»;¹⁸ así como a:

13. Laudo parcial del caso *Saluka Investments BV con República Checa*, Corte Permanente de Arbitraje, 17 de marzo de 2006, párr. 305, disponible en <https://bit.ly/3RmEYva>.

14. Laudo del caso *Continental Casualty Company con Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ARB/03/9, 5 de septiembre de 2008, párr. 258, disponible en <https://bit.ly/48i5CMx>.

15. Laudo del caso *El Paso con Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ARB/03/15, 31 de octubre de 2011, párrs. 365 y 372, disponible en <https://bit.ly/3GEYf6h>.

16. Laudo del caso *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. con España*, Cámara de Comercio de Estocolmo, 62/2012, párr. 510.

17. Sentencia del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro con Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de septiembre de 2020, fondo y reparaciones, párr. 64.

18. Sentencia del caso *Vélez Loor con Panamá*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 169.

La potestad y necesidad que tienen los Estados para regular la actividad de radiodifusión, la cual abarca [...] definir la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de las licencias, [y] planificar e implementar políticas públicas sobre dicha actividad, [...] respetando [...] el derecho a la libertad de expresión.¹⁹

Igualmente, la CIDH ha reconocido las facultades del Estado para regular, al señalar que «los Estados, tomando en cuenta el nivel de riesgo existente, deben regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medioambiente, de manera que disminuya cualquier amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal»; «la prestación de los servicios de salud»;²⁰ «regular [...] la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad»; «regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado»;²¹ «regular el acceso a los bienes, servicios e información relacionados con el VIH»;²² que «en un Estado de derecho solo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores».²³

Igualmente, la CIDH se ha referido a la obligación de los Estados de «regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medioambiente, de manera que disminuya cualquier amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal».²⁴ En virtud del deber de prevención, la CIDH:

Ha señalado que «los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al [...] ambiente». Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, la cual debe ser *apropiada y proporcional* al grado de riesgo de daño ambiental.

19. Sentencia del caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de junio de 2015, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 165.

20. Sentencia del caso *Suárez Peralta con Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2013, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrs. 134 y 132.

21. Sentencia del caso *Gonzales Lluy y otros con Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de septiembre de 2015, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrs. 175 y 177.

22. Sentencia del caso *Cuscul Pivaral y otros con Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de agosto de 2018, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 108.

23. Sentencia del caso *Amrhein y otros con Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de abril de 2018, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 384.

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Opinión consultiva solicitada por la República de Colombia», 15 de noviembre de 2017, párr. 149.

Y, por otro lado:

Las medidas que podrían tomar los Estados con el fin de cumplir este deber pueden señalarse [...] las actividades potencialmente dañosas: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.²⁵

Evidentemente, algunos críticos señalarían la cautela que se debe tener al extrapolar principios de los derechos humanos en materia de protección de las inversiones o decisiones como las de la CIDH, que interpreta tratados en materia de derechos humanos. Rajput (2018: 96) señala que existe una diferencia de contexto entre los tratados de inversión y los tratados en materia de derechos humanos, pues es un componente importante en la interpretación de tratados, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así, considera evidente que existe una diferencia entre el propósito subyacente de un tratado de inversión y uno de derechos humanos. A diferencia de los tratados de inversión, que crean obligaciones sinalagmáticas entre las partes, aquellos en materia de derechos humanos establecen obligaciones *erga omnes partes*²⁶ y crean regímenes objetivos para la ejecución colectiva de obligaciones del Estado en beneficio de los individuos sin importar su nacionalidad.²⁷

25. Sentencia del caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2020, fondo, reparaciones y costas, párr. 208.

26. En el comentario al artículo 48 del texto del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión de Derecho Internacional interpreta que los Estados no lesionados pueden invocar la responsabilidad cuando: i) la obligación violada existió con relación a un grupo del que el Estado invocante forma parte; y ii) la obligación se estableció para proteger un interés colectivo. El artículo 48 no distingue entre diferentes fuentes de derecho internacional; las obligaciones que protegen un interés colectivo pueden derivar de tratados multilaterales o del derecho internacional consuetudinario. Estas obligaciones se han calificado como «obligaciones *erga omnes partes*» (De Wet, 2013).

27. «Todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto» (Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado, artículo 1). Así, «cualquiera puede presentar una denuncia ante un comité contra un Estado: que es parte en el tratado en cuestión (mediante ratificación o adhesión), argumentando los derechos que presuntamente han sido violados; que ha aceptado la competencia del comité para examinar denuncias de particulares, ya sea mediante ratificación o adhesión a un Protocolo Facultativo (en los casos de ICCPR, CEDAW, RPD, ICESCR y CRC) o por haber formulado una declaración al efecto, con arreglo a un artículo específico de la Convención (en los casos de CERD, CAT, CED y CMW)» («Denuncias relativas a violaciones de derechos humanos», *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, disponible en <https://bit.ly/3Gwj11b>).

Los límites al derecho a regular

limitantes en el derecho internacional al derecho a regular

El derecho internacional puede limitar las potestades soberanas de los Estados. Las obligaciones de derecho internacional que los propios Estados han consentido en tratados internacionales pueden restringir su soberanía. De conformidad con lo anterior, por el principio *pacta sunt servanda*,²⁸ los Estados están obligados a cumplir de buena fe con las obligaciones de los tratados que han consentido. Así, en el caso *Suez*,²⁹ el tribunal resolvió que un Estado está obligado a cumplir dos tipos de obligaciones: las obligaciones que puedan imponer los derechos fundamentales y las obligaciones previstas en los tratados de inversión. Los Estados deben respetar ambas por igual, tanto las obligaciones que derivan de los derechos humanos como aquellas que derivan de sus tratados de inversión que no son inconsistentes, contradictorias o mutuamente excluyentes.

Otro ejemplo de obligaciones que restringen la soberanía se encuentra en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, cuyos artículos 39, 41 y 42 facultan a su Consejo de Seguridad para tomar ciertas medidas a fin de preservar la paz cuando sea amenazada. Así, el referido organismo puede:

Decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones y podrá instar a los miembros de la [ONU] a que apliquen dichas medidas que podrán comprender la interrupción [...] de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas.

Incluso, si el Consejo de Seguridad considera que estas medidas son inadecuadas, «podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad». En uso de estos poderes, el consejo ha autorizado el uso de la fuerza para mantener la paz y seguridad en distintas misiones en Bosnia y Herzegovina, la República de África Central, la República Democrática del Congo, Haití, Líbano, Libia, Mali, Somalia, y Sudán.³⁰

Las decisiones judiciales y arbitrales confirman que el derecho internacional puede limitar la facultad regulatoria de los Estados. En 1910, en el caso *North Atlantic*

28. Este principio está codificado tanto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 26, como en la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2 (2).

29. Decisión de responsabilidad del caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. con Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ARB/03/19, 30 de julio de 2010, párr. 20, disponible en <https://bit.ly/46UUQe1>.

30. Department of Political and Peacebuilding Affairs - Security Council Affairs Division, «Repertoire of the practice of the Security Council», 2019, pp. 63, disponible en <https://bit.ly/41gCkM1>.

Coast Fisheries, el tribunal arbitral de la CPA,³¹ al interpretar el tratado del 20 de octubre de 1818 entre Gran Bretaña y Estados Unidos, resolvió que el ejercicio de cualquier derecho regulatorio por Gran Bretaña está limitado por un tratado respecto a las libertades que otorga; la regulación debe ser hecha de buena fe y no debe violar dicho tratado. En 1923, la CPJI en el caso de *S.S. Wimbledon* resolvió que: «Cualquier convención que cree una obligación [...] impone una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que requiere que se ejerzan de cierta manera» (énfasis añadido).³² En 1927, en el caso *Lotus*,³³ un tribunal arbitral de la CPJI resolvió que el derecho internacional les permite a los Estados un amplio margen de discreción que solo se limita en ciertos casos por reglas prohibitivas; en los demás casos, el Estado permanece libre para adoptar los principios que mejor considere convenientes. En 2009, el caso de *Derechos de Navegación y Relacionados (Costa Rica con Nicaragua)*,³⁴ la CIJ concluyó que «la potestad de regular no es *ilimitada*, siendo *atemperada* por los derechos y obligaciones de las partes» (el énfasis es propio). En 2020, en el caso *Petro Urrego con Colombia*,³⁵ la CIDH resolvió que:

La facultad de regular o restringir los *derechos no es discrecional*, sino que está *limitada por el derecho internacional*, el cual requiere el cumplimiento de determinadas exigencias que, de no ser respetadas, transforman la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana (énfasis añadido).

Cuando existe un tratado no puede existir una soberanía absoluta (Rajput, 2018: 156). En materia de arbitraje de inversiones, Kläger (2011:63) y Levashova (2019: 37), después de analizar múltiples casos de inversión, observan que el espacio regulatorio de los Estados no es irrestricto, sino sujeto a aquellas limitaciones a las que los propios Estados han consentido en los tratados internacionales de inversión.³⁶ Este consentimiento incluye el desarrollo progresivo del derecho internacional de las inversiones y especialmente la dinámica ligada al concepto de cláusulas como trato

31. Laudo del caso *The North Atlantic Coast Fisheries (Gran Bretaña con Estados Unidos)*, Corte Permanente de Arbitraje, 7 de septiembre de 1910, pp. 188-189, disponible en <https://bit.ly/3ti7gPv>.

32. Sentencia del caso *The S.S. Wimbledon (Gran Bretaña con Alemania)*, Corte Permanente de Justicia Internacional en 17 de agosto de 1923, pp. 1, 15 y 25.

33. Sentencia del caso *S.S. Lotus (Francia con Turquía)*, Corte Permanente de Justicia Internacional, 7 de septiembre de 1927, p. 46, disponible en <https://bit.ly/47TYTc7>.

34. Sentencia del caso *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica con Nicaragua)*, Corte Internacional de Justicia, 13 de julio de 2009, párr. 187.

35. Sentencia del caso *Petro Urrego con Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C 406, 8 de julio de 2020, párr. 94.

36. Mouyal (2018: 33-34) coincide en que el derecho a regular no es omnipotente. Sin embargo, ella observa que las limitaciones al derecho a regular coexisten en la cooperación entre los Estados. Dado que los Estados coexisten con otros Estados, también están obligados a respetar la soberanía de estos.

justo y equitativo. Levashova (2019: 37) considera que un enfoque equilibrado hacia el trato justo y equitativo respeta la soberanía de los Estados y asegura que tanto el orden público como los intereses de los inversionistas sean debidamente tomados en cuenta. Para Kläger (2011: 163), los tribunales se aseguran de que las políticas públicas no sean implementadas de forma injusta o inequitativa para los inversionistas. Así, un Estado en ejercicio de sus poderes de policía debe respetar los principios de trato justo y equitativo. Observamos que la soberanía, en su acepción jurídica, no concibe la idea de una soberanía absoluta, ilimitada, arbitraria y totalitaria (Rajput, 2018: 108).

Esta apreciación se reflejó en el caso *ADC con Hungría*.³⁷ Respecto de los principios básicos del derecho internacional, el tribunal entendió que, si bien un Estado soberano posee el derecho a regular sus asuntos internos, el ejercicio de tal derecho no es ilimitado, debe tener sus límites como están previstos por las obligaciones del tratado. Al celebrar un tratado, el Estado se obliga por sí mismo. Así, el Estado debe honrar la protección a las inversiones que prometió; estas obligaciones no pueden ser ignoradas alegando un argumento con base en el derecho a regular del Estado.

Henckels (2018: 75) considera que los poderes de policía permiten a los Estados regular o tomar ciertas acciones que afectan significativamente una inversión sin que le generen responsabilidad, cuando la medida persiga fines legítimos de bien público. Al respecto, algunos casos sustentan esta postura. Por ejemplo, en el caso *Emmanuel Too*,³⁸ el tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos resolvió que un Estado no es responsable si la regulación fiscal es de buena fe, no discriminatoria y no está diseñada a hacer que el extranjero abandone la propiedad. En el caso *Ronald Lauder*,³⁹ el tribunal también consideró que las partes del tratado no son responsables de una lesión económica si es consecuencia de una regulación de buena fe dentro de los poderes de policía del Estado. En el caso *Methanex*,⁴⁰ el tribunal resolvió que la regulación no discriminatoria por causas de utilidad pública de conformidad con el debido proceso no se considera expropiatoria o indemnizable, a menos que el inversionista haya recibido un compromiso del gobierno donde se abstendría de emitir la regulación.⁴¹ El tribunal de *El Paso* resolvió que medidas regulatorias no discriminatorias,

37. Laudo del caso *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited con República de Hungría*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ARB/03/16, 2 de octubre de 2006, párr. 423, disponible en <https://bit.ly/47U4z5G>.

38. Laudo del caso *Emmanuel Too con Greater Modesto Insurance Associates y los Estados Unidos de América*, Tribunal de Reclamaciones Irán- Estados Unidos, 29 de diciembre de 1989, párr. 26.

39. Laudo del caso *Ronald S. Lauder con República Checa*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 3 de septiembre de 2001, párr. 198, disponible en <https://bit.ly/4an1vAQ>.

40. Laudo final del caso *Methanex Corporation con Estados Unidos*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 3 de agosto de 2005, parte IV, capítulo D, párr. 7, disponible en <https://bit.ly/3RmDy3Y>.

41. Laudo del caso *El Paso con Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

adoptadas de buena fe y conforme al debido proceso, no conllevan una obligación de indemnización.

Las excepciones al derecho a regular

Una cláusula de excepción mejora la flexibilidad regulatoria y permite a los Estados regular la inversión sin incurrir en responsabilidad internacional por sus actos. Así, por ejemplo, el artículo 10 del acuerdo entre Canadá y Perú para la promoción y protección de inversiones dispone:

Nada en el presente acuerdo se interpretará como una forma de evitar que una parte adopte o haga cumplir las medidas necesarias: a) para proteger la vida o salud de los seres humanos, los animales o las plantas; b) para garantizar el cumplimiento de las leyes y normas que no sean incompatibles con las disposiciones del presente acuerdo; o c) para conservar los recursos naturales vivos y no vivos no renovables.

Levashova (2019: 27) considera que, al insertar excepciones generales, los Estados intentan preservar flexibilidad regulatoria en áreas de políticas públicas designadas. Por ejemplo, el Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico —que hoy refleja el consenso de al menos once naciones— dispone en el artículo 29.5, sobre medidas de control del tabaco, que:

Una parte podrá optar por denegar los beneficios [del arbitraje de inversión], con respecto a las reclamaciones en contra de una medida de control del tabaco de la parte. Tal reclamación no será sometida a arbitraje [...] si una parte ha hecho tal elección. Si una parte no ha elegido denegar beneficios respecto a tales reclamaciones en el momento de la presentación de dicha reclamación a arbitraje [...] una parte puede elegir denegar beneficios durante los procedimientos. Para mayor certeza, si una parte elige denegar beneficios con respecto a tales reclamaciones, dicha reclamación deberá ser rechazada.

En la nota al pie de su página 12 dispone:

Una medida de control de tabaco significa una medida de una parte relacionada con la producción o el consumo de productos manufacturados de tabaco (incluyendo productos hechos o derivados del tabaco), su distribución, etiquetado, empaquetado, publicidad, comercialización, promoción, venta, compra o uso, así como las medidas de cumplimiento, como inspección, mantenimiento de registros y requerimientos de información.

El derecho a regular ha impuesto excepciones específicas a industrias como la tabacalera.

Inversiones, ARB/03/15, 31 de octubre de 2011, párr. 240, disponible en <https://bit.ly/3GEYf6h>.

La proporcionalidad como herramienta para valorar la actuación del Estado

La mayoría de los tratados no guía al tribunal sobre cómo debe tomar en cuenta el propósito y efecto de la medida. Tribunales de inversión más recientemente se han apoyado en metodologías basadas en proporcionalidad (Henckels, 2018: 77).

Fundamento

En el arbitraje de inversiones, los tribunales —siguiendo la evaluación para determinar la legitimidad de los objetivos subyacentes a las medidas del Estado— sopesan la medida del Estado receptor frente a la inversión con un análisis de proporcionalidad que puede tener dos fundamentos.

Primero, ciertos tribunales (y algunos doctrinarios como Waibel, 2007: 711 y 750; Kingsbury y Schill, 2009: 16; y Diehl, 2012: 337) han determinado que la proporcionalidad es un componente en sí mismo del trato justo y equitativo.⁴² Así, los tribunales justiprecian la medida disputada a su luz, de conformidad con los principios de derecho internacional, como son la razonabilidad, proporcionalidad y prohibición de arbitrariedad.

Segundo, la proporcionalidad también puede tener fundamento en los principios generales del derecho, reconocidos por las naciones civilizadas, que constituyen una de las principales fuentes de derecho internacional público, de conformidad con el artículo 38, 1.c del Estatuto de la CIJ.

Previo al análisis de las visiones doctrinales sobre la proporcionalidad como principio de derecho, vale la pena analizar la noción de *principios generales de derecho internacional*. Schill (2012: 157) explica que el artículo aludido, al referirse a principios reconocidos por nacionales civilizadas, implica que cierto principio debe existir en los principales regímenes jurídicos del mundo. En un orden jurídico internacional, este autor considera que ello permite extraer de una amplia variedad de órdenes jurídicos nacionales sin una restricción *a priori*. Empero, como mínimo, la investigación comparativa que busca identificar un principio general tendrá que incluir sistemas jurídicos representativos de la tradición civilista y del *common law*, porque estas dos tradiciones han influido en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, tanto en derecho privado como público (2012: 148).

Schill (2012: 148) comenta que un principio general de derecho no requiere un estudio cuantitativo de todos, o casi todos, los regímenes jurídicos nacionales. El aná-

42. Caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. con Chile*, CIADI, ARB/01/7, 25 de mayo de 2004, párr. 109; caso *El Paso con Argentina*, CIADI, ARB/03/15, 31 de octubre de 2011, párr 373; caso *Total S.A. con Argentina*, CIADI, ARB/04/1, 27 de diciembre de 2010, párr. 123; y caso *Naturgy Energy Group, S.A. y Naturgy Electricidad Colombia S.L. con Colombia*, CIADI, UNCT/18/1, 12 de marzo de 2021, párrs. 449-450.

lisis de derecho comparado puede restringirse a un estudio cualitativo de los principios jurídicos de los principales regímenes jurídicos nacionales. Asimismo, plantea que no es necesario que exista la misma regla en los sistemas jurídicos estudiados, sino un amplio reconocimiento de un determinado principio subyacente a la regla en cuestión. El derecho comparado no es un proceso mecánico cuantitativo, sino una abstracción, ponderación y evaluación cualitativa. El análisis comparado debe ser crítico hacia las diferencias de los sistemas jurídicos, debe analizarlos desde una perspectiva funcional y contra un elevado nivel de abstracción.

Asimismo, para Schill (2012: 148), una búsqueda de principios generales puede encontrarse en una comparación cruzada de regímenes con otros de carácter internacional. Específicamente, para el derecho internacional de las inversiones, la evaluación comparativa de los derechos humanos aparece como un campo prometedor de este enfoque, ya que ambas áreas regulan las relaciones entre el Estado y los actores privados. Igualmente, comenta que la jurisprudencia de la CEDH, los principios de derecho europeo administrativo o la jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC sirven como referencia para la comparación a fin de concretar estándares de buena gobernanza. La comparación cruzada de regímenes puede ser una fuente fructífera para desarrollar conceptos que estructuran la relación entre las partes de un arbitraje de inversión y los tribunales arbitrales, incluyendo máximas procesales, estándares de revisión y cuestiones de transparencia, sin olvidar diferencias en los regímenes relevantes.

Con todo, existe un debate doctrinal. Una opinión minoritaria no considera que la proporcionalidad sea un principio de derecho internacional (Álvarez, 2014: 28). Rajput (2018: 190) considera que la proporcionalidad difícilmente puede ser llamada un principio general porque en Estados Unidos no se aplica, ya que sería inconsistente con la doctrina de separación de poderes, y en Reino Unido las cortes solo aplican la proporcionalidad en cuatro casos: a) cuando se involucra un elemento de derecho europeo; b) para determinar una pena apropiada impuesta por autoridad administrativa; c) una violación de derechos fundamentales; y d) una violación de la ley de derechos humanos de Reino Unido; y, aunque existe la proporcionalidad, estima que estos casos no son equivalentes a la protección del inversor.

La opinión mayoritaria sostiene que la proporcionalidad es un principio de derecho internacional (Gazzini, 2007: 103 y 118; Franck, 2008: 718, 731 y 736; Kingsbury y Schill, 2009: 32; Kulick, 2012: 171; Bucheler, 2015: 62; Levashova, 2019: 98, y Qian, 2020: 123-124). Stone Sweet y Della Cananea (2014: 911 y 916) hacen notar que el principio de proporcionalidad está presente en jurisdicciones civilistas como Europa y Colombia y en sistemas del *common law* como Canadá, Israel, Nueva Zelandia y Sudáfrica. Igualmente, la proporcionalidad se ha adoptado por la CIJ (Kingsbury y

Schill, 2009: 38), la CIDH,⁴³ la Corte Europea de Justicia, la CEDH,⁴⁴ y el Órgano de Apelación de la OMC (Stone Sweet y Della Cananea, 2014: 917; Kingsbury y Schill, 2009: 38), como método de revisión para decidir disputas, ya sea en el contexto de los límites de la norma en sí misma o la determinación de la legalidad de los límites sobre la norma (Henckels, 2018: 15).

En el caso *Occidental*,⁴⁵ el tribunal concluyó que no tiene ninguna duda de que el principio de proporcionalidad es aplicable como cuestión de derecho internacional general y que ha sido aplicado en arbitrajes previos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), especialmente en el caso *Tecmed*.⁴⁶ Esta conclusión se fundó en un análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la OMC, la CEJ y la CEDH, así como un amplio cuerpo de derecho arbitral CIADI, que sostiene la aplicabilidad del principio de proporcionalidad a violaciones de tratado.

Concepto

En derecho internacional, como señala Kläger (2011: 236), la proporcionalidad describe una relación de proporción de una parte a la otra y está inherentemente ligada con las percepciones de equilibrio. Así, la proporcionalidad establece límites a las libertades, acciones u obligaciones que desestabilizan el equilibrio y se preocupa de la justa distribución de cargas y obligaciones. Se funda en la premisa de que el derecho persigue ciertos objetivos y propósitos y de que existe una relación causal cuantificable entre medios y fines. La proporcionalidad sirve para limitar las libertades, así como el ejercicio del poder.

Múltiples tribunales arbitrales han analizado los actos del Estado a la luz del principio de proporcionalidad.⁴⁷ La proporcionalidad busca la relación entre fines per-

43. Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro con Argentina*, párr. 105.

44. Caso *James y otros con Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, application 8793/79, 27 de febrero de 1986.

45. Caso *Occidental con Ecuador*, CIADI, ARB/06/11, 5 de octubre de 2012, párrs. 427 y 402-409.

46. Caso *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. con Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, ARB (AF/00/2), 29 de mayo de 2003.

47. Caso *Tecmed con México*, párr. 122; caso *Azurix Corp. con Argentina*, CIADI, ARB/01/12, 14 de julio de 2006, párr. 311; caso *Parkerings con Lituania*, párr. 368; caso *EDF (Services) Limited con Rumania*, CIADI, ARB/05/13, 8 de octubre de 2009, párr. 293; caso *AES Summit Generation Limited AES Tisza Erömlü KFT con Hungría*, CIADI, ARB/07/22, 23 de septiembre de 2010, párr. 10.3.7; caso *Occidental con Ecuador*, párrs. 402-409; caso *Electrabel con Hungría*, CIADI, ARB/07/19, 25 de noviembre de 2015, párr. 179; caso *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. con Albania*, CIADI, ARB/11/24, 30 de marzo de 2015, párr. 791; caso *PMI con Uruguay*, CIADI, ARB/10/7, 8 de julio de 2016, párr. 409; caso *Vladislav Kim con Uzbekistán*, CIADI, ARB/13/6, 8 de marzo de 2017, párr. 355; y caso *PL Holdings S.A.R.L. con Polonia*, CIADI, SCC 2014/163, 28 de junio de 2017, párr. 355.

seguidos por la acción del gobierno y los medios empleados para alcanzar este fin (Levashova, 2019: 98). El examen de proporcionalidad puede involucrar tres o cuatro pasos. Henckels (2018: 24-25) explica que el paso adicional se debe a que el examen de idoneidad se divide en dos partes:⁴⁸ legitimidad del objetivo regulatorio y el examen de idoneidad.

A continuación, presentamos el análisis de proporcionalidad en cuatro pasos:

1. **Legitimidad del objetivo regulatorio.** Según esta autora, este examen determina si el objetivo sirve al interés público; si pretende filtrar propósitos ilegítimos; o si, en permisibles, un objetivo regulatorio ilegítimo carecerá de proporcionalidad si viola el derecho o interés protegido. Si el tratado o disposición de ley establece una lista de objetivos regulatorios permisibles, el rol de un juez o árbitro está limitado a determinar si el objetivo se encuentra dentro de la categoría relevante, pues, generalmente, el objetivo previsto ya está determinado a ser legítimo por virtud de su inclusión en la disposición. Cuando la disposición no determina objetivos permisibles, el juez o árbitro determinará si el objetivo de la medida es legítimo con referencia a los estándares sociales prevalecientes. Esta es una cuestión normativa, que refleja la visión de que no todo objetivo regulatorio justifica limitar un derecho o interés protegido.
2. **El examen de idoneidad** requiere que un juez o árbitro determine si la medida impugnada está racionalmente conectada con su objetivo; si la medida tiene la capacidad de alcanzar sus objetivos o si existe una relación causal entre la medida y el objetivo, una medida será ilegal si no puede promover sus objetivos declarados. Además, debe determinar si el objetivo declarado de la medida es un pretexto para otro objetivo impermisible, al examinar la medida como diseñada y aplicada a la luz de su objetivo alegado (Henckels 2018: 24-25).
3. **El examen de necesidad o análisis de la medida menos restrictiva.** Este paso incluye evaluar si otros medios menos invasivos estaban disponibles para alcanzar la medida (Levashova, 2019: 100 y 205); donde existe otra medida o medidas disponibles que alcanzarían el mismo objetivo, el gobierno debe seleccionar esa opción que menos molesta respecto del derecho o interés. La medida será ilegal si existe una alternativa disponible que tiene un efecto menos restrictivo en el derecho o interés (Henckels, 2018: 24-25).

48. En un solo paso, el examen de idoneidad, usualmente, se evalúa así: la idoneidad de una medida del Estado para alcanzar el objetivo deseado; la legitimidad de los objetivos del Estado y la idoneidad de la medida para alcanzar este objetivo; si la decisión es efectiva o contribuye materialmente a alcanzar el objetivo intentado; si el objetivo del Estado se relaciona con las medidas del Estado; si el objetivo declarado de la medida es un pretexto para otro objetivo (impermissible), al examinar la medida como designada y aplicada a la luz de su objetivo defendido (Henckels, 2018: 25).

4. **El examen de proporcionalidad en sentido estricto.** Usualmente adoptado si la medida resulta idónea y necesaria. Incluye analizar si los efectos de la medida son desproporcionados o excesivos en relación con los intereses afectados, en comparación con los beneficios de la política pública seleccionada. El tribunal: a) prueba si la medida del Estado ha sido excesivamente gravosa para el inversionista en comparación con los beneficios producidos por la medida. Así, el tribunal puede cuestionar y revisar la elección original de un Estado para abordar un determinado interés público (Levashova, 2019: 100 y 205); b) evalúa la importancia social de alcanzar el objetivo de la medida contra la importancia de evitar dañar el interés o derecho (Henckels, 2018: 24-25); y c) prioriza la prevención de desventajas financieras y económicas para un inversionista como resultado de la medida impugnada sobre el interés público de un Estado que persigue la medida (Levashova, 2019: 100 y 205).

A continuación, presentamos tres ejemplos. En los casos *Occidental* y *PL Holdings* se analizó el examen de proporcionalidad en tres pasos, y en el caso *Naturgy*, la evaluación se efectuó en cuatro pasos.

En el caso *Occidental*,⁴⁹ el tribunal aplicó los tres pasos del examen de proporcionalidad al evaluar el estándar de trato justo y equitativo. Al valorar la terminación de contrato con un inversor, el tribunal primero analizó los objetivos del Estado para terminar un contrato. Al determinar que los objetivos del Estado eran legítimos, el tribunal examinó la necesidad y consideró si el mismo objetivo pudo alcanzarse con diferentes medios. El examen de necesidad proveyó una lista de opciones disponibles. Para este fin, el tribunal también consideró si las opciones señaladas estuvieron disponibles.

De conformidad con la proporcionalidad *stricto sensu*, el tribunal valoró el grado de efectos negativos impuestos al inversor debido a las medidas del Estado contra el grado de daño al Estado debido a las acciones del inversor. Finalmente, el tribunal concluyó que el daño experimentado por el inversor a causa de las medidas adoptadas era mucho más serio que las consecuencias para el Estado, a pesar de sus objetivos legítimos.

En el caso *PL Holdings con Polonia*,⁵⁰ el tribunal analizó la medida expropiatoria para determinar si era: a) idónea por naturaleza para alcanzar un objetivo público legítimo; b) necesaria para alcanzar el propósito en el que no hubiera sido suficiente otra medida menos gravosa; y c) no excesiva para que sus ventajas excedieran sus desventajas.

49. Caso *Occidental con Ecuador*, párrs. 16-417, 434, 436 y 452.

50. Caso *PL Holdings con Polonia*, párr. 355.

En el caso *Naturgy con Colombia*,⁵¹ el tribunal valoró la conducta del Estado y tomó en cuenta:

- La legitimidad del objetivo del Estado.
- La idoneidad o razonabilidad de la medida relacionada con el objetivo que supuestamente perseguía.
- La necesidad de la medida (si era la medida menos restrictiva disponible para lograr el objetivo del Estado).
- Si los efectos de las medidas fueron desproporcionados o excesivos en relación con el interés en cuestión; es decir, si el beneficio de la realización del objetivo del Estado superó el daño a los derechos pertinentes de los inversionistas (proporcionalidad *stricto sensu*).

Tratados recientes como el que moderniza la relación entre México y la Unión Europea, en su artículo 3, incluyen elementos del examen de proporcionalidad:

Para mayor certeza, medidas no discriminatorias de una parte que estén diseñadas y aplicadas para proteger objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, los servicios sociales, la educación pública, la seguridad y el medioambiente, o la moral pública, protección social o del consumidor, la privacidad y la protección de datos, o la promoción y protección de la diversidad cultural no constituyen expropiaciones indirectas, salvo [...] que el impacto de una medida o serie de medidas sea manifiestamente excesivo a la luz de su finalidad.

El examen de proporcionalidad para revisar los actos de autoridad, según Hencels (2018: 173), no necesita estar explícitamente ordenado por el texto del tratado y se permite cuando las disposiciones del tratado en cuestión no detallan la relación entre las obligaciones del Estado hacia los inversionistas extranjeros y los poderes de policía. Incluso las partes pueden invocar el principio de proporcionalidad como un principio general de derecho internacional o como un elemento del trato justo y equitativo. Sin embargo, el análisis de proporcionalidad no va a ser un método apropiado de revisión en todas las circunstancias. Según la autora, su uso queda precluido cuando una disposición del tratado o una regla de derecho internacional consuetudinario establece reglas claras de prioridad entre los intereses públicos y privados o un requerimiento de nexo diferente entre una medida y un objetivo permisible.

51. Caso *Naturgy Energy Group, S.A. y Naturgy Electricidad Colombia S.L. con Colombia*, párrs. 449 y 450.

Consideraciones para ejercer el derecho a regular

Los objetivos del Estado

En esta primera sección, se observa el método que han seguido algunos tribunales para determinar los objetivos de las medidas, así como los objetivos ilegítimos de las mismas.

El análisis debe comenzar en los objetivos de las medidas

Múltiples tribunales han analizado si los objetivos de las medidas impuestas por el Estado fueron ilegítimos. Se observa que los tribunales consideran si el objetivo de las medidas fue servir al interés público. Citamos tres casos.

Primero, en el caso *Saluka*,⁵² el tribunal distinguió estos dos elementos de la medida del Estado: debe tener un objetivo concerniente al interés público y tiene que ser razonablemente justificada por las políticas públicas.

Segundo, en el caso *EDF*,⁵³ el tribunal dispuso que el criterio relevante era determinar si el objetivo de la medida había sido conforme al interés público. Al revisar el objetivo de Rumania para imponer la medida, el tribunal dispuso que la ordenanza tenía el objetivo legítimo en el interés público. El tribunal observó los pasos que tomó Rumania para adoptar la medida, incluyendo la búsqueda de la aprobación de varios miembros de gobierno y los comités del Estado. El tribunal aseveró que Rumania había seguido un procedimiento complejo al emitir la ordenanza. Los pasos procesales tomados por ese país sustentaron que el objetivo de la medida tomada era legítimo y no solamente con el propósito de emitir una medida en contra de EDF. Con lo anterior, el tribunal resolvió que la medida estaba motivada por la necesidad de luchar contra la corrupción; así, estaba dentro de los poderes de policía del Estado.

Tercero, en el caso *AES*,⁵⁴ al analizar la legitimidad de los objetivos del Estado al imponer la medida consistente en reintroducir precios regulados para la electricidad, el tribunal determinó que debía apoyarse en una política racional, definida como una política que toma el Estado y tiene una explicación lógica, dirigida al interés público. El tribunal resolvió que deben analizarse dos elementos para determinar si un acto del Estado era irrazonable: la existencia de una política racional y la razonabilidad del acto del Estado en relación con la política.

Como observamos, el objetivo de una medida del Estado debe ser legítimo.

52. Caso *Saluka con República Checa*, párr. 307.

53. Caso *EDF (Services) Limited con Rumania*, párrs. 290-293.

54. Caso *AES Summit Generation Limited AES Tisza Erőmű KFT con Hungría*, párrs. 10.3.7-9 y 10.3.31.

Objetivos legítimos e ilegítimos

Al evaluar la legitimidad de los objetivos del Estado, distintos tribunales han señalado las circunstancias que conllevan la ilegitimidad. Por ejemplo, tribunales han determinado la irracionalidad de los objetivos del Estado principalmente con base en fines políticos involucrados en su conducta. Al efecto, los tribunales han señalado falta de confianza en la sinceridad de los motivos del Estado cuando se involucraron móviles políticos. Citamos dos ejemplos (Levashova, 2019: 79).

Primero, al evaluar los objetivos del Estado al negar la renovación de un permiso y su decisión última de cerrar el sitio, el tribunal de *Tecmed* se centró en analizar las razones políticas detrás de estas decisiones. Aceptando la postura del demandante, el juzgador subrayó que el rechazo a renovar el permiso había sido tomado por razones políticas originadas en la oposición social, independiente de quien lo operase o de que fuese o no correctamente operado.⁵⁵ El tribunal desestimó los verdaderos objetivos de la conducta del Estado y señaló que no había una evidencia de daño causado por la operación del basurero para el medioambiente y la salud pública.⁵⁶ Enfatizó que el Estado no dió indicaciones claras de que la operación del basurero «comprometiera la salud pública ni el equilibrio ecológico o el medioambiente».⁵⁷

Segundo, el tribunal de *Azurix*⁵⁸ concluyó que la negativa del Estado para aumentar las tarifas del agua estaba motivada por razones políticas relacionadas con las elecciones que se aproximaban y al hecho que la concesión había sido otorgada al inversor por el previo gobierno. El tribunal resolvió que los actos del gobierno estaban basados en un deseo no solo de proteger la salud pública sino también de ganar apoyo político.

En resumen, en el caso *Tecmed*, al negar el permiso al inversionista, el tribunal consideró que el objetivo fue ilegítimo, principalmente porque la oposición de la comunidad fue considerada como parte de la agenda política de las autoridades y no una preocupación legítima del Estado.⁵⁹ Igualmente, en el caso *Azurix*, el tribunal, al determinar que los objetivos del Estado para rechazar un aumento en las tarifas de agua formaron parte de la campaña política, no necesitó explorar otros objetivos.

El examen de necesidad

Al evaluar el trato justo y equitativo, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los tribunales han ponderado la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo deseado o si el Estado pudo emplear otras herramientas alternativas para

55. Caso *Tecmed con México*, párr. 164.

56. Caso *Tecmed con México*, párrs. 124; 127-128; 130-139; y 145-147.

57. Caso *Tecmed con México*, párr. 162.

58. Caso *Azurix Corp. con Argentina*, párr. 311.

59. Caso *Tecmed con México*, párr. 129.

alcanzar el mismo resultado y que hubieran tenido un efecto menos adverso en el inversor, comparado con la medida impugnada. Citamos ejemplos.

El tribunal de *Tecmed* concluyó que factores políticos que iban más allá de las violaciones a la licencia influenciaron al regulador. Así, el juzgador resolvió que la operación del confinamiento nunca puso en riesgo el equilibrio ecológico, la protección al medioambiente o la salud de la población local (como alegaban ciertos grupos de presión) y que las infracciones cometidas eran subsanables y fueron subsanadas u objeto de sanciones menores. Si bien tanto la licencia como la normativa aplicable permitían, *prima facie*, que las autoridades se rehusaran a renovar la licencia ante violaciones de esa índole, el tribunal sostuvo que:

Sería excesivamente formalista [...] cuando tales infracciones no hacen peligrar de manera grave o inminente el equilibrio ecológico o la salud humana, entender que la resolución guarda proporcionalidad con tales infracciones, la consiguiente neutralización del valor económico y comercial de dicha inversión, y las expectativas de recuperación y retorno de la demandante al realizarla.⁶⁰

El tribunal de *Suez* confirmó la legitimidad de la medida al asegurar el derecho al agua para la población, incluidos grupos de bajos ingresos. Empero, no quedó convencido de que el rechazo a ajustar las tarifas fuera la única forma para alcanzar este objetivo; esto, por el carácter forzado del proceso de renegociación del contrato de concesión. Así, consideró que el Estado pudo haber adoptado alternativas sin lesionar a los inversores y sus inversiones y que, si Argentina deseaba proteger a los grupos más desaventajados del aumento de precios, pudo incrementar precios para otros consumidores mientras aplicaba una tarifa social o subsidio a los pobres.⁶¹ El marco jurídico permitía esta solución. Para el tribunal del caso *SD Myers*, cuando un objetivo puede alcanzarse a través de una variedad de medios igualmente efectivos y razonables, un gobierno está obligado a adoptar la alternativa que es más consistente con el libre comercio. El juzgador determinó que las órdenes impuestas favorecían a los canadienses por encima de los extranjeros. El expediente indicó que las órdenes intentaban proteger a la industria canadiense de la competencia de Estados Unidos, por ello, no encontró una razón legítima de carácter ambiental para imponer la prohibición. La medida tenía un objetivo ambiental indirecto y mantener a la industria canadiense fuerte pudo lograrse a través de otras medidas.

60. Caso *Tecmed con México*, párrs. 148 y 149.

61. Caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. con Argentina*, párrs. 232-238 y 241.

El tribunal citó como ejemplos de medidas alternas legítimas: el derecho a obtener todos los requisitos gubernamentales y otorgar subsidios a la industria canadiense.⁶²

El examen de proporcionalidad en sentido estricto

Al evaluar la medida impugnada, los tribunales han valorado el impacto de la medida o la conducta del Estado respecto de la inversión y han determinado si la medida tuvo un efecto excesivo o desproporcionado en los intereses del inversor. Exploramos tres casos.

Primero, en el caso *Tecmed*, la demandante había cometido ciertas violaciones de su licencia para operar un confinamiento de residuos. La comunidad se oponía a la operación y a la existencia del confinamiento de residuos peligrosos. Cuando Tecmed solicitó la renovación de su licencia, el gobierno se rehusó a renovarla debido a las infracciones. El tribunal,⁶³ al examinar la proporcionalidad de la medida, señaló que el acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto.

Segundo, el tribunal de *EDF* determinó que las medidas para luchar contra la corrupción estaban dentro de los poderes de policía del Estado y que fueron tomadas en el interés público.⁶⁴ El juzgador explicó que, además de la presencia de un objetivo de interés público, debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado para ser realizado. La proporcionalidad está ausente cuando la persona involucrada soporta una carga individual y excesiva.

Tercero, en el caso *Electrabel*, el tribunal resolvió que, al revisar la conducta del Estado, debía analizar si el impacto de la medida en el inversor fue proporcional al objetivo que la política buscaba.⁶⁵

Al ponderar las medidas impugnadas del Estado, a la luz del trato justo y equitativo, conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y la prohibición de arbitrariedad, el criterio de los anteriores tribunales consiste en la relación entre: i) la medida del Estado y el objetivo; ii) la posibilidad de emplear medidas alternas, y iii) el impacto de la pérdida sufrida por el inversionista como consecuencia de la medida del Estado (Levashova, 2019: 100).

62. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, caso *S.D. Myers con Canadá*, 13 de noviembre de 2000, párrs. 195, 215, 221, 255.

63. Caso *Tecmed con México*, párr. 122.

64. Caso *EDF (Services) Limited con Rumania*, párrs. 292-293.

65. Caso *Electrabel con Hungría*, párr. 179.

Conclusiones y comentario final

En junio de 1840, con la llegada de la flota británica a la boca del río Guangzhou, empezó la primera guerra del Opio. Esta duró dos años y fue un desastre para el imperio Qing. En el verano de 1842, la flota británica celebró la victoria al alcanzar el Yangzi. La corte Qing capituló poco después. Las negociaciones empezaron y, en 1842, se firmó el Tratado de Nanjing que abrió China a Occidente y marcó el inicio del dominio occidental sobre la nación. Qing tuvo que abrir Guangzhou y otros cuatro puertos al comercio directo entre extranjeros y chinos. Hong Kong fue cedida a Gran Bretaña a perpetuidad y China acordó pagar veintinueve millones de dólares plata como reparación a los comerciantes británicos expulsados de Guangzhou (Mühlhahn, 2019: 94).

Los historiadores tendrán una realidad distinta que narrar gracias al desarrollo del derecho internacional y, específicamente, el derecho a regular. La tensión entre los poderes de policía y las facultades del Estado para regular continúa con ecos constantes del pasado que cuestionan la legitimidad de las medidas. El reto de la regulación cambia, ya no vemos guerras que duren años y terminen en la capitulación de un imperio; empero, hoy los abogados libran batallas ante tribunales arbitrales representando inversionistas y Estados. Los tratados de inversión han dado un medio pacífico para la solución de controversias. Esta solución ha traído una complejidad distinta, que implica un profundo análisis jurisprudencial. Sin embargo, la historia no está completa. Las batallas continúan, pero ahora a la luz de los estándares de protección previstos en los tratados. Sin importar la distinción entre las batallas, destacan cinco conclusiones.

Primero, la soberanía permite a los Estados ejercer los poderes de policía (incluyendo el poder de vigilar y comprobar o verificar del cumplimiento de la regulación) en su territorio sin la intromisión de terceros Estados y sin comprometer su responsabilidad internacional. Los tribunales han determinado que un Estado no es responsable internacionalmente si la regulación es de buena fe, no discriminatoria, conforme al debido proceso y por causa de utilidad pública. Las medidas del Estado pueden ser analizadas a la luz del principio de proporcionalidad, a fin de determinar si violan estándares de protección a los derechos de un inversionista o sus inversiones.

Segundo, la actividad regulatoria del Estado es vasta. Sin embargo, las posturas doctrinales están divididas. Por una parte, a Rajput le parece difícil forzar a los Estados a que busquen autorizaciones específicas, considera impráctico que los Estados busquen autorizaciones para cada actividad que ejercen. A fin de cuentas, el derecho a regular es una potestad soberana indispensable para el funcionamiento del Estado. Al ser una potestad tan obvia, los Estados no necesitan mencionarla.

Tercero, el derecho a regular encuentra sus fundamentos en el derecho internacional, específicamente en tratados, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, el reconocimiento y las decisiones de tribunales internacionales, así

como en la doctrina de los publicistas. Desde hace casi cien años, en el caso *Lotus*, la CPJI reconoció que el derecho internacional le permite a los Estados regular con discrecionalidad, lo cual solo queda limitado por ciertas reglas prohibitivas o las obligaciones internacionales. Así, el Estado puede recurrir a la regulación como un derecho o discreción para elegir la regulación.

Cuarto, el derecho a regular afirma el derecho soberano de cada Estado para decidir sus políticas públicas con ciertos límites y adoptar la regulación pertinente sin violar el derecho internacional que protege a los inversionistas. Así, el derecho a regular afirma la soberanía de los Estados, pues actúan como autoridades en nombre de sus gobernados, protegiendo el interés público. Con las limitantes que impone el derecho internacional, los Estados tienen libertad de imponer la regulación que les permita alcanzar sus políticas públicas. La soberanía de los Estados les permite establecer prioridades, destinar recursos, regular y proteger las inversiones, así como respetar la vida y propiedad de sus nacionales. De esta forma, el derecho a regular incluye la admisión o rechazo a la inversión extranjera y la facultad de regularla, conforme a la política pública de cada Estado.

Quinto, el derecho internacional limita la soberanía de los Estados y su facultad regulatoria, específicamente a través de las obligaciones que los propios Estados libremente han consentido en tratados internacionales, según dispone el principio de *paca sunt servanda*. Esto, naturalmente, incluye cumplir los deberes previstos en los tratados de inversión y otras obligaciones, por ejemplo, aquellas dispuestas en la Carta de las Naciones Unidas, mediante las cuales los Estados han consentido libremente restringir su soberanía cuando el Consejo de Seguridad de la ONU deba preservar la paz.

Hoy en día no existe una soberanía absoluta.


Referencias

- ÁLVAREZ, José Enrique (2014). «Beware: Boundary crossings». *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 51: 1-65. Disponible en <https://bit.ly/3GANce5>.
- BUCHER, Gebhard (2015). *Proportionality in investor-state arbitration*. Nueva York: Oxford University Press.
- COTTIER, Thomas, Roberto Echandi, Rafael Leal-Arcas, Rachel Liechti, Tetyana Payosova y Charlotte Sieber-Gasser (2012). «The principle of proportionality in international law». *NCCR Trade Regulation Working Paper*, 2012/38. DOI: 10.2139/ssrn.2598410.
- DE BRABANDERE, Eric (2012). «Arbitral decisions as a source of international investment law». En Tarciso Gazzini y Eric De Brabandere (editores), *International investment law. The sources of rights and obligations* (pp. 245-288). Leiden Boston: Martinus Nijhoff.

- DE WET, Erika (2013). «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*». En Dina Shelton (editora), *Oxford handbook on human rights*, (pp. 1-26). OUP. Disponible en <https://bit.ly/46ZDL2w>.
- DIEHL, Alexandra (2012). *The core standard of international investment protection*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando (2015). *El Neoliberalismo*. México: El Colegio de México, Turner.
- FRANCK, Thomas (2008). «On proportionality of countermeasures in international law». *American Journal of International Law*, 102 (4): 715-767. DOI: <https://doi.org/10.2307/20456680>.
- GAZZINI, Tarciso (2007). «General principles of law in the field of foreign investment». *Journal of World Investment and Trade*, 10 (1): 103-109.
- HENCKELS, Caroline (2018). *Proportionality and deference investor state arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KELSEN, Hans (1991). *General theory of norms*. Oxford: Clarendon Press.
- KINGSBURY, Stephan y Stephan W. Schill (2009). «Investor-state arbitration as governance: Fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law». En Albert Jan van den Berg (editor), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* (pp. 5-68). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- KLÄGER, Ronald (2011). *Fair and equitable treatment in international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KULICK, Andreas (2012). *Global public interest in international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LEVASHOVA, Yulia (2019). *The right of States to regulate in international investment law: The search for balance between public interest and fair and equitable treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- MOUYAL, Lone Wandahl (2018). *International investment law and the right to regulate: A human rights perspective*. Nueva York: Routledge.
- MÜHLHAHN, Klaus (2019). *Making China modern: From the Great Qing to Xi Jiping*. Cambridge/Londres: The Belknap Press of Harvard University Press.
- NEWCOMBE, Andrew (2005). «The boundaries of regulatory expropriation in international law». *ICSID Review*, 20 (1): 1-57. DOI: [10.1093/icsidreview/20.1.1](https://doi.org/10.1093/icsidreview/20.1.1).
- PATEL, Rupal y Jack Meaning (2023). *Can't we just print more money?*. Penguin Random House UK.
- QIAN, Xu (2020). *Water services disputes in international arbitration: Reconsidering the nexus of investment protection, environment, and human rights*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- RAJPUT, Aniruddha (2018). *Regulatory freedom and indirect expropriation in investment arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

- SACCARELLI, Emanuele y Latha Varadarajan (2015). *Imperialism past and present*. Nueva York: Oxford University Press.
- SCHILL, Stephan (2012). «General principles of law and international investment». En Tarciso Gazzini y Eric de Brabandere (editores), *International investment law. The sources of rights and obligations* (pp. 133-181). Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- STONE SWEET, Alec y Giacinto Della Cananea (2014). «Proportionality, general principles of law, and investor-state arbitration: A response to José Álvarez». *NYU Journal of International Law and Politics*, 46 (3): 911-954. Disponible en <https://bit.ly/41ptBHR>.
- WAIBEL, Michael (2007). «Opening Pandora's Box: Sovereign bonds in international arbitration». *American Journal of International Law*, 101 (4): 711-759. DOI: 10.1017/S0002930000037702.

Sobre el autor

ORLANDO CABRERA COLORADO es abogado la Universidad de Las Américas Puebla y fue estudiante de intercambio de Derecho en la Universidad de Montréal, Canadá. Tiene una maestría en Derecho por la Universidad de Nueva York, Estados Unidos. Actualmente, es asociado sénior de Hogan Lovells y profesor de Arbitraje de Inversión en la Universidad Iberoamericana. Su correo electrónico es orlando.cabrera@hoganlovells.com  <https://orcid.org/0009-0001-2413-5036>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Javiera Astudillo López,
Loreto Sánchez Guevara

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@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).