

Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay

Magdalena Bas Vilizzio • Felipe Michelini

ARBITRAJE DE INVERSIONES
Y DERECHOS HUMANOS:
UN ANÁLISIS PARTICULAR DEL CASO
PHILIP MORRIS CONTRA URUGUAY

Magdalena Bas Vilizzio
Felipe Michelini

ARBITRAJE DE INVERSIONES
Y DERECHOS HUMANOS:
UN ANÁLISIS PARTICULAR DEL CASO
PHILIP MORRIS CONTRA URUGUAY

La publicación de este libro fue realizada con el apoyo de la Comisión Sectorial de Investigación Científica (csic) de la Universidad de la República.

Los libros publicados en la presente colección han sido evaluados por académicos de reconocida trayectoria en las temáticas respectivas.

La Subcomisión de Apoyo a Publicaciones de la csic, integrada por Luis Bértola, Carlos Carmona, Carlos Demasi, Mónica Lladó, Alejandra López, Sergio Martínez y Aníbal Parodi ha sido la encargada de recomendar los evaluadores para la convocatoria 2017.

© Magdalena Bas Vilizzio y Felipe Michelini, 2017
© Universidad de la República, 2019

Ediciones Universitarias,
Unidad de Comunicación de la Universidad de la República (UCUR)

18 de Julio 1824 (Facultad de Derecho, subsuelo Eduardo Acevedo)
Montevideo, CP 11200, Uruguay
Tels: (+598) 2408 5714 - (+598) 2408 2906
Telefax: (+598) 2409 7720
Correo electrónico: <infoed@edic.edu.uy>
<www.universidad.edu.uy/bibliotecas/>

ISBN: 978-9974-0-1680-4

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN BIBLIOTECA PLURAL, <i>Rodrigo Arim</i>	7
ABREVIATURAS	11
PRESENTACIÓN.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15
Cuestiones preliminares.....	15
Objetivos de investigación.....	15
Diseño metodológico.....	16
Estructura del informe de investigación.....	16
CAPÍTULO 1. Protección de inversiones y protección de los derechos humanos: entre la fragmentación y la integración de regímenes jurídicos autocontenidos.....	19
1.1. Introducción.....	19
1.2. Fragmentación del Derecho Internacional.....	20
1.3. Integración o conciliación.....	21
CAPÍTULO 2. Controversias inversor-Estado: casos concretos de conflictos o integración entre protección de inversiones y protección de derechos humanos.....	23
2.1. Introducción.....	23
2.2. Caso Aguas del Tunari contra Bolivia.....	24
2.3. Caso Piero Foresti contra Sudáfrica.....	26
2.4. Caso Chevron contra Ecuador (Chevron III).....	29
2.5. Caso Philip Morris Asia contra Australia.....	31
2.6. Caso Philip Morris contra Uruguay.....	33
CAPÍTULO 3. Déficit y riesgos en el sistema de solución de controversias inversor-Estado.....	41
3.1. Introducción.....	41
3.2. Definición amplia de inversión en los acuerdos de protección de inversiones.....	44
3.3. Incertidumbre en el Derecho aplicable.....	45
3.4. Déficit democrático de la composición de las ternas arbitrales.....	52
3.5. Ilusión de la supremacía del Estado en las relaciones internacionales.....	54
3.6. El factor social en el arbitraje de inversiones: idioma, género y nacionalidad.....	55

CAPÍTULO 4. Propuestas de reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado: entre el control de daños y la integración de los regímenes jurídicos autocontenidos	59
4.1. Introducción	59
4.2. Establecer pautas específicas de interpretación	60
4.3. Excepciones sectoriales a los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado	61
4.4. Nuevas estructuras institucionales.....	62
4.5. Exclusión de los mecanismos del arbitraje inversor-Estado de los acuerdos de protección de inversiones	64
4.6. Iniciativas regionales.....	65
4.7. Convención de Mauricio	67
REFLEXIONES FINALES	68
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71
CASOS ARBITRALES CITADOS.....	76
ANEXOS	77
Anexo I. Entrevistados	79
Anexo II. Síntesis del laudo del caso Philip Morris contra Uruguay.....	81
Anexo III. Tratados en materia de salud en los que Uruguay es parte	107

Presentación de la Colección Biblioteca Plural

Vivimos en una sociedad atravesada por tensiones y conflictos, en un mundo que se encuentra en constante cambio. Pronunciadas desigualdades ponen en duda la noción de progreso, mientras la riqueza se concentra cada vez más en menos manos y la catástrofe climática se desenvuelve cada día frente a nuestros ojos. Pero también nuevas generaciones cuestionan las formas instituidas, se abren nuevos campos de conocimiento y la ciencia y la cultura se enfrentan a sus propios dilemas.

La pluralidad de abordajes, visiones y respuestas constituye una virtud para potenciar la creación y uso socialmente valioso del conocimiento. Es por ello que hace más de una década surge la colección Biblioteca Plural.

Año tras año investigadores e investigadoras de nuestra casa de estudios trabajan en cada área de conocimiento. Para hacerlo utilizan su creatividad, disciplina y capacidad de innovación, algunos de los elementos sustantivos para las transformaciones más profundas. La difusión de los resultados de esas actividades es también parte del mandato de una institución como la nuestra: democratizar el conocimiento.

Las universidades públicas latinoamericanas tenemos una gran responsabilidad en este sentido, en tanto de nuestras instituciones emana la mayor parte del conocimiento que se produce en la región. El caso de la Universidad de la República es emblemático: aquí se genera el ochenta por ciento de la producción nacional de conocimiento científico. Esta tarea, realizada con un profundo compromiso con la sociedad de la que se es parte, es uno de los valores fundamentales de la universidad latinoamericana.

Esta colección busca condensar el trabajo riguroso de nuestros investigadores e investigadoras. Un trabajo sostenido por el esfuerzo continuo de la sociedad uruguaya, enmarcado en las funciones que ella encarga a la Universidad de la República a través de su Ley Orgánica.

De eso se trata Biblioteca Plural: investigación de calidad, generada en la universidad pública, encomendada por la ciudadanía y puesta a su disposición.

Rodrigo Arim

Rector de la Universidad de la República

*A nuestros estudiantes,
por motivar la reflexión que nos ayuda a ser
mejores docentes e investigadores*

Abreviaturas

ACFI	Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (Brasil)
BM	Banco Mundial
CDI	Comisión de Derecho Internacional (ONU)
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CMCT	Convenio Marco para el Control del Tabaco
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
FMI	Fondo Monetario Internacional
MSP	Ministerio de Salud Pública (Uruguay)
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPS	Organización Panamericana de la Salud
PMB	Philip Morris Brands
PMI	Philip Morris International
PMP	Philip Morris Products
RPU	Regla de la Presencia Única
SCJ	Suprema Corte de Justicia (Uruguay)
TBI	Tratado bilateral de inversiones
TCA	Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Uruguay)
TJE	Trato justo y equitativo
TPP	Transpacific Partnership (Acuerdo de Asociación Transpacífica)
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership (Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones)
UE	Unión Europea
UNASUR	Unión de Naciones Sudamericanas
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)
UNCTAD	United Nations Conference for Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)
UNGP	United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos)

Presentación

Este libro reúne los resultados finales de la investigación titulada «Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay», desarrollada entre noviembre de 2016 y mayo de 2017, realizada en el marco de la Convocatoria a presentar proyectos de investigación conforme a la resolución N.º 39 del Consejo de la Facultad de Derecho, 11 de agosto de 2016, «área temática: b) Estado de Derecho, Instituciones, Ciudadanía, Garantías Fundamentales y Derechos Humanos» de la Unidad Académica de Investigación de la Facultad de Derecho, Universidad de la República.

Desde ya agradecemos el espacio que la Unidad Académica de Investigación nos brinda para reflexionar y debatir sobre temas de interés para la comunidad académica y la población en general.

En este sentido, el presente trabajo aborda, desde la reflexión jurídica, las complejas relaciones entre el derecho de protección de inversiones, la solución de controversias entre inversor-Estado y el derecho de protección de los derechos humanos tanto en su faceta nacional como internacional. El análisis del problema enfrenta al dilema de si es posible afirmar y sostener una fragmentación del Derecho Internacional o si, por el contrario, se busca la adecuación y complementariedad de distintos conjuntos normativos.

El caso Philip Morris contra Uruguay no solo interpeló las políticas públicas de protección de salud al regular el consumo de tabaco, sino que ha puesto en evidencia la especial importancia del sistema de solución de controversias que trasciende las fronteras nacionales. La búsqueda de la optimización del capital y su impacto en la ingeniería jurídica internacional aún en actividades que son especialmente nocivas para la salud humana, se contraponen al desarrollo de una lógica expansiva de la protección internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, no es la reacción visceral de oponerse al fenómeno, sino su comprensión lo que permitirá superar las aristas más controversiales e incluso más perversas del sistema. Por tanto, en este informe de investigación repasamos las bases conceptuales del sistema de solución de controversias inversor-Estado, refiriéndonos a algunos casos de especial relevancia en que se pone de manifiesto el dilema capital-derechos humanos, así como las fallas, riesgos o déficits del sistema actual de resolución de controversias y las posibles modificaciones en el régimen vigente para su superación y que el derecho esté al servicio de una sociedad democrática. Los casos no son elegidos caprichosamente, sino que en su selección se tuvo en cuenta la presencia de Estados del sur global, con lógicas y dinámicas comunes dentro del sistema internacional.

En esta reflexión no estamos solos. Nos consta que muchos académicos y juristas de todas las áreas del derecho analizan las dificultades que se encuentran en los actuales mecanismos. Por ello incorporamos los aportes de los profesores

Alejandro Garro y Petra Butler, a quienes agradecemos su disposición y experticia, y permitírnos agregar excelencia y calidad a este trabajo y dar cuenta del carácter global del debate. También agradecemos a la profesora de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Ana Pastorino, por la lectura crítica que realizó de un proyecto de investigación previo, que finalmente dio origen a esta investigación. Sin sus aportes este trabajo no hubiera sido lo que hoy es.

Asimismo, es pertinente destacar que las nuevas generaciones se han interesado por el tema en análisis. Ejemplo de esto son los aportes brindados por la Lic. Gabriela Bustamante (Licenciatura en Relaciones Internacionales), y las estudiantes Florencia Dubois (Abogacía-Notariado) y Florencia Molina (Licenciatura en Relaciones Internacionales) de la Universidad de la República. Va para ellas nuestro reconocimiento por su valioso apoyo y agradecimiento por el compromiso demostrado.

Finalmente, dado que se trata de un trabajo de análisis, esta investigación muestra debilidades, fortalezas y oportunidades en el actual sistema de arbitraje inversor-Estado. La debilidad más grande es el pensamiento jurídico autorreferenciado sobre la base de un concepto erróneo de un Derecho Internacional fragmentado que prioriza solo y solo sí la inversión. Esta lógica no contempla la complejidad que tienen hoy la implementación de políticas públicas que permitan el desarrollo sostenible de sociedad que albergan en su seno millones de personas y, consistentemente o no con su práctica y pensamiento, benefician en definitiva a las grandes empresas transnacionales.

La fortaleza mayor es que la reflexión y el análisis crítico pueden derribar los preconceptos o los abordajes superficiales. La oportunidad es que estamos en un cruce de caminos en que el sistema de solución de controversias tal como ha sido diseñado y funciona no puede sostenerse racionalmente y hay vientos de cambio.

En la interpretación y aplicación del Derecho, hacemos honor a los grandes maestros de nuestra pequeña pero fructífera cultura jurídica que personifica Eduardo J. Couture cuando expresaba «Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia. Y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia ni paz» (Decálogo del Abogado punto 8).

Introducción

Cuestiones preliminares

Más de 3000 acuerdos internacionales de inversiones remiten a diferentes instituciones arbitrales o arbitrajes *ad hoc* en caso que los inversores extranjeros entiendan que fueron vulnerados los derechos que dichos acuerdos protegen. En los últimos años, el aumento del número de casos presentados, así como el cuestionamiento de ciertas políticas públicas de los Estados vinculadas al poder de policía han puesto la alarma en el sistema. En el caso particular de Uruguay es un actor con ingreso tardío al sistema, dado que hasta el año 2010 no se presentaron demandas conocidas en su contra. La primera de ellas vino de la mano de la tabacalera Philip Morris, que ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), cuestionó las medidas antitabaco tomadas por el Estado uruguayo en 2008 y 2009 (requisito de la presentación única y regulación del 80/80, esto es, uso de una advertencia sanitaria del 80 % del frente y reverso del empaque) (caso CIADI ARB/10/7).

El caso Philip Morris contra Uruguay, aun con un laudo favorable al Estado, puso de manifiesto los riesgos del sistema de solución de controversias inversor-Estado, particularmente cuando se ponen en juego políticas públicas soberanas en el marco de la fragmentación del Derecho Internacional. Esta investigación busca responder algunas interrogantes en torno al sistema y realizar un análisis del mencionado caso, identificando otras controversias donde colisionan los sistemas de protección de derechos humanos y de inversiones.

En este contexto, se plantean los objetivos de investigación que se enuncian a continuación.

Objetivos de investigación

Objetivo general

Aportar al estudio del arbitraje de inversiones desde la perspectiva de los derechos humanos.

Objetivos específicos

1. Sistematizar y comparar al menos cinco casos concretos en los que se presenten conflictos o integración entre normas de Derecho Internacional de las inversiones (especialmente los mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado) y Derecho Internacional de protección de los derechos humanos, con especial énfasis en el caso Philip Morris contra Uruguay.

2. Identificar y analizar los riesgos del sistema de solución de controversias inversor-Estado en el CIADI, especialmente aquellos evidenciados en el caso Philip Morris contra Uruguay u otros casos vinculados a los derechos humanos.
3. Valorar si los actuales mecanismos de solución de controversias inversor-Estado son adecuados para dirimir las disputas en que entren en juego los dos regímenes jurídicos autónomos indicados en el objetivo 1, y en consecuencia explorar y evaluar las propuestas de reforma o mejora del sistema desde una perspectiva de protección efectiva de los derechos humanos y de fortalecimiento del Estado de Derecho.

Diseño metodológico

La investigación se desarrolla entre noviembre de 2016 y mayo de 2017. Para la concreción de los objetivos se partió de un diseño descriptivo-valorativo. En este sentido, se iniciará con un estudio del caso Philip Morris contra Uruguay, en particular el laudo del pasado 8 de julio de 2016. Tal análisis dará pie al estudio y valoración del sistema de solución de controversias inversor-Estado, especialmente de los riesgos en caso de colisión entre dos regímenes jurídicos autónomos (Derecho Internacional de las inversiones-Derecho Internacional de protección de los derechos humanos) y la evaluación de las diferentes propuestas de reforma y mejoramiento del sistema.

Se optó por un abordaje cualitativo, para lo que se empleó fuentes primarias y secundarias a través de diversas técnicas de recogida de información. Las técnicas de recolección de información secundaria fueron el análisis documental de textos normativos y de documentos públicos en el marco de procesos de solución de controversias inversor-Estado (demandas, contestaciones, presentaciones de *amicus curiae*, alegatos, decisiones intermedias, órdenes de procedimiento y laudos), en ambos casos obtenidos de las bases de datos de Arbitration Law, Investment Treaty Arbitration, e Investment Hub de la UNCTAD.

El estudio se complementó con el análisis de obras de doctrina y artículos de prensa. Asimismo se concretaron dos entrevistas semiestructuradas a informantes calificados del área académica como fuente primaria. Los dos entrevistados dieron su consentimiento para ser citados por su nombre.

Estructura del informe de investigación

En vista de lo anterior, este informe de investigación se estructura en cuatro capítulos más las reflexiones finales. En el capítulo 1 se centra el desarrollo del marco teórico, esto es, la búsqueda de la conciliación o integración entre regímenes jurídicos autocontenidos producto de la fragmentación del Derecho Internacional, en particular las propuestas de Petersmann (2016), Kube (2016),

Dupuy y Viñuales (2015, 2009) respecto al Derecho Internacional de Inversiones y el Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

El capítulo 2 tiene como fin el análisis de cinco casos concretos de controversias donde se evidencian los efectos de la colisión entre los mencionados regímenes jurídicos autocontenidos, a saber: el caso *Aguas del Tunari S.A. contra Bolivia*; el caso *Piero Foresti contra Sudáfrica*; el caso *Chevron contra Ecuador*; el caso *Philip Morris Asia contra Australia* y el caso *Philip Morris contra Uruguay*.

El capítulo 3 se dedica al examen de los déficits y riesgos detectados en el sistema de solución de controversias inversor-Estado, esto es, la problemática en torno a la definición amplia de inversión; la incertidumbre sobre el Derecho aplicable; el déficit democrático en la composición de las ternas arbitrales; la ilusión de la supremacía del Estado en las relaciones internacionales; y los problemas relacionados con el factor social: idioma, género y nacionalidad en los árbitros.

Finalmente, el capítulo 4 pone el foco en las diferentes propuestas de reforma o alternativas al sistema: las excepciones sectoriales, como las políticas de control del tabaco en el Acuerdo de Asociación Transpacífico; la creación de nuestras estructuras institucionales como las cortes de inversiones en Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión; la exclusión del arbitraje inversor-Estado, por ejemplo en los acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones de Brasil; algunas iniciativas regionales en Sudamérica; y la propuesta de transparencia de la Convención de Mauricio.

La exposición cierra con una serie de reflexiones finales que invitan a seguir investigando y debatiendo sobre el tema.

Protección de inversiones y protección de los derechos humanos: entre la fragmentación y la integración de regímenes jurídicos autocontenidos

1.1. Introducción

La finalización de la Segunda Guerra Mundial generó un nuevo escenario mundial que marcó las décadas subsiguientes. La paz obtenida a través del triunfo militar por las potencias aliadas instalaron un nuevo orden internacional: la prohibición del uso de la fuerza exceptuando la legítima defensa o su utilización a través de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la proclamación de una serie de derechos inherentes a todos los seres humanos, una comunidad internacional con una serie de organizaciones intergubernamentales que cubrían diversos cometidos, la política a través de ONU, la economía a través del Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) y agencias específicas conocidas como las sociales tales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Consejo para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS). La idea originaria es que el funcionamiento del conjunto de los Estados nación y la nueva institucionalidad aseguraría la paz y la seguridad internacional y sería un factor de desarrollo que garantizaría la plena vigencia de los derechos humanos.

El sentido y propósito de los Estados nacionales soberanos se afirmó más aún a partir del inicio del proceso de descolonización a gran escala en la década de los sesenta y setenta. Asimismo, en esa evolución histórica hubo una creciente ampliación de las materias donde el Estado ejerce su poder regulatorio más allá de sus funciones básicas en una interpretación amplia de su poder de soberanía. Eso se ha reflejado también a nivel internacional, lo que ha llevado a una consecuente expansión de las áreas de regulación del Derecho Internacional, así como a la creación de numerosos organismos multilaterales que institucionalmente acompañan la tendencia.

1.2. Fragmentación del Derecho Internacional

En esta evolución histórica, a impulso de la proliferación del derecho de protección de inversiones, se ha venido asumiendo que esa multiplicidad del derecho internacional conduce inexorablemente a la constatación de regímenes jurídicos autónomos y autosuficientes en sí mismos, que no se contaminan entre sí y se configuran como mundos jurídicos paralelos.

El tema ha sido objeto de estudio de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU. La entidad ha puesto especial énfasis en los riesgos que entraña la fragmentación del Derecho Internacional en regímenes jurídicos autónomos (*self-contained regimes*), esto es, espacios de regulación especiales que cuentan con reglas, valores y principios propios, no compartidos por otros regímenes jurídicos autónomos o incluso el Derecho Internacional General (ONU, 2006), que abona la tesis del pluralismo jurídico. Este abordaje lleva a sostener que los regímenes normativos internacionales específicos deben ser consistentes en sí mismos y no interesa abordarlos desde la perspectiva de la integración o la colisión con otros conjuntos normativos para resolver eventuales contradicciones o soluciones contrapuestas.

El caso de cómo se articulan el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos es un ejemplo de esta situación. El abordaje de la fragmentación conlleva que analicen los hechos desde la perspectiva separada sea desde la protección de inversiones o desde la protección de los derechos humanos, sin analizar cómo se conjugan ambos regímenes ni cómo unas normas impactan sobre las otras. Esa eventual falta de coherencia conlleva a una consecuente colisión entre normas dimanantes de diferentes fuentes normativas en vigor, todas igualmente obligatorias para los Estados parte. Esta situación se evidencia en un creciente número de controversias inversor-Estado derivadas de la implementación de políticas públicas vinculadas a la protección de derechos humanos.

Este fenómeno ha concitado la atención de expertos y académicos. Se ha ido consolidando un campo de estudio específico que intenta desentrañar las complejas relaciones entre las empresas y los derechos humanos, en tópicos tan diversos como la protección de la intimidad, el medio ambiente, las actividades extensivas y extractivistas y la responsabilidad en crímenes de lesa humanidad entre otros. Asimismo, se analiza la responsabilidad de las empresas por acción u omisión y su compromiso con la plena vigencia de los derechos humanos, más allá de las estrategias de autopromoción, mercadeo y publicidad.

Sin perjuicio que los asuntos de las empresas y los derechos humanos han sido tratados como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, se le ha relacionado estrechamente con asuntos específicos. Un ejemplo de ello es su relación con los impactos de la deuda externa, que determinó la creación de relatoría independiente sobre las consecuencias de ella y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos

los derechos humanos, tal como lo establece la resolución 7/4 del Consejo de Derechos Humanos en el año 2008 que sintetizaba casi una década de trabajos sobre el asunto.

Más tarde, se creó por el Consejo de Derechos Humanos en 2011, a través de la resolución 17/4, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (también conocido como el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos). Este está integrado por cinco expertos independientes, de una representación geográfica equilibrada.

Ello llevó a la aprobación en el año 2016 de los «Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos» (UNGP por sus siglas en inglés), propuestos por el profesor John Ruggie en su calidad de Representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas en la materia. Los principios explicitan estándares que se asientan en los pilares de «Proteger, respetar y remediar».

Asimismo, esta tendencia se verifica en la búsqueda de intentar generar un marco normativo convencional, que regule las relaciones de los derechos humanos y las empresas. En base a la propuesta de Ecuador, se elaboró el Borrador Cero (julio de 2018), texto que servirá de base para continuar negociando un articulado definitivo en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos, con el fin de regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas y sus vínculos con los derechos humanos. Los mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones extranjeras de inversor-Estado y las normas jurídicas que las respaldan, no son ajenas a esta nueva situación.¹

1.3. Integración o conciliación

Frente a la mencionada tesis de la fragmentación del Derecho Internacional General y el consecuente pluralismo jurídico, esta investigación parte de la idea de que el Derecho es uno solo sin perjuicio de que haya normas específicas o especiales que habilitan la aplicación de unas u otras sobre la base de la interpretación armónica e integración en su caso. Se toma como marco teórico el abordaje propuesto por Petersmann (2016, 2015), Kube (2016), Dupuy y Viñuales (2015, 2009) respecto a la integración o conciliación entre el Derecho

1 La subjetividad en Derecho Internacional Público ha estado históricamente vinculada a la soberanía, esto es, solo aquel que detentara dicho atributo era considerado sujeto. En la medida que esta rama del Derecho evolucionó y se desligó de la exclusividad soberanista, es que se reconoce de manera indiscutida la subjetividad jurídica internacional de otros actores internacionales, con diferente naturaleza y características distintas a los Estados, tales como las organizaciones internacionales, comunidades beligerantes, movimientos nacionales de liberación y el individuo. La Opinión Consultiva sobre Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas de la Corte Internacional de Justicia en 1949 fue relevante en esa evolución. Puntualmente en relación a las empresas transnacionales, si bien su subjetividad jurídica en el Derecho Internacional Público es un tema de actualidad e interés académico, excede los objetivos de este trabajo. Para profundizar ver: Bas Vilizzio (2017), Bermejo García (2015) Pérez Bernadez (2010), Pérez-León (2008).

Internacional de Inversiones y el Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

Estos autores reaccionan ante los supuestos de los que parten los defensores del pluralismo jurídico, esto es: 1) los inevitables conflictos resultado de la diversidad en las normas básicas y preconceptos legales en términos de la teoría kelseniana; 2) los diferentes intereses, prioridades y valores de los actores jurídicos de cada sistema que refuerza la necesidad de conformar estructuras e instituciones especializadas; y, 3) la racionalidad particular de cada régimen producto de los subsistemas sociales a los cuales están vinculados (por ejemplo: protección del capital-protección del ser humano) que deriva en normas y recursos jurídicos en conflicto (Petersmann, 2016: 33-34; Dupuy y Viñuales, 2015).

A fin de promover la coherencia jurídica e integrar ambos regímenes,² Kube y Petersmann (2016: 70) plantean que la fragmentación puede ser limitada basándose en: 1) una interpretación consistente a partir del artículo 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados, que señala que debe tenerse en cuenta «toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes», lo cual incluye las disposiciones sobre derechos humanos en el sistema ONU y en los tratados de derechos humanos; 2) los objetivos comunes entre ambos sistemas (ejemplo: protección del derecho de propiedad); 3) los principios de justicia que se han introducido en los textos de acuerdos internacionales más recientes, en lo que refiere al derecho soberano de los Estados parte de regular y proteger determinadas áreas de interés público.

En consecuencia, Petersmann y Kube proponen una serie de puntos de entrada (*entry points*) de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones, a saber, las cláusulas de jurisdicción (dejando fuera a las violaciones de los derechos humanos, por ejemplo); el Derecho aplicable (normas de Derecho Internacional en vigor para los Estados, normas de *jus cogens*); las definiciones de inversiones (especialmente las actividades o sectores excluidos); las normas consuetudinarias de interpretación; las declaraciones previstas en los preámbulos de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) (respeto a las normas internacionales en vigor, etc.); los estándares protegidos (no discriminación, trato justo y equitativo, derecho de propiedad, etc.); y las reglas de cuantificación de daños (por ejemplo para reducir el monto de indemnización en aplicación de la doctrina de las «manos limpias»).

2 Cabe destacar que los autores parten de la existencia de fragmentación tanto a nivel nacional como internacional, producto de la transnacionalización de las normas internas que progresivamente ha transformado la lógica binaria nacional - internacional.

Controversias inversor-Estado: casos concretos de conflictos o integración entre protección de inversiones y protección de derechos humanos

2.1. Introducción

La fragmentación del Derecho Internacional General en regímenes jurídicos autocontenidos, con normas y lógicas de funcionamiento propias, diferentes e incluso excluyentes, puede derivar en la colisión de estos al momento que un Estado cuenta con compromisos internacionales que forman parte de diversos regímenes y generan contradicciones al momento de su aplicación.

En el capítulo anterior se explicó al detalle el caso de la colisión entre el Derecho Internacional de la protección de inversiones y el Derecho Internacional de la protección de los derechos humanos. En consecuencia, este capítulo se dedicará a la descripción y análisis de cinco casos concretos en los cuales se manifiesta tal contradicción: 1) Aguas del Tunari contra Bolivia (caso CIADI número ARB/02/3); 2) Piero Foresti contra Sudáfrica (caso CIADI número ARB(AF)/07/1); 3) Chevron contra Ecuador (caso CPA número 2009-23) (Chevron III); 4) Philip Morris Asia contra Australia (caso CPA número 2012-12); y 5) Philip Morris contra Uruguay (caso CIADI número ARB/10/7).

Los casos que se exponen en este capítulo muestran las complejidades de las situaciones fácticas que les dan origen, las peculiaridades del litigio y las delicadas relaciones en materia de derechos humanos, en particular acceso al agua, igualdad, medio ambiente y salud. Estos fueron seleccionados no solo por tratarse de *leading cases* en materia de arbitraje de inversión sino también, por estar involucrados Estados del Sur global. Una síntesis de los principales elementos de las cinco controversias se puede ver en la tabla 1 contenida al final de este capítulo.

2.2. Caso Aguas del Tunari contra Bolivia

Los hechos del litigio tienen su origen el 3 de setiembre de 1999 con la privatización del servicio de aguas y acantarillado sanitario de Cochabamba a manos de la mencionada empresa, por un período de 40 años. El 10 de abril del 2000 el gobierno de Bolivia rescinde la concesión otorgada a Aguas del Tunari (Shultz, 2008: 25-33) que permitió que esa empresa demandara a Bolivia (caso CIADI número ARB/02/3) en febrero del 2002, entendiéndose que el TBI Bolivia-Países Bajos había sido incumplido. En el memorial del demandante se reclama una indemnización de aproximadamente 50 millones de dólares, a pesar de haberse invertido poco menos de 1 millón.

Es interesante observar que la adecuación societaria de la empresa: al momento de la firma del contrato de adjudicación, la compañía estadounidense Bechtel tenía en sus manos la totalidad de las acciones de la empresa que ostentaba el 55 % del paquete accionario de Aguas del Tunari: International Water (Aguas del Tunari) domiciliada en Islas Caimán. El 22 de diciembre de 1999, producto de una reorganización empresarial, la empresa domiciliada en Islas Caimán³ emigra a Luxemburgo y el 100 % de sus acciones pasaron a manos de International Water (Tunari) BV de Holanda, cuya titularidad la tiene International Water Holdings BV de Holanda. Finalmente, esta última es propiedad en partes iguales de Edison de Italia y Baywater Holdings BV de Holanda, siendo la estadounidense Bechtel quien ostenta el 100 % del paquete accionario de la última.⁴

A pocos meses del proceso privatizador, el 1 de diciembre de 1999 la empresa aumentó más del 50 % la tarifa del servicio de agua, provocando importantes protestas populares organizadas en torno a la Coordinadora por la Defensa del Agua y de la Vida. Como consecuencia, el 10 de abril del 2000 el gobierno de Bolivia rescinde la concesión a Aguas del Tunari (Shultz, 2008: 25-33). No obstante, el conflicto con los inversores recién comenzaba, dado que entendiéndose que el TBI Bolivia-Países Bajos había sido incumplido, el 12 de noviembre de 2001 Aguas del Tunari se presenta ante el CIADI solicitando un arbitraje, el cual es registrado el 25 de febrero de 2002.

El 21 de octubre de 2005 el tribunal *ad hoc* entendió que era competente en el caso, no haciendo lugar a las excepciones presentadas por Bolivia, entre las cuales se destaca que 1) la jurisdicción y la legislación aplicable es la boliviana conforme al contrato de concesión (párrafos 95 y 96 de la decisión sobre jurisdicción), y 2) no corresponde invocar el TBI Bolivia-Países Bajos, dado que Aguas del Tunari no es controlada directa o indirectamente por empresas

3 Vale destacar que Bolivia e Islas Caimán no tenían un TBI que los vinculara, como es el caso de Bolivia y Países Bajos.

4 Ver decisión sobre jurisdicción de fecha 21 de octubre de 2005, en particular párrafos 60, 61, 70 y 71. Decisión disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0021_0.pdf> (Consulta: 02.03.2017).

nacionales de Países Bajos sino que se trata de una cadena de sociedades constituidas en ese Estado pero vacías de contenido (párrafo 72). Esta decisión derivó en duras críticas al tribunal de parte de los movimientos sociales, en particular por considerarla una medida de apoyo a las políticas neoliberales y un evidente caso de *forum shopping*⁵ (Sornarajah, 2010: 326-327).

Finalmente, frente a la presión pública internacional, el 19 de enero de 2006 la empresa decide retirar el caso, luego de acordar el traspaso de sus acciones al Estado por la suma simbólica de 2 bolivianos (aproximadamente 0,25 dólares) (Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia, 2008: 101). En consecuencia, el demandado solicita al CIADI que se discontinúe el proceso con fecha 28 de marzo de 2006.

El caso Aguas del Tunari no solo constituye la primera controversia inversor-Estado contra Bolivia, lo cual ya de por sí es un antecedente negativo pero importante para el Estado, sino que resulta trascendente por dos elementos más: 1) es la antesala del retiro de Bolivia del CIADI en 2007, y 2) pone en el tapete la colisión entre normas de protección de inversiones y normas de protección de derechos humanos.

En primer lugar, el retiro de Bolivia del CIADI se realiza mediante la denuncia del Convenio de Washington el 1 de mayo de 2007, efectivo seis meses después conforme al artículo 71 del mencionado convenio. Dicho acto unilateral es respaldado por una serie de organizaciones de la sociedad civil, quienes envían una carta a la Secretaría General del CIADI manifestando su apoyo.⁶ Conforme al reporte realizado por el Ministerio de Relaciones Exterior y Cultos de Bolivia, las principales razones para retirarse del centro son la incompatibilidad con la doctrina Calvo⁷ incorporada en la Constitución de 1967 vigente en ese momento; temas de procedimiento (conflictos de interés entre los actores y los árbitros, doble enjuiciamiento, jurisprudencia libre, *forum shopping*, *treaty shopping* y *cherry picking*⁸); los altos costos de los procedimientos; la minoría de laudos a favor de los Estados; y los conflictos de interés en el Banco Mundial como propulsor de las políticas de ajuste estructural que llevaron a la privatización de empresas que al ser estatizadas reclaman cuantiosas compensaciones (Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia, 2008: 108-124).

Cabe destacar que el proceso no culmina con la denuncia del Convenio de Washington sino que la nueva Constitución de 2009 introduce cambios profundos en relación a las inversiones extranjeras. En este sentido se destaca el

5 Se denomina *forum shopping* a la selección de uno o más foros de solución de controversias, ya sea mediante la búsqueda de la protección de un tratado en particular o por aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

6 La carta se encuentra disponible en el sitio web de Water Justice: <<http://www.waterjustice.org/pv.php?res=192>> (Consulta: 24.02.2015).

7 La doctrina Calvo propone la obligación de agotar los recursos internos por parte de los extranjeros, sin pedir protección o intervención diplomática del Estado del cual son nacionales.

8 Se denomina *treaty shopping* o *cherry picking* a la práctica de selección de disposiciones entre diferentes TBI en función de la cláusula de la nación más favorecida.

establecimiento de la jurisdicción doméstica como único mecanismo para resolver conflictos en materia de inversión (artículo 320 inciso II) y la renegociación o denuncia de todos los TBI incompatibles con la nueva Constitución en un plazo de cuatro años (disposición transitoria novena).⁹

En segundo lugar, más allá de su resolución fuera del tribunal arbitral y con un pago simbólico por parte del Estado, el caso Aguas del Tunari presenta un claro ejemplo de colisión de normas de protección de inversiones y protección del derecho humano al agua potable y el saneamiento, reconocido en la Resolución de la Asamblea General 64/292 (2010); las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 15/9 (2010) y 16/2 (2011); y las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 14 (2000) y 15 (2002) (Echaide, 2014: 154).

2.3. Caso Piero Foresti contra Sudáfrica

La segunda controversia bajo análisis tiene como base los cambios normativos creados en Sudáfrica en el marco de la eliminación de privilegios económicos relacionados con el *apartheid*. En este caso, la colisión entre regímenes jurídicos autocontenidos se visibiliza con la sanción de normas internas relacionadas con actividades económicas que históricamente habían estado en manos de las minorías blancas privilegiadas por el *status quo* anterior.¹⁰ Ejemplo de lo anterior son la Ley de desarrollo de recursos minerales y petróleo del 3 de octubre de 2002 y la Carta de Minería del 13 de agosto de 2004 que tienen como objetivo promover el acceso equitativo a la explotación de los recursos mineros y del petróleo y especialmente ampliar las posibilidades de acceso a tales industrias a los grupos históricamente desfavorecidos, incluyendo a las mujeres (capítulo 2 de Ley de desarrollo de recursos minerales y petróleo), y reparar las consecuencias de la discriminación racial y de género en las mencionadas industrias así como aquellas industrias vinculadas (artículo 3 de la Carta de Minería).

En consecuencia, el artículo 4.7 de la Carta de Minería establece cuatro formas de involucramiento de los mencionados grupos históricamente desfavorecidos: 1) control del 50 % más un voto de las empresas (incluye control ejecutivo); 2) *joint-ventures* o asociaciones que impliquen el control del 25 % más un voto (incluye control conjunto); 3) participación mayoritaria en inversiones

9 Si bien a 2017 Bolivia terminó todos los TBI que tenía en vigor, ya sea por denuncia unilateral o por no renovación una vez expirado el plazo, 19 de estos acuerdos contaban con cláusulas de ultraactividad por períodos de 5, 10, 15 o 20 años. Para un análisis más profundo del tema véase Bas Vilizzio (2015).

10 Bond y Sharife (2009) afirman que las empresas transnacionales no solo se beneficiaban del *apartheid* sino que también lo sustentaban, en consecuencia frente al cambio de régimen emplearon estrategias como la presión social y el ejercicio de poder en los tribunales. Además del caso bajo análisis, un ejemplo lo constituye el caso Bowoto (Nigeria) contra Chevron en la Corte de Distrito de San Francisco (2008).

colectivas; 4) propiedad de un porcentaje mayor a 0 y menor a 100 que no implique control ejecutivo.

Es este el contexto normativo en el que el 1 de noviembre de 2006, los inversores italianos Piero Foresti, Laura de Carli, Dora Foresti, Maria Teresa Suardo, Paola Suardo, Franca Conti y Daniela Conti,¹¹ así como la empresa establecida en Luxemburgo, Finstone SARL, solicitaron el inicio de un arbitraje de inversiones mediante el mecanismo adicional del CIADI¹² a partir de las disposiciones de los TBI entre Sudáfrica e Italia (1997) y Sudáfrica y Bélgica-Luxemburgo (1998). La solicitud es aprobada por el Secretario General del CIADI el 8 de enero de 2007.

Los hechos del litigio tienen su origen en que los reclamantes entienden que, dado que entre 2009 y 2014 los inversores están obligados a desinvertir el 26 % del capital invertido en explotaciones mineras, existe un incumplimiento por parte del Estado de las cláusulas sobre expropiación y compensación, sin tener certeza del monto de compensación, el cual estiman que será menor al previsto por los TBI en cuestión (párrafos 54, 57 y 62 del laudo de fecha 4 de agosto de 2010). En consecuencia consideran que resultan incumplidas las disposiciones sobre trato justo y equitativo y trato nacional conforme a los acuerdos (párrafo 78), y reclaman una indemnización de 3,50 millones de dólares.¹³

Por su parte el Gobierno sudafricano respondió que la expropiación prevista en el Derecho interno se sustenta en múltiples e importantes motivos que van desde la simplificación y modernización del sistema económico minero, pasando por la protección del medioambiente y las comunidades y la reducción de los perjuicios de la concentración de la propiedad de los recursos mineros, hasta la reparación de la privación de derechos y otros efectos sociales negativos causados por el *apartheid* en general y la Ley de minería de 1991 en particular, principal herramienta de defensa de los privilegios de los blancos en el sector minero (párrafo 69).

Asimismo, el Gobierno afirmó que los reclamantes no usaron los procedimientos internos previstos para obtener la compensación, por tanto ellos son los únicos responsables de las pérdidas alegadas (párrafo 71). Sobre este punto,

11 A posteriori se suman tres reclamantes más, a saber: Antonio Foresti, Luigi Foresti y Massimiliano Foresti.

12 Sudáfrica no es parte del Convenio de Washington de 1965 por el cual se crea el CIADI, por tanto el centro no tiene jurisdicción a partir del artículo 25 del mencionado acuerdo. En este sentido es que los reclamantes deciden accionar el mecanismo adicional que permite que el Secretariado del CIADI administre: 1) procedimientos de conciliación y arbitraje para resolver diferencias basadas en una inversión de carácter jurídico que no sean competencia del CIADI, ya sea porque el Estado receptor inversor no sea nacional de un Estado parte; 2) procedimiento de conciliación y arbitraje en el marco de una controversia que no surja de una inversión que no sean competencia del CIADI, por los mismos motivos anteriores; 3) procedimientos de comprobación de hechos (artículo 2 del Reglamento del mecanismo complementario).

13 Cifra indicada por el Investment Hub de la UNCTAD. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/262>> (Consulta: 30.01.2017).

autores como Sornarajah (2010: 382) son de la idea que cuando la reestructura empresarial se realiza con base en objetivos económicos y políticos que permitan evitar inequidades económicas del pasado, la desinversión resultante no es pasible de compensación, puesto que dichas medidas deben ser consideradas como un riesgo comercial más.

El laudo del 4 de agosto de 2010 fue dictado una vez que el tribunal arbitral logra acordar con las partes la suspensión del proceso conforme a lo solicitado por los inversores, y en consecuencia resuelve respecto a los costos, sin llegar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Si bien la experiencia para Sudáfrica no es negativa, al no ser condenado al pago de la indemnización reclamada, la propia demanda evidencia los riesgos que entraña el sistema de solución de controversias inversor-Estado en casos de colisión entre regímenes autocontenidos: el de protección de las inversiones y el de protección de los derechos humanos, sumado a la inexperiencia del Estado en el sistema y el consecuente desgaste de tener que seguir un proceso de casi cuatro años.

En este punto es importante tener en cuenta que en fechas cercanas al inicio del arbitraje bajo análisis (2008), Sudáfrica se embarca en un proceso de análisis de su sistema de protección de inversiones basado en la experiencia del caso *Piero Foresti*, la constatación de la inexistencia de una relación directa entre los TBI en vigor y la atracción de inversiones, la identificación de inconsistencias entre las disposiciones de la red de TBI en vigor y los preceptos de la Constitución pos *apartheid* (1994) (Carim, 2015: 4). El análisis concluye que las disposiciones de los TBI limitaban el espacio regulatorio del Estado para legislar en relación a los efectos negativos del *apartheid* en materia social y económica (Snider, 2016: 1).

En consecuencia, en 2010 el Gabinete de Sudáfrica, compuesto por el presidente, el vicepresidente y los ministros, toma las siguientes decisiones: 1) no celebración de nuevos TBI; 2) revisión de los TBI en vigor con vistas a su terminación o posible renegociación a partir de un nuevo modelo de acuerdo a ser elaborado; 3) mejora de la legislación interna de protección de inversiones de modo que incluya como excepciones legítimas a la protección brindada ciertas políticas públicas, por ejemplo la seguridad nacional, la salud, el medioambiente o la reparación de inequidades históricas; 4) creación de un Comité Interministerial que se encargue de la gestión de las siguientes etapas (Carim, 2015: 4).

La primera medida se cumple con la notificación de terminación por denuncia unilateral de los acuerdos que se mantenían en vigor con los Estados europeos. Estos son: Alemania, Bélgica-Luxemburgo, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Reino Unido, Suecia y Suiza, todos ellos con cláusulas de ultractividad de diez, quince o veinte años según el caso.

La segunda etapa del proceso de reforma la constituye la nueva Ley de inversiones (Ley número 22 de 2015) en vigor desde el 19 de diciembre de 2015, norma que busca reforzar el Derecho interno como mecanismo para sustituir los acuerdos internacionales existentes (Bernasconi-Osterwalder, 2015: 7). En este sentido, a pesar de un menor nivel de protección al habitualmente incluido en los

TBI, se destacan dos innovaciones: 1) la inclusión del derecho de regular, otorgando al Estado la facultad de implementar normas en áreas de interés público como ser las políticas públicas soberanas relativas a reparación histórica, social y económicas de inequidades e injusticias; principios y valores de la Constitución; derechos garantizados en la Constitución; promoción y preservación de la herencia cultural, conocimiento indígena y recursos naturales; desarrollo económico e industrialización; desarrollo progresivo de los derechos sociales y económicos; protección del medio ambiente y conservación de los recursos naturales (artículo 12); y 2) la exclusión de la solución de controversias inversor-Estado, previendo métodos alternativos de solución de conflictos, como ser la mediación, la posibilidad de recurrir a la jurisdicción doméstica, y si el Estado lo consiente, al arbitraje Estado-Estado, planteando la última posibilidad un retorno al régimen de protección diplomática.¹⁴

2.4. Caso Chevron contra Ecuador (Chevron III)

La controversia entre Chevron Coporation y Texaco Petroleum Company y Ecuador, registrada en la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) con el número 2009-23 (Chevron III) es uno de los casos más emblemáticos que muestra la colisión entre las normas de protección de inversiones y las de protección del medio ambiente. Este no es un caso aislado, sino que es parte de una serie de procesos jurisdiccionales domésticos e internacionales que tuvieron lugar en Estados Unidos, Ecuador y la CPA, en virtud de la responsabilidad por contaminación en una zona de aproximadamente 20 000 kilómetros cuadrados de la Amazonía ecuatoriana (región de Napo en el Oriente de Ecuador) por la exploración y producción de petróleo (1964-1992) y el consecuente programa de remediación ambiental desarrollados por un consorcio empresarial del cual Texaco era parte y se encargaba de su operación hasta 1990.

Cuando Texaco se retira de la explotación petrolera del Oriente ecuatoriano, celebra sucesivos acuerdos con el Gobierno Central de Ecuador, el Gobierno Provincial de Sucumbíos y el Consorcio de Municipios de Napo en relación a la liberación de la responsabilidad por impacto ambiental una vez completadas las acciones de reparación y el pago de una compensación a Ecuador mediante la financiación de proyectos de desarrollo comunitario. Cronológicamente los acuerdos son el Memorando de entendimiento (1994); el Contrato de transacción (1995); las Actas de liberación municipales y provinciales (1996); y el Acta final de liberación (1998).

El caso Chevron III es precedido por un juicio ante los tribunales domésticos de Nueva York (juicio Aguinda, 1993), iniciado por 30 000 personas físicas afectadas por la contaminación petrolera y desestimado por la Cámara Federal

14 De acuerdo al régimen de protección diplomática, Estado de la nacionalidad del particular afectado es quien hace propio el reclamo frente al Estado incumplidor y no el particular.

de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos al hacer lugar a la excepción de *forum no conveniens* dado que Texaco aceptó someterse a la jurisdicción ecuatoriana. De esta manera comienza ante los tribunales domésticos de Ecuador lugar el llamado juicio de Lago Agrio (2003) contra Chevron, que se fusionó con Texaco en 2001. Este proceso termina en 2011 con una condena a la empresa por el monto de 9500 millones de dólares.

A nivel internacional Chevron demanda dos veces a Ecuador ante la CPA. La primera vez en el año 2006 por denegación de justicia al entender que existía retraso indebido en el proceso judicial en la jurisdicción ecuatoriana, y por tanto se daba un incumplimiento del TBI Ecuador-Estados Unidos (CPA caso 2007-02) (Chevron II). El caso culmina con un laudo contrario al Estado por 77 millones de dólares más intereses, si bien Ecuador pidió la nulidad ante la jurisdicción doméstica de Holanda, este fue rechazado y por ende se procedió al pago de un total de 112 millones de dólares en el mes de julio de 2016.¹⁵

La segunda demanda da lugar al caso Chevron III, en el cual la empresa solicita, entre otros, que se declare la ausencia de responsabilidad u obligación de su parte por los impactos ambientales en la región de Lago Agrio, que se declare que Ecuador o Petroecuador son los únicos responsables en el juicio de Lago Agrio; y se determine el incumplimiento por parte del Estado del Memorando de entendimiento (1994), el Contrato de transacción (1995), las Actas de liberación municipales y provinciales (1996), el Acta final de liberación (1998), y el TBI Ecuador-Estados Unidos (1993) (párrafo 76 de la Notificación de arbitraje de los demandantes).

En cuanto al TBI, la empresa cuestionó especialmente la violación de las disposiciones relativas a trato justo y equitativo; protección y seguridad plenas; medios eficaces de hacer respetar los derechos; trato no arbitrario y no discriminatorio; trato nacional y trato de la nación más favorecida; inobservancia de los compromisos contraídos en virtud de los acuerdos de inversión (párrafo 69). Conforme a lo expresado por Ecuador, es la empresa la que incumplió los acuerdos de remediación ambiental, al punto que actualmente «el petróleo sigue brotando de estas piscinas e infiltrándose en las fuentes de agua subterránea que son usada para el consumo humano» y la indemnización que debe pagar la empresa de acuerdo a los tribunales ecuatorianos será usada para la «reparación ambiental, implementación de un sistema integral de agua potable, así como uno de salud, pago de una indemnización a los afectados, entre otros» (Ministerio de Relaciones Exterior y Movilidad Humana de Ecuador, 2015: 8).

El 12 de marzo de 2015 el tribunal *ad hoc* de la CPA emitió una decisión favorable al Estado ecuatoriano al reconocer que la demanda en el juicio de Lago Agrio refiere a derechos individuales que exceden el ámbito de aplicación del Acta final de liberación (1998), ni el contrato de transacción (1995) constituye un caso de cosa juzgada que impida el inicio del mencionado juicio, además de

15 Información disponible en: <<http://www.reuters.com/article/ecuador-chevron-idUSL1N1A908V>> (Consulta: 16.04.2017).

incluir derechos similares a los de juicio Aguinda (párrafo 186 de la Decisión sobre el Track 1B).

La mencionada decisión constituye un importante precedente en la materia, ya que separa los reclamos por derechos fundamentales individuales de la protección de inversiones extranjeras amparadas en un TBI y otros acuerdos entre la empresa y el Estado. Si esta decisión se interpreta como un ejemplo más de la fragmentación del Derecho Internacional General y la eliminación de cruces entre regímenes jurídicos autocontenidos, ella termina abonando la tesis del pluralismo jurídico. Aun así, puede considerarse que la decisión va en el camino del reconocimiento de los derechos humanos de las comunidades ecuatorianas al no desconocer los recursos ante la jurisdicción doméstica ecuatoriana en materia de responsabilidad ambiental. No obstante, el segundo laudo parcial, Decisión sobre el Track II de fecha 30 de agosto de 2018, es favorable a Chevron, determinando la responsabilidad de Ecuador por incumplimiento del TBI, particularmente las disposiciones referentes a denegación de justicia y trato justo y equitativo. En consecuencia, determina que se anule la sentencia dictada en la jurisdicción doméstica ecuatoriana que determina el daño ambiental ocasionado por la empresa y la indemnización a los damnificados.

Esta decisión presenta un revés para las medidas tomadas en pos de la protección del medioambiente y pone en evidencia los riesgos de la fragmentación del Derecho Internacional. Asimismo, vuelve a traer al tapete la discusión respecto a si los tribunales arbitrales en materia de inversiones tienen competencia, o no, para actuar como órganos externos de control de los actos del Estado.

2.5. Caso Philip Morris Asia contra Australia

En último lugar, se analizarán dos casos que involucran el derecho humano a la salud, el caso Philip Morris Asia contra Australia y el caso Philip Morris contra Uruguay. Si bien ambas disputas tienen como objeto las medidas de control del tabaco, fueron ventiladas ante foros diferentes y sus resoluciones, aun a favor de los Estados, presentan diferentes aristas que refuerzan los cuestionamiento al sistema de solución de controversias inversor-Estado.

En relación al caso contra Australia, el 21 de noviembre de 2011, día en que el Parlamento sanciona la Ley de empaquetado genérico de los cigarrillos con una advertencia sanitaria de 82,5 % en promedio, la empresa Philip Morris Asia presenta al Gobierno una notificación de arbitraje en la CPA (caso CPA número 2012-12), bajo la protección del TBI Hong Kong-Australia. En concreto, la empresa argumenta que fueron violadas las disposiciones relativas a expropiación de ocho marcas sin la debida compensación;¹⁶ el trato justo y equitativo;

16 Las marcas afectadas son Malboro; Longbeach; Peter Jackson; Alpine; Choice; GT; Bond Street; Wee Willem.

el trato no arbitrario y no discriminatorio; la protección y seguridad plenas; y la cláusula paraguas (artículos 6 numeral 1 y 2 numeral 2).

El Estado plantea dos excepciones preliminares que el tribunal decide considerar en primer lugar, antes de entrar en el fondo del asunto, a saber: 1) que el inversor no había sido admitido como tal en el Estado huésped; 2) que la controversia surgió de manera previa a la reestructura empresarial seguida por Philip Morris Limited, siendo un caso de abuso de derecho. En cuanto a este último punto, Australia argumenta que el motivo principal, si no es el único, para que la empresa fuera reestructurada no es económico sino la posibilidad de presentar la demanda al amparo de un TBI en vigor.

En este sentido, la demandante, Philip Morris Asia Limited con sede en Hong Kong, que al momento de presentar la notificación de arbitraje es propietaria de Philip Morris Australia, que a su vez es propietaria de Philip Morris Limited que es la empresa que se dedica a la manufactura, importación, marketing y distribución de productos de tabaco a ser vendidos en Australia y exportados a Nueva Zelanda y las islas de Pacífico. Ambas compañías tenían sede en Australia (párrafo 143 del Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad).

En abril de 2010 el Gobierno australiano anunció la intención de tomar medidas antitabaco que incluyeran el empaquetado genérico, y en julio de 2010 hizo público un cronograma de implementación del empaque genérico de cigarrillos, indicando que la ley sería sancionada en el primer semestre de 2011. En este marco, la mencionada reestructura empresarial es aprobada el 3 de septiembre de 2010, pasando Philip Morris Asia a manos de Philip Morris Brands SARL, con sede en Holanda con quien Australia no tenía un TBI en vigor, a Philip Morris Asia Limited, con sede en Hong Kong con quien Australia sí tenía con TBI en vigor. A su vez, la última pasa a ser propiedad de Philip Morris Holland, con sede en Holanda (párrafo 143).

En vistas de lo anterior, el 17 de diciembre de 2015 el tribunal consideró que el demandante no fue capaz de probar que las razones para la reestructura empresarial eran impositivas o motivos de negocios (párrafo 584). Por el contrario, consideró que existe evidencia para considerar que la reestructura empresarial fuera realizada con el fin principal, o incluso único, de poder iniciar un arbitraje en vistas de los cambios normativos que se avecinaban. En suma, entendió que los reclamos de Philip Morris Asia no eran admisibles, haciendo lugar a la excepción preliminar de Australia, y tomando tal práctica como abuso de derecho o abuso de proceso (párrafo 585).

Si bien el caso Philip Morris Asia contra Australia no tuvo una resolución de fondo constituye una controversia de interés por tres elementos. El primero de ellos porque pone en evidencia la práctica del *treaty-shopping*, esto es, el uso arbitrario de los tratados de protección de inversiones mediante la reestructuración empresarial, práctica que ya fue analizada en el caso Aguas del Tunari contra Bolivia. El segundo elemento a tener en cuenta es que se trataba de uno de los dos arbitrajes de inversión que vinculaban la protección de la salud, más

específicamente el cuestionamiento de la implementación de medidas de control del tabaco. Sobre este punto se analizará más en detalle en el siguiente apartado al estudiar el caso Philip Morris contra Uruguay.

En tercer lugar, es un caso de interés por las modificaciones en el sistema internacional a las que contribuyó. Aun antes de ser conocido el laudo sobre jurisdicción y admisibilidad, tanto la demanda de Philip Morris contra Australia como Uruguay, habían inspirado a los negociadores del Acuerdo de Asociación Transpacífico en la redacción del artículo 29.5 en el Capítulo Excepciones y Disposiciones Generales. La norma establece que un Estado parte puede optar que las medidas de control de tabaco no sean susceptibles de reclamaciones en el marco de la Sección B (Solución de controversias) del Capítulo 9 (Inversiones).¹⁷

Finalmente, cabe destacar que otro foro y estando en discusión exclusivamente derechos de propiedad intelectual vinculados con el comercio, existen cinco demandas contra Australia en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Ucrania, Honduras, República Dominicana, Cuba, e Indonesia se presentaron contra Australia al considerar que las normas sobre cajilla plana son contrarias a disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; y del Acuerdo General de Aranceles y Comercio de 1994.¹⁸

2.6. Caso Philip Morris contra Uruguay

La demanda de la empresa Philip Morris contra Uruguay, al igual que en el caso australiano, constituye una clara respuesta a las medidas tomadas en distintos países del globo en el marco de la lucha contra el tabaquismo. La piedra fundamental de la política antitabaco en Uruguay, aunque no controvertida en este caso, fue el Decreto 268, de fecha 5 de setiembre de 2005, en el cual se dispone que «todo local cerrado de uso público y toda área laboral, ya sea en la órbita pública o privada destinada a la permanencia en común de personas, deberán ser ambientes 100 % libres de humo de tabaco» (artículo 2). De esta manera, el 1 de marzo de 2006 Uruguay se convierte en el primer Estado libre de humo de tabaco de las Américas y el séptimo en el mundo (Vázquez, 2009) y

17 Australia y Nueva Zelanda, dos de los Estados negociadores del Acuerdo de Asociación Transpacífico, fueron quienes más insistieron en la incorporación de la disposición sobre control del tabaco. La experiencia de ambos respecto al tema no puede ser desconocida, así como el hecho que ambos Estados no incluían el arbitraje inversor-Estado en los acuerdos celebrados a partir de 2011 (Álvarez, 2016: 31).

18 El Grupo Especial entregará su informe no antes de mayo de 2017, según datos disponible en: <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds467_s.htm> (Consulta 19.03.2017).

da cumplimiento al artículo 8 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud sobre Control del Tabaco (CMCT).

Las medidas se reforzaron con la sanción de dos ordenanzas y un decreto del Ministerio de Salud Pública. En primer lugar la Ordenanza 514/008, del 18 de agosto de 2008, que establece la regulación de presentación única, obligando a las empresas a ceñirse a una presentación única por marca comercial de cigarrillos y en consecuencia se evitan los descriptores de marca engañosos, como «light», «ultra-light», «suave» o «bajo contenido de alquitrán» (Universidad de Waterloo, CIET y UDELAR, 2014: 25). Asimismo, el Decreto 287/009, de fecha 15 de junio de 2009, y la Ordenanza 466/009, del 1 de setiembre de 2009, determinan la denominada regla 80/80, esto es, el uso obligatorio de advertencias sanitarias en forma de pictogramas del 80 % de la parte frontal y posterior de la cajilla que ilustren los efectos dañinos del consumo de tabaco. Ambas medidas dan cumplimiento al artículo 11 del CMCT.

Es en función de las dos últimas medidas que el 26 de marzo de 2010 las empresas Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products SA (Suiza) y Abal Hermanos SA (Uruguay) presentaron a la Secretaria General del CIADI una solicitud de arbitraje contra el Estado Uruguayo (caso CIADI número ARB/10/7), basando su demanda en el supuesto incumplimiento de Uruguay de los artículos 3 (protección y tratamiento de inversiones), 5 (expropiación y compensación), 11 (observancia de los compromisos) del TBI Uruguay-Suiza.¹⁹ En consecuencia reclamaron una indemnización de 22,267 millones de dólares, además de intereses compuestos a devengarse desde la fecha de la violación hasta la fecha de pago, y que queden sin efecto las mencionadas disposiciones de Derecho Interno.

El día 8 de julio de 2016, el tribunal²⁰ entregó a las partes el laudo sobre el fondo del asunto, decisión obligatoria para las partes e inapelable conforme al artículo 53 del Convenio de Washington de 1965, conteniendo una decisión favorable a Uruguay en relación a los cuatro puntos controvertidos por Philip Morris.²¹

En lo que refiere al primer punto controvertido por las demandantes, la expropiación indirecta de siete de sus marcas sin debida compensación, el tribunal, asumiendo que las marcas estaban bajo protección de la Ley de Marcas de Uruguay (Ley N.º 17.011), concluyó que «las medidas impugnadas fueron un ejercicio válido del poder de policía de Uruguay para la protección de la salud pública. En este carácter, no pueden constituir una expropiación de la inversión de las demandantes» (párrafo 307). El reconocimiento del poder soberano del Estado de regular en dicha materia, y no por ello incurrir en responsabilidad

19 Para un estudio de la controversia previo al laudo arbitral ver: Bas Vilizzio (2016) y Michelini (2015).

20 El tribunal estaba compuesto por los árbitros Gary Born —designado por la empresa—, James Crawford —designado por Uruguay— y como presidente Piero Bernardini —designado por el CIADI a falta de acuerdo entre las partes—.

21 Una síntesis de cada uno de los apartados del laudo puede encontrarse en el Anexo II de este trabajo.

internacional, es uno de los elementos con más fuerza del fallo y que probablemente tendrá consecuencias positivas en detrimento de futuras demandas desde la industria tabacalera.

En relación al segundo punto reclamado por Philip Morris, los árbitros desestimaron la violación del trato justo y equitativo ya que el inversor no podía tener legítimas expectativas de que medidas como las controvertidas no fueran aplicadas, ni estas generaron cambios sustanciales en el marco jurídico aplicable (párrafos 430, 434 y 435). Por los mismos motivos estimaron que no se trataba de un caso de obstaculización del uso y goce de las inversiones, puesto que las medidas no pueden ser consideradas como injustificadas ni arbitrarias (párrafos 445 y 446).

En tercer lugar, la inobservancia de los compromisos relativos al uso de marcas también fue rechazada por el tribunal, puesto que en materia marcaria no existe una promesa de cumplimiento de una obligación por parte del Estado. En consecuencia, «si los inversores pretenden estabilización, deben contratarla» y no pueden procurarla en un marco jurídico general, que como tal es pasible de modificaciones (párrafo 481).

Adicionalmente, las demandantes alegaron denegación de justicia derivada de procesos jurisdiccionales injustos en violación del trato justo y equitativo. En cuanto a las sentencias supuestamente contradictorias de la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) respecto al aumento del 50 a 80 % de las advertencias sanitarias por medio de un Decreto 287/009, los árbitros entendieron que este hecho «puede parecer inusual, incluso sorprendente, pero no es impactante y no es lo suficientemente grave en sí misma para constituir una denegación de justicia» (párrafo 529).

Asimismo, el Tribunal consideró que el TCA «parecer haber copiado y pegado grandes porciones de la sentencia de BAT directamente en la sentencia de Abal» en virtud de las similitudes entre ambos casos, lo cual demuestra improcedencias procesales y falta de forma, pero no implica denegación de justicia (párrafos 572 y 578). Este punto es tal vez el elemento más cuestionable del laudo al tomarse un estándar amplio de denegación de justicia que admite la eventual existencia de improcedencias procesales.

En vistas de lo anterior, el Tribunal decidió que se desestimaran todos los reclamos de Philip Morris, y que este debe encargarse de sufragar los honorarios y gastos del Tribunal y gastos administrativos del CIADI (1.485.714,08 dólares), así como reintegrarle al Estado Uruguayo 7 millones de dólares de los 10.319.833,57 de los costos que incurrió durante el proceso.

La opinión concurrente y disidente del árbitro Born, designado por Philip Morris se adjunta al laudo. Este indica que si bien coincidió con las conclusiones respecto al poder de policía de Uruguay o cualquier Estado para regular su salud pública, disintió en dos puntos vinculados al respeto del trato justo y equitativo. En primer lugar, Born argumenta que dado que la Suprema Corte de Justicia y el TCA —órganos de máxima jerarquía del Poder Judicial Uruguayo— arriban a

conclusiones opuestas y en ambos casos se rechaza la indemnización a la empresa, sumado a la imposibilidad de recurso ante instancias judiciales superiores, lo llevó a concluir que se trata de una denegación de justicia. En segundo lugar, conforme a que la regulación de presentación única no tiene precedentes en otros Estados ni está prevista en el cmct, el árbitro consideró que se trata de un requisito arbitrario y desproporcionado que viola el trato justo y equitativo por parte del Estado receptor.

Más allá del resultado favorable al Estado Uruguayo, al analizar los fundamentos que alientan la decisión, se debería ser más cauto. Es cierto que se reafirma el derecho de soberanía y el Tribunal descarta convertirse en hacedor de política pública como creador de Derecho, sustituyendo al Estado y en su caso, a la comunidad internacional. No obstante, los fundamentos legales en los que se basa la decisión son, en líneas generales, autorreferenciados a los acuerdos de protección de inversiones y antecedentes jurisprudenciales emitidos por otros tribunales arbitrales de idéntica naturaleza.

El laudo deja fuera consideraciones de otro tipo o de análisis jurídico basadas en normas jurídicas que trasciendan la lógica de las inversiones. Puede verse tan solo una referencia vaga al Derecho Internacional Consuetudinario, una escueta mención al Derecho Internacional Convencional, específicamente a la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, y una referencia puntual al sistema europeo de protección de los derechos humanos.

El abordaje identifica a la protección de inversiones como elemento central, único y excluyente del razonamiento de los tres árbitros. Se ubica a la protección del capital y por ende a las empresas —entidades jurídicas con fines lucrativos— como si estas tuvieran derechos fundamentales. No se observa que en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que Uruguay es parte, los Estados deben amparo a las personas y no a las empresas.

En el fallo tampoco se explicita ni se profundiza que la salud es un derecho humano y que los Estados deben protegerlo y garantizarlo. Dicha la obligación está consagrada en tratados del sistema universal de protección de los derechos humanos, como la Convención Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales (artículo 12), la Convención de los derechos del niño (artículo 24), ambos en vigor para Uruguay y Australia, tomando en cuenta las similitudes entre las dos demandas de Philip Morris. A nivel americano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales Protocolo de San Salvador (artículo 10) también regula la materia. Cabe destacar que Uruguay no solo es parte de acuerdos generales que protegen la salud, sino que también ha celebrado una serie de acuerdos que abarcan diferentes aspectos del tema, como puede verse en la tabla del Anexo III.

Asimismo, se observa que el elemento fundamental del abordaje de dos ítems importantes del laudo el tratamiento justo y equitativo como la regulación de las marcas son en referencia al impacto del negocio de la propia empresa y

no sobre si las regulaciones que en este caso estableció Uruguay, afectaban por igual o en forma diferente a empresas nacionales y extranjeras, ratio que es la que da origen a la existencia misma de los tratados de protección de inversiones.

En este marco, puede sostenerse que el laudo del caso Philip Morris contra Uruguay, al igual que la mayoría de los laudos en materia de inversiones, aplica hasta el absurdo la tesis de la pluralidad de regímenes jurídicos autónomos que no tienen relación alguna entre sí, incluida la protección internacional de los derechos humanos. El resultado sustantivo del laudo arbitral, más allá de sus fallos y patologías observables en sus fundamentos, fue percibido como un triunfo de las políticas antitabaco de Uruguay. Sin perjuicio de ello, el fallo y el sistema en el que se basa este, han pasado desapercibidos para el sistema institucional del Uruguay.

A diferencia de lo sucedido en Bolivia y en Sudáfrica que se pueden constatar cambios de política pese que en uno y otro caso los Estados no fueron condenados, en Uruguay no se ha avanzado al menos públicamente en una revisión general de los mecanismos para resolver las disputas inversor-Estado. Tan solo algunas expresiones de algunos legisladores en ocasión de las sesiones parlamentarias en que se aprobó la Ley N.º 19.470 del 23 de diciembre de 2016, autorizando la ratificación del Convenio de Inversiones con Japón. Este incluye una cláusula de estilo en su artículo 21 en materia de solución de controversias inversor-Estado. Más allá que si bien se expresó públicamente que sería la última vez que se acepta el mecanismo del CIADI, no se permite aún concluir que habrá una revisión en general y profunda de la política en la materia (Uval, 2016).

Tabla 1. Tabla comparativa de casos analizados

	Aguas del Tunari contra Bolivia	Piero Foresti y otros contra Sudáfrica	Chevron contra Ecuador (Chevron III)	Philip Morris Asia contra Australia	Philip Morris contra Uruguay
Foro	CIADI Caso ARB/02/3	CIADI Caso ARB(AF)/07/1	CPA Caso 2009-23	CPA Caso 2012-12	CIADI Caso ARB/10/7
Registro o notificación de arbitraje	25/02/2002	08/01/2007	23/09/2009	21/11/2011	26/03/2010
Demandante y demandado	Demandante: 1 empresa con sede en Bolivia (International Water (Tunari) sàrl, con sede en Luxemburgo, y propiedad de International Water (Tunari) BV, con sede en Países Bajos, es titular del 55 % de su capital accionario, por ende controla el capital mayoritario). Cabe destacar que en última instancia el mencionado porcentaje es controlado por las empresas Bechtel (Estados Unidos) y Edison (Italia). Demandado: Bolivia.	demandantes: 10 ciudadanos italianos (Piero Foresti, Laura De Carli, Dora Foresti, Maria Teresa Suardo, Paola Sardo, Antonio Foresti, Luigi Foresti, Massimiliano Foresti, Franca Conti y Daniela Conti) y 1 empresa con sede en Luxemburgo (Finstone sàrl). Demandado: Sudáfrica	demandantes: Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company, ambas empresas con sede en Estados Unidos. Demandado: Ecuador.	Demandante: Philip Morris Asia Limited con sede en Hong Kong, propietaria de Philip Morris Australia que a su vez es propietaria de Philip Morris Limited, ambas con sede en Australia. La última empresa es la que se dedica a la manufactura, importación, marketing y distribución de productos de tabaco a ser vendidos en Australia y exportados a Nueva Zelanda y las Islas de Pacífico. El 03/09/2010 se aprueba la reestructura empresarial y Philip Morris Australia pasa de manos de Philip Morris Brands sàrl (Holanda) a Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) y esta a Philip Morris Holland (Holanda). Demandado: Australia.	demandantes: 2 empresas con sede en Suiza (Philip Morris Brands y Philip Morris Products) y 1 empresa con sede en Uruguay (Abal Hermanos, de la cual Philip Morris Brands es titular del 100 % de su capital accionario) Demandado: Uruguay.
Instrumentos jurídicos invocados	TBI Bolivia-Países Bajos (10/03/1992).	TBI Sudáfrica-Italia (09/06/1997). TBI Sudáfrica-Bélgica y Luxemburgo (14/08/1998).	TBI Ecuador-Estados Unidos (27/08/1993).	TBI Australia-Hong Kong (15/09/1993).	TBI Uruguay-Suiza (07/10/1988).

	Aguas del Tunari contra Bolivia	Piero Foresti y otros contra Sudáfrica	Chevron contra Ecuador (Chevron III)	Philip Morris Asia contra Australia	Philip Morris contra Uruguay
Cláusulas invocadas	Sin datos.	Expropiación y compensación; trato justo y equitativo; trato nacional.	Trato justo y equitativo; protección y seguridad plena; medios eficaces de hacer respetar los derechos; trato no arbitrario y no discriminatorio; trato nacional y trato de la nación más favorecida; inobservancia de los compromisos contraídos en virtud de los acuerdos de inversión.	Expropiación; trato justo y equitativo; trato no arbitrario y no discriminatorio; protección y seguridad plena; y cláusula paraguas.	Expropiación y compensación; trato justo y equitativo; inobservancia de compromisos relativos al uso de marcas; denegación de justicia.
Objeto de la controversia	Rescisión de la concesión de servicios de agua potable y alcantarillado sanitario para la ciudad de Cochabamba.	Permisos de minería: desinversión para dar participación a sudafricanos históricamente desfavorecidos.	Responsabilidad por impactos ambientales, incluidos los impactos sobre la salud humana, el ecosistema, las culturas indígenas y la infraestructura, por explotación petrolera, a la luz de los acuerdos entre la empresa Texaco y Ecuador (1994, 1995, 1996 y 1998).	Medidas de control del tabaco: advertencia sanitaria del 80 % de la cajilla y presentación única por marca comercial.	Medidas de control del tabaco: advertencia sanitaria del 80 % de la cajilla y presentación única por marca comercial.
Resolución	28/03/2006	04/08/2010	30/08/2018	17/12/2015	08/07/2016
Laudo o resolución	Las partes alcanzaron un acuerdo extra arbitral, convirtiendo un monto indemnizatorio simbólico de 2 bolivianos (equivalente a 0,25 dólares aproximadamente) y por tanto se solicita la terminación del proceso por parte del demandado.	El laudo versa sobre los costos del proceso (400 000 euros a cargo del actor), a partir de la solicitud de terminación del proceso por parte del actor.	La Decisión sobre el Track II fue favorable a Chevron, determinando la responsabilidad de Ecuador por incumplimiento del TBI (denegación de justicia y trato justo y equitativo), y estableció la anulación de la sentencia dictada en la jurisdicción doméstica ecuatoriana.	El Tribunal consideró que los reclamos no eran admisibles, haciendo lugar a la excepción preliminar de Australia en función de la reestructura empresarial se realizara poco antes del inicio del arbitraje, como mecanismo para favorecerse de la protección del TBI Australia-Hong Kong, constituya abuso de derecho. Por tanto declina jurisdicción para entender en el fondo del asunto.	El laudo desestimó las pretensiones de la tabacalera y la condenó a pagar los costos administrativos del Tribunal y de los árbitros (1,5 millones de dólares), así como reintegrar a Uruguay 7 millones por concepto de parte de los 10 millones de dólares en gastos incurridos durante el arbitraje.

<p>Derechos humanos involucrados e instrumentos internacionales que los reconocen</p>	<p>Aguas del Tunari contra Bolivia</p> <p>Derecho al agua potable y saneamiento contemplado en la Resolución de la Asamblea General 64/292 (2010); las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 15/9 (2010) y 16/2 (2011); y las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 14 (2000) y 15 (2002).</p>	<p>Piero Foresti y otros contra Sudáfrica</p> <p>Derecho a la igualdad consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 1 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 3); y en particular la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.</p>	<p>Chevron contra Ecuador (Chevron III)</p> <p>Derecho a un medio ambiente sano contemplado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador» (artículo 11); y derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental cuya plena efectividad implica la adopción de medidas para el mejoramiento del medio ambiente previsto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12).</p>	<p>Philip Morris Asia contra Australia</p> <p>Derecho a la salud consagrado en la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12); la Convención de los derechos del niño (artículo 24); y específicamente en lo que refiere al control del tabaquismo: el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco.</p>	<p>Philip Morris contra Uruguay</p> <p>Derecho a la salud consagrado en la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12); la Convención de los derechos del niño (artículo 24); el Protocolo Adicional a la Convención Americana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador» (artículo 10), y específicamente en lo que refiere al control del tabaquismo: el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco.</p>
---	---	--	--	--	--

Fuente: Elaboración propia a partir del texto de los laudos, resoluciones y otros documentos del proceso arbitral.

Déficits y riesgos en el sistema de solución de controversias inversor-Estado

3.1. Introducción

Los sistemas de solución de controversias inversor-Estado presuponen la existencia de Estados nación que despliegan el poder de soberanía en su territorio y su población. En efecto, para el Derecho Internacional, los Estados ostentan el atributo de la soberanía, esto es, disponen del uso exclusivo de la coercibilidad para imponer dentro de sus fronteras sus normas de conducta a través de la ley, sobre bienes y personas. Es en la aplicación de este atributo de soberanía que pueden establecer la prohibición, restricción o libertad para el ingreso de personas y de bienes —inversiones— dentro de sus fronteras. Esos atributos además son reconocidos por sus pares, los otros Estados y por ende, la comunidad internacional en su conjunto.

Sin embargo, desde tiempo inmemorial, las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado, realizan operaciones materiales y jurídicas de todo tipo incluidas las de carácter económico, que llamamos inversión, en otro Estado distinto del que son nacionales. En principio dichas actividades están sometidas a la soberanía del Estado receptor.

Siguiendo a Sornarajah (2010: 88), en cuanto a las inversiones el Estado receptor puede, sobre la base de ese mismo derecho soberano, establecer la prohibición de realizar inversiones extranjeras. También puede exigir requisitos en caso que habilite su realización, tales como la obligación de asociación con nacionales por parte del inversor o la de producir un mínimo obligatorio para la exportación de determinados bienes. Asimismo, se pueden establecer prohibiciones específicas, por ejemplo la adquisición de bienes inmuebles por parte del inversor extranjero.

En principio en caso de surgir un conflicto entre el inversor sea un individuo o una empresa, con el Estado que recibe la inversión, se debe resolver este dentro de la jurisdicción nacional competente en aplicación de las normas del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, esa lógica tiene un límite en tanto se entiende que si la inversión se ha realizado cumpliendo, si hubiese, las condiciones prescriptas, el Estado receptor no puede arbitrariamente requisar o expropiar la inversión realizada, sin abonar una adecuada compensación.

Si ese límite se traspasa ilegítimamente, en aplicación del derecho internacional público, se asume que la ofensa a un ciudadano extranjero o una empresa extranjera, puede por extrapolación —si el Estado de la nacionalidad de esa

persona así lo entiende— convertirse en una ofensa a este. Ello amerita la protección diplomática o consular no solo en su persona sino también en los bienes. Brownlie (2008: 478) lo resume en que el objeto sustantivo del reclamo es del individuo y el de su propiedad, la acción es del Estado. En síntesis, la posibilidad de demandar no es un derecho de la persona o empresa inversora supuestamente agraviada, sino un derecho del Estado de origen.

Esta posibilidad se basa en el concepto de nacionalidad y los efectos que se derivan de esa especial relación Estado-individuo nacional. La forma en que se establece dicha relación en las personas físicas es compleja pues surge de la combinación de normas de cada uno de los Estados siempre que sean consistentes con los tratados, la costumbre y los principios generalmente aceptados en la materia de nacionalidad (Brownlie, 2008: 387 y siguientes). En el caso de las empresas o corporaciones se encuentran aún más elementos eventualmente polémicos, en tanto es necesario definir cuál sistema jurídico se aplicará para distinguir a una entidad jurídica de los que la integran.

Temas que no han pasado desapercibidos en la jurisprudencia, debiéndose tenerse presente el caso *Nottebohm* sobre una persona que adquirió la ciudadanía de Liechstetein para demandar a Guatemala resuelto en 1935 por la Corte Permanente de Justicia Internacional, la predecesora de la Corte Internacional de Justicia, o el caso en esta última del *Barcelona Traction* sobre la demanda del Estado belga en defensa de accionistas de esa nacionalidad en una empresa canadiense, por actos de parte de España supuestamente contrarios al Derecho Internacional.

En cuanto a los mecanismos actuales de solución de controversias inversor-Estado, tanto bilaterales como multilaterales, son una excepción a la regla de la protección diplomática por la voluntad del Estado de origen, en tanto permiten que el sujeto inversor pueda directamente demandar al Estado receptor en una jurisdicción internacional arbitral por incumplimiento de una regla de derecho. Normativizan en lo procedimental, esa estructura engorrosa, del derecho internacional clásico, al darle al inversor tal posibilidad.

La discusión se centró, durante muchos años, en qué tipo de estándar debería utilizarse para identificar o no si hubo una transgresión: el mismo trato que a los nacionales o un trato de acuerdo a normas internacionales mínimas. Sin embargo, esa transformación no estaría exenta de elementos apriorísticos. En cuanto a considerar que las inversiones extranjeras en el país de destino coadyuvan al desarrollo de este último y que sin inversión extranjera no hay desarrollo. Asimismo, como un corolario automático de esa afirmación es que sin tratados de solución de controversias que se adaptaran al sistema económico mundial, no habría inversiones de tipo alguno.

Estos conceptos de por sí atractivos para los países de menores recursos económicos y obviamente, necesitados de capital, tecnología y mercados se ubican en un contexto histórico de descolonización y creciente globalización, coincidentes con la posguerra mundial, bajo el liderazgo de los organismos

intergubernamentales de crédito. Más adelante en el tiempo, el llamado Consenso de Washington en los años noventa promovió aún más la apertura de mercados sobre la base de la internacionalización de las finanzas, los transportes, y las comunicaciones, en los que ya las inversiones no respondían siquiera a entidades empresariales nacionales sino sobre una estructura de grandes corporaciones transnacionales en el marco del desarrollo exponencial de la especulación bursátil y financiera. Este proceso multiplicó la sanción y ratificación de tratados de protección de inversiones con cláusulas de solución de controversias inversor-Estado y posteriormente de igual forma produjo una cantidad no prevista de litigios arbitrales.

Sin embargo, esta nueva realidad no puede soslayar la fragilidad del marco jurídico en el que se basa, pues concomitantemente a ese proceso también se consolidó y desarrolló una consistente normativa internacional de especial importancia en la protección de los derechos humanos, la salud y el medio ambiente, que hacen al corazón de la paz y la seguridad internacional en el marco de la Carta de las Naciones Unidas.

En esta parte del trabajo se analizan aspectos del régimen actual de resolución controversias inversor-Estado que podrían ser identificados como riesgos o déficits del sistema. Se asume una posición de sana crítica en cuanto al análisis de este, reconociendo su necesidad e importancia de su existencia, pero al mismo tiempo constatando un conjunto no menor de asuntos que fragilizan y lo cuestionan. No es inocuo contar con definiciones como cuál es el concepto jurídico de inversión y su protección o el Derecho que en concreto deben aplicar los tribunales arbitrales. Asimismo, tener presente temas centrales como el déficit democrático en la conformación de las ternas arbitrales, la ilusión de la supremacía del Estado en las relaciones internacionales, hace a la adecuada comprensión del funcionamiento y los efectos del régimen. A ello debe agregarse factores sociales de relevancia y el papel de las políticas públicas y la defensa de los intereses difusos o de terceros con intereses especiales en los litigios, en estrecha relación con las normas que regulan la protección de inversiones.

3.2. Definición amplia de inversión en los acuerdos de protección de inversiones

El primer punto a analizar refiere a la propia definición de inversión puesto que es con base en ella que se determina si se trata o no de una inversión protegida por el acuerdo en cuestión, y por tanto un incumplimiento de tal protección puede ser pasible de reclamo en vía arbitral. La jurisdicción de los foros internacionales de arbitraje de inversiones suele estar supeditada a una serie de requisitos. En el caso particular del CIADI, el artículo 25 del Convenio de Washington establece que la institución tiene jurisdicción para entender en aquellas controversias inversor-Estado que sean de naturaleza jurídica, que tengan una relación directa con una inversión entre un Estado parte y un nacional de otro Estado parte de dicho tratado, y en las que exista una cláusula de prórroga de jurisdicción por escrito.

Si bien el texto del convenio es claro, no prevé una definición de inversión, por tanto en caso de excepciones preliminares sobre la jurisdicción, suele recurrirse a la definición prevista en los instrumentos jurídicos en los cuales se ha otorgado la prórroga de jurisdicción.

En principio, no debería generar problema el término «inversión» en tanto se aplique la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados que en su artículo 31 Regla general de interpretación establece que «I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Por tanto, puede inferirse sin dificultad que la protección de las inversiones de las que se refiere los tratados de solución de controversias inversor-Estado, están directamente vinculadas a toda actividad económica, productiva o financiera que persigue el sentido de organizarlos y gestionarlos para generar mayor riqueza.

No obstante la jurisdicción del CIADI puede quedar restringida a ciertas materias, si así se prevé en el instrumento jurídico en que los Estados otorguen el consentimiento (Vásquez, 2006), las definiciones previstas en los TBI u otros instrumentos internacionales suelen ser laxas y dejan dentro una gran multiplicidad de áreas, incluso aquellas vinculadas a políticas públicas soberanas.

En este punto es importante volver a traer a colación la controversia entre Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y Uruguay (CIADI caso ARB/10/7). Más allá de las particularidades del caso, debe tenerse en cuenta que una definición amplia de inversiones habilita a tribunales de inversiones a resolver controversias en las que se debaten políticas públicas relacionadas a la protección de la salud, derecho humano consagrado en diferentes tratados internacionales, como ser la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), la Convención de los derechos del niño (artículo 24) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador (artículo 10).

Otro aspecto de especial importancia es la nacionalidad del inversor, más que si la inversión misma está debidamente protegida. Es justamente este aspecto el que ha permitido a las empresas que originalmente no son nacionales del Estado de origen de la inversión acogerse al régimen protector más beneficioso a través de la sucesiva consolidación accionaria que busca la normativa más conveniente a sus intereses.

Esta complejidad no es única del Derecho de protección de inversiones y de solución de controversias inversor-Estado, y se encuentra en las bases del Derecho Internacional Público, pero adquiere mayor importancia en tanto la eventual posibilidad que se cuestione por vía indirecta políticas públicas trascendentes como las descriptas.

3.3. Incertidumbre en el Derecho aplicable

Una segunda observación sobre los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, se centra en el hecho de que los tribunales arbitrales no tienen en general establecido un sistema normativo explícito, inequívoco y jerarquizado con base en el cual emitir sus decisiones.

El Convenio de Washington constitutivo del CIADI genera un marco para la resolución de los conflictos inversor-Estado. No obstante, el CIADI no es un tribunal arbitral sino un centro que administra arbitrajes *ad hoc*. El acuerdo de los Estados que forman parte del sistema consiste en aceptar en última instancia los dictámenes o fallos dictados en el curso del funcionamiento del CIADI. Los Tribunales arbitrales deben fallar de acuerdo al artículo 42 del Convenio de Washington.

Este establece que el laudo en su fundamentación debe hacer referencia a las normas acordadas por las partes, las del Estado incluyendo las de carácter internacional privado y las normas de Derecho Internacional que sean aplicables. Asimismo, se impone que los tribunales arbitrales tienen la obligación de fallar aunque haya oscuridad de la ley, pudiendo además, si las partes así lo acordaran hacerlo por equidad. El texto así como está redactado brinda una posibilidad interpretativa a los árbitros de una amplia discrecionalidad.

La interpretación de un tratado como norma jurídica nos lleva a desentrañar su verdadero sentido y alcance asignándole un significado un cierto significado de acuerdo a métodos y técnicas jurídicas (Rodríguez, 2014: 707). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ha sido la norma a la que ha arribado la comunidad internacional para clarificar el alcance de los tratados y convenios internacionales, su interpretación y aplicación.

La Convención de Viena es inequívoca en cuanto se aplica según su artículo quinto a los Tratados constitutivos de organizaciones internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional.

Una interpretación descontextualizada casi autónoma del mencionado artículo 42, del Tratado de Washington, podría llegar a confundir al intérprete. Es indiferente si se entiende que el término «partes» sean el inversor demandante y el Estado demandado, o los Estados que convinieron a través de un tratado la habilitación de tal acción ante Tribunales arbitrales. En ninguna de ambas hipótesis interpretativas puede sostenerse que la decisión conforme a las normas de derecho acordadas es de la libre autonomía de la voluntad, sin límite ni restricción alguna que permitiría poder fijar por sí y ante sí el derecho aplicable.

En cambio, una interpretación racional admite que exista una cierta autonomía de la voluntad sea del acuerdo inversor-Estado o de los Estados parte del tratado, pero que tiene límites, entre ellos el *jus cogens*, el derecho internacional público referente a los tratados, así como las normas del Derecho internacional de protección de los derechos humanos, de las del Derecho Internacional Humanitario y las del Derecho de los Refugiados.

En efecto, los Estados unilateralmente no pueden excepcionarse de las normas imperativas del derecho internacional ni de las obligaciones que dimanan de ellas, apelando a sus normas internas o por vía de acuerdos contrarios entre Estados pues éstos serán nulos *ab initio*. Tampoco pueden liberarse de sus obligaciones invocando un acuerdo con una empresa privada.

La Convención de Viena no puede ser más explícita en su artículo 53 relativo a los tratados que nacen en contra de una norma imperativa de Derecho Internacional General, esto es, una norma de *jus cogens*. En este sentido, indica que

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Los académicos Alejandro Garro²² y Petra Butler,²³ de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York y de Victoria en Wellington respectivamente, al ser consultados separadamente para este trabajo, coinciden en que las normas de *jus cogens* del derecho internacional deben ser observadas en la tarea interpretativa de los árbitros al momento de analizar los casos a estudio y en ningún momento deberían fallar en contra de tales normas.

En este sentido, Peterson (Dupuy y otros, 2009) afirma que los tribunales arbitrales tienen una naturaleza de jurisdicción limitada, en la especie la resolución de controversias inversor-Estado, pero reconoce expresamente que las normas de derechos humanos forman el telón de fondo contra el cual se aplican e interpretan las obligaciones de los tratados.

22 Entrevistado vía correo electrónico en fecha 7 de febrero de 2017.

23 Entrevistada vía correo electrónico en fecha 5 de marzo de 2017.

Es consistente con este razonamiento que al momento de evaluar el derecho aplicable en el caso de que una empresa accione en virtud de un tratado sea bilateral o multilateral debe tenerse en cuenta todo el haz normativo que relaciona a los Estados parte de dichos acuerdos. Entre ellas uno de los pilares de la interpretación de todo tratado como el «Pacta sunt servanda» de las normas de la Convención de Viena que en su artículo 26 establece que «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Adicionalmente, en el artículo 27 sobre la relación del Derecho Interno y la observancia de los tratados, en tanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Asimismo, la Convención de Viena informa en los artículos 31, 32 y 33 de las reglas de interpretación, destacándose la regla 31.3 (c) en la que se establece que a los efectos de analizar el contexto en que las partes se han obligado es necesario tomar en cuenta, toda forma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

En este sentido que Dupuy (Dupuy y otros, 2009) comparte la tesis del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional que los tratados, incluidos los de protección de inversiones, no pueden interpretarse en el vacío y que por lo tanto se aplica la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Por lo tanto, la referencia al Derecho Internacional de carácter general y residual del final del texto del artículo 42 del Convenio de Washington, nos conduce a que las pautas interpretativas tanto del Tratado marco como al derecho aplicable a la controversia, deben necesariamente atenerse a la Convención de Viena. Estas son consustanciales al derecho internacional. Podría cuestionarse tal conclusión si hubiese una referencia expresa de exclusión de la Convención de Viena y de sus normas, pero no habiéndola no sería de recibo e incluso podría sostenerse que muchas de las normas incluidas son parte del Derecho Consuetudinario.

En este sentido, Alejandro Garro, preguntado sobre si el artículo 42 del Convenio de Washington integra lo que se denomina Derecho internacional de los derechos humanos, responde:

La disposición del artículo 42 es sabia y correcta en cuanto establece que el derecho aplicable (en ausencia de una elección de otras reglas o normas por las partes, es el derecho internacional y, en la medida en que corresponda, el derecho del país receptor de la inversión (en esta inversión, como suele suceder, las partes no escogieron el derecho aplicable).

Si de lo que se trata es una infracción al derecho internacional de los derechos humanos, me parece bien que sea un tribunal internacional, bajo el derecho internacional (y no bajo el Derecho Uruguayo, excepto para determinar cuestiones de hecho y el marco regulatorio que el inversor debe respetar) sea el que determine si los derechos del inversor, incluyendo sus derechos humanos, han sido violados. Si el derecho alegadamente violado fuera el derecho de propiedad de un ciudadano extranjero, también entra a jugar en ese caso el derecho

internacional, en primacía sobre el derecho uruguayo, incluyendo su derecho de propiedad.

El Derecho Internacional que se refiere el artículo 42 incluye los estándares mínimos impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos.

Continúa profundizando en tanto si se puede aplicar un derecho que solo tenga como lema a la inversión y de los bienes, indicando que

La respuesta es claramente no (por las razones que se exponen en la respuesta anterior). El «derecho internacional» al que se refiere el artículo 42 es en su integridad, incluyendo pero no limitada al derecho de inversión del inversor.

Lo que el tribunal debe tener en cuenta, sin embargo, es que su función primaria es interpretar convenios internacionales (multilaterales o bilaterales) que obligan al Uruguay, aun los tbi deben ser aplicados a la luz del derecho internacional en su integridad. Coincido en sentido en que el derecho internacional de las inversiones aplicable a estas disputas no puede ni debe ser indiferente al derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo el tema de protección del derecho «a la salud». En principio, las medidas que tome un Estado para proteger la salud de sus ciudadanos deben ser respetadas, y quien alega violación de otros derechos es quien carga con la carga de la prueba. Pero insistió lo de «en principio».

Cabe tener en cuenta que es muy probable que se suscite una tensión entre las medidas regulatorias, ocasionalmente adoptadas so pretexto de proteger el medio ambiente o la salud de sus ciudadanos pero conduciendo a una violación arbitraria de los derechos del inversor.

Asimismo, Dupuy (Dupuy y otros, 2009), acepta que el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho de solución de controversias inversor-Estado son parte de un mismo Derecho y que además estas dos disciplinas tienen un origen común y un contenido similar, los árbitros deberán considerarlos adecuadamente. Sin embargo, al momento de saldar las controversias, un elemento vinculado a los derechos humanos debe ser demostrado inequívocamente, en tanto que los árbitros están llamados a resolver sobre el derecho de una inversión internacional específica.

Un ejercicio interesante consiste en comparar por ejemplo el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia con el artículo 42 del CIADI, siendo el primero mucho más garantista. Asimismo, también pueden compararse el artículo 21 del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional y los artículos 62, 29 y 66 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (ver tabla 2). En este último caso, las normas no presentan una redacción prolija, pero si se puede inferir que en cuanto al derecho aplicable deben conjugarse.

Por tanto, todo sometimiento a un tribunal permite que este tenga un nivel de amplitud para especificar el derecho aplicable al caso concreto, e incluso poder recurrir al principio de *iuria novit curia*. No obstante, hay formulaciones orientadoras para los decisores que tienen un nivel de precisión y por

ende de certeza, y otras que dejan al intérprete sin guía alguna. La redacción del artículo 42 del Convenio de Washington por ejemplo es uno de esos casos en que presenta una laxitud máxima. La comparación de las fórmulas utilizadas en de la Corte Internacional de Justicia, del Estatuto de Roma e incluso en la más frágil de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, demuestra que es posible contar con tribunales que brinden una certeza en el derecho aplicable que los Tribunales Arbitrales no presentan.

Tabla 2. Tabla comparativa de disposiciones relativas al Derecho aplicable por los tribunales internacionales

Convenio de Washington	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	Estatuto de Roma	Convención Interamericana de Derechos Humanos
<p>Artículo 42</p> <p>(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y a aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.</p> <p>(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.</p> <p>(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia <i>ex aequo et bono</i>.</p>	<p>Artículo 38</p> <p>1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:</p> <p>a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;</p> <p>b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;</p> <p>c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;</p> <p>d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.</p> <p>2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio <i>ex aequo et bono</i>, si las partes así lo conviniere.</p>	<p>Artículo 21. Derecho Aplicable</p> <p>1. La Corte aplicará:</p> <p>a) en primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;</p> <p>b) en segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;</p> <p>c) en su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional reconocido.</p> <p>2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.</p> <p>3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionales reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, edad, raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.</p>	<p>Artículo 62</p> <p>Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.</p> <p>Este debe ser leído conjuntamente con los siguientes artículos:</p> <p>Artículo 29. Normas de Interpretación</p> <p>Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:</p> <p>a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;</p> <p>b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;</p> <p>c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y</p> <p>d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.</p> <p>Artículo 66</p> <p>1. El fallo de la Corte será motivado.</p> <p>2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de estos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del texto de las normas.

El asumir que la Convención de Viena debe ser aplicada en la interpretación del Convenio de Washington y utilizada de buena fe en la determinación del fallo sustantivo mejora sin duda la situación y resuelve parte del problema. Sin embargo, queda por determinar cómo se incorporan en forma sustantiva la protección de los derechos humanos en particular todo aquello vinculado a la salud, el medio ambiente y el acceso al agua potable.

Esta discusión no está saldada, sino que por el contrario existe una fuerte lógica conservadora en la interpretación del derecho de resolución de controversias inversor-Estado que percibe a este último como culpable a priori de toda intervención que afecte el derecho de propiedad y de la acción de la empresa privada. Tesis que incluye la idea de la fragmentación del Derecho Internacional en el que hay esferas paralelas que no tienen ningún contacto entre sí, como algo natural a toda interpretación normativa.

La citada experta germana-neozelandesa Butler afirma que el Derecho Internacional de protección de los derechos humanos integra el derecho que los tribunales arbitrales deben incorporar en sus fallos, puntualizando que

Even though there is no unified global understanding of whether and how an individual can assert the right to health, water, a healthy environment, and a right to development (which are categorized as second and third generation rights), there is no doubt that in regard to those rights it is the state's and the community of states' obligation to constantly work towards the highest fulfillment and execution of those rights for its citizens and the global citizenry.

An international arbitral tribunal, as part of the international community, is charged with overseeing whether the state has balanced the rights at play justifiably. In essence, there can be no doubt that the state has to be able to take any measure which enhances the human rights of its citizens or safeguards them from harm. If that measure infringes the rights of the investor the measure will be justified if the investor is compensated. In other words, the state can do anything as long as it compensates the investor. There might be situations where the measure is of such importance that in balance the property infringement of the investor does not warrant compensation (Butler, 2016: 30).

La lógica en el razonamiento e interpretación del Derecho aplicable por parte de los tribunales arbitrales, es muy diferente a los planteos descriptos. Los árbitros se perciben a sí mismos como custodios últimos de la inversión y la propiedad de las empresas per se, más allá de toda consideración. Los textos que les dan origen alientan esa interpretación. Por ejemplo el artículo 42 del Convenio de Washington conduce al intérprete a que si no hay acuerdo en el derecho aplicable, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional privado. Esta formulación es de aplicación imposible pues son justamente las normas que el Estado demandado interpretó y aplicó de acuerdo a sus órganos legítimamente constituidos y aceptados por el inversor, las que son en definitiva, cuestionadas por la demanda.

De esta manera, se permite que los tribunales puedan utilizar las normas jurídicas que les plazca pues lo único que tienen que hacer es fundar el laudo sin estar constreñidos a la aplicación de normas de fondo y de citar los antecedentes que consideren convenientes, con el agravante además que en muchos de los Estados que son demandados, las precedentes judiciales incluso no son una fuente vinculante para el juez.

Todo sistema jurídico para garantizar seguridad y ser consistente como tal tiende a resolver los conflictos de idéntica naturaleza de igual forma, sobre la misma base fáctica. Más allá del método, sea a través de la sumisión de los hechos a normas preestablecidas o al tener en cuenta los antecedentes, el sistema funciona con cierta lógica. No es así con los laudos arbitrales al no haber una base normativa común, ni reglas procesales que obliguen a los tribunales a seguirlas.

Si a esto se agrega que no hay apelación posible y las causas de la anulación son extremas,²⁴ el sistema es claramente deficitario en otorgar las mínimas garantías para un litigio justo. Compárese este sistema por ejemplo con los estatutos de la Corte Internacional de Justicia o con el de la Corte Penal Internacional y es posible ver con claridad que en estos ejemplos hay indicaciones precisas sobre cuáles son las fuentes del Derecho aplicable.

3.4. Déficit democrático de la composición de las ternas arbitrales

La composición de los tribunales arbitrales complementa la particular fragilidad del sistema de resolución de disputas entre inversores y Estados. En el caso del CIADI, los árbitros pueden ser elegidos de una lista propuesta por los países que conforman el organismo, sin perjuicio de que las partes no están obligadas a convocarlos al momento de su integración. Dos de los árbitros son propuestos por cada una de las partes en la controversia y el tercero es elegido de común acuerdo o en su defecto es designado por el propio CIADI (artículo 38 del Convenio de Washington). En definitiva, dado que es de suponer que cada parte convoque a un jurista que simpatice con su interés, el conflicto se resume a qué hará el tercer árbitro en la que existen mínimas condiciones para evaluar su idoneidad o capacidad.

En este punto no se trata de poner en tela de juicio la integridad moral o la solvencia técnica de los árbitros, sino de evaluar el sistema de selección. Es claramente mejor aunque por cierto mejorable, la forma en que se seleccionan y eligen los jueces de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional o cualquier órgano colegiado de la ONU.

²⁴ Conforme al artículo 52 del Convenio de Washington, las causales de nulidad son: tribunal indebidamente constituido; exceso manifiesto de las atribuciones del tribunal; corrupción de un miembro del tribunal; violación grave de una regla fundamental de procedimiento; laudo sin constancia de las razones sobre las que se funda.

Si un tribunal arbitral resuelve un conflicto de intereses entre una empresa y un Estado, termina estableciendo las obligaciones en el caso. Es decir que finalmente dice el Derecho, el deber ser en el caso concreto. Ahora bien, en muchas disputas lo que está en juego son las políticas públicas que afectan tanto intereses de grandes masas de la población del país y sus derechos humanos como el acceso al agua potable, la salud pública o el acceso a bienes básicos de la población.

Si frente a las demandas de inversores extranjeros, o a las amenazas de presentarlas, el Estado decide suspender o terminar la aplicación de tales políticas públicas, se corre el riesgo de enfrentarse a una parálisis o congelación normativa, tal como alerta el experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas, en su reporte al Consejo de Derechos Humanos de fecha 5 de agosto de 2015 (ONU, 2015: 5). Todo ello fragiliza el poder ético al debilitar el ejercicio de soberanía, en particular la capacidad de desarrollo de políticas públicas, y posiciona a las empresas transnacionales como creadoras de normas jurídicas. Esta práctica puede ser entendida como cuestionadora de las bases del propio Estado como entidad soberana (Arato, 2015: 283).

Un claro ejemplo de lo anterior fue la situación de Nueva Zelanda que tuvo la sanción de una norma de empaque genérico de cigarrillos a la espera del laudo del arbitraje Philip Morris Asia Limited contra Australia en la CPA (caso número 2012-2). Reafirma esta idea el hecho que, un mes después de concluido el caso a favor de Australia en diciembre de 2015, el Primer Ministro neozelandés ha anunciado que prevé que el mencionado proyecto se convierta en ley a fines de 2016 (McHaffie, 2016). Finalmente la ley fue sancionada el 6 de junio de 2017, entrando en vigor el 14 de marzo de 2018.

En un sistema democrático el poder y legitimidad de las decisiones sobre política pública radica en última instancia en la voluntad popular en la que los parlamentos la representan. Los poderes judiciales tienen el cometido, entre otros, del control de los poderes Legislativo y Ejecutivo, pudiendo saldar las disputas a pesar de no tener dicha representación. En última instancia, son las Constituciones o Carta Magnas que les otorgan tales capacidades y están sometidas a la discusión y escrutinio público de toda sociedad democrática.

3.5. Ilusión de la supremacía del Estado en las relaciones internacionales

Los sistemas de arbitraje internacional de inversiones surgen sobre dos conceptos básicos y complejos. Por una parte las personas tanto físicas como jurídicas pueden solicitar protección diplomática a sus países de origen al efecto que si estos lo desean velen por los intereses y derechos de los solicitantes y por otra parte, todo extranjero sea persona física como jurídica aspira a un trato justo y no discriminatorio, más aún cuando invierte un fuerte capital.

Estos conceptos derivaron en establecer los acuerdos de protección de inversiones en el sentido de que si una persona o empresa acudía a ellos, se respetaría el fallo por ambos países más allá del resultado. Así se obviaba la protección diplomática evitando politizar el conflicto al encapsularlo como tan solo una cuestión técnica del derecho o de carácter comercial. Además se argumentaba que un Estado que tenía este sistema era más atractivo para captar inversión extranjera, fundamentalmente cuando su sistema judicial no presentaba indicios de ser efectivo, independiente o imparcial.

El sistema parte de la base además de que los Estados son más poderosos que las empresas. Al contrario, la realidad fáctica demuestra que hay un número muy importante de empresas que son mucho más poderosas que la gran mayoría de los 193 Estados miembros de la ONU.²⁵ A lo que hay que agregar que no tienen ninguno de los complejos cometidos de los Estados modernos ni deben rendir cuentas a ningún tipo de ciudadanía o electorado.

Siendo esto así, la protección diplomática causi automática deviene en un activo de las ya poderosas empresas transnacionales para utilizarlas en el momento y de la manera más adecuada a sus intereses, en perjuicio de las entidades nacionales frágiles. Incluso cuando se necesita tener un marco de protección de inversiones se han reestructurado las empresas para acceder a los beneficios o se ha invocado la cláusula de nación más favorecida al efecto de hacer transferible la posibilidad de arbitraje o evitar el agotamiento previo de la jurisdicción doméstica, aun en los casos que no estaba convencionalmente previsto.

Ejemplo de reestructuración como mecanismo para iniciar un arbitraje fue el caso Philip Morris Asia Limited contra Australia ante la CPA (caso número 2012-2). El centro de la disputa fue la Ley de empaquetado genérico de cigarrillos (2011) que al entender de la empresa violaba el trato justo y equitativo y constituía una expropiación de propiedad intelectual sin debida compensación en el marco del TBI Hong Kong-Australia. El laudo fue favorable al Estado puesto que los árbitros aceptaron que la reestructuración de la empresa en Hong Kong, poco antes del inicio del arbitraje, constituyó un abuso de derecho.

25 A modo de ejemplo, Philip Morris International registró ingresos netos por 80,1 mil millones de dólares en el año 2014, mientras que el producto interno bruto de Uruguay en el mismo año fue de 57,2 millones de dólares, conforme a de la empresa y el Banco Mundial, respectivamente, disponibles al 30 de agosto de 2016.

Adicionalmente, el sistema de solución de controversias inversor-Estado se muestra como autónomo y automático, dado que la empresa por el solo hecho de ser «nacional» de un Estado, incluso convirtiéndose *a posteriori*, obtiene un derecho ejecutable de eventualmente demandar al Estado donde invirtió. No es condición previa la consulta o autorización al Estado originario del capital, aun en caso en que se controviertan políticas públicas que obliguen recíprocamente a ambos países.

A todo ello hay que agregarle que las empresas no pueden ser demandadas, al establecerse que solo los Estados pueden serlo bajo este sistema, configurándose una evidente y cuestionable asimetría Estado-empresa que coadyuva al punto anterior, al otorgarle a una de las partes de la relación jurídica un poder asimétrico.

3.6. El factor social en el arbitraje de inversiones: idioma, género y nacionalidad

Asimismo es necesario analizar otros aspectos nada desdeñables del sistema de solución de controversias, que influyen en su funcionamiento. En este sentido, algunos aspectos de la realidad, funcionan más allá de la normativa que los crea y les permite actuar.

En primer término, un sistema jurídico no puede desprenderse del idioma que le permite funcionar. Este factor que resulta obvio, no es menor ni inocente. Es sabido que el uso de determinado lenguaje puede reflejar en forma más precisa que otro, los conceptos jurídicos al fortalecer o erosionar, una determinada línea argumental. Por ello es muy importante en todos los tratados el establecer cuál es el texto auténtico de un tratado y cuáles son lenguas de trabajo de tal o cual organismo.

A nadie escapa que el inglés actualmente es el idioma más usual en el Derecho Internacional y su uso obviamente refleja los conceptos del derecho anglosajón. Si a ello sumamos que un número significativo de los árbitros tienen esa nacionalidad, están formados en las universidades y escuelas de derecho de esa orientación tenemos un sistema que refleja más esa concepción anglosajona que la de un derecho continental, y menos aún por poner un caso, de un Derecho Iberoamericano o Latinoamericano.

Estos aspectos serían tan solo una anécdota, casi una nimia efeméride, si los laudos arbitrales no resolvieran temas fundamentales como son las políticas públicas de los Estados demandados, en temas de salud, medio ambiente o seguridad con impacto en miles de personas. Los Estados demandados en muchos casos no tienen ni el uso del lenguaje, la tradición, ni la formación para abordar con herramientas adecuadas a las demandas litigiosas. Se podrá argumentar que ello refleja la desigual adjudicación de activos intangibles entre los Estados, pero no se puede soslayar al momento de un adecuado tratamiento de sinceramiento sobre las bondades del sistema.

Aún más grave es el caso que esas licencias idiomáticas, se transforman en argumentos jurídicos. Por ejemplo en el caso Philip Morris se utilizan cómo argumentos legales el *Third Restatement of the Foreign Relation Law del The American Law Institute* o el Proyecto de Convenio de la Universidad de Harvard sobre Responsabilidad internacional de los Estados por Daños Causados a Extranjeros (párrafos 292 y 293). El fallo comentado le otorga a una Universidad privada, organización no gubernamental de un Estado extranjero, una autoridad de la que carece. Ni siquiera se la menciona como doctrina, porque en realidad piensan que ambas tienen una fuerza vinculante *per se*, que tal vez tengan dentro de su orden jurídico nacional, pero carece sin duda en una disputa ajena a esa legislación.

Si no se hace cuestión sobre la formación, no es menor el factor nacionalidad. No hay dudas de que unos pocos países concentran la mayoría de los árbitros que han trabajado en el sistema. Conforme a datos del CIADI (2016: 18-20), de un total de 1920 árbitros, conciliadores y miembros de comités *ad hoc* designados en los casos registrados en el Centro, tanto en relación al Convenio de Washington de 1965 como el mecanismo complementario, el 47 % son nacionales de Europa Occidental, seguidos por el 21 % de América del Norte —Canadá, Estados Unidos y México—. Tomando exclusivamente las cinco nacionalidad más habituales, las cifras son aún más reveladoras, puesto que los principales países de origen —Francia, Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Suiza— abarcan el 40 % de los países de origen de los árbitros, conciliadores y miembros de los comités *ad hoc*.

Asimismo, si al factor nacionalidad de los árbitros se agrega el factor relativo al género de ellos, es posible obtener un mapa exclusivo y excluyente de cómo funciona y está orientado el sistema de protección de inversiones, en especial sus mecanismos de solución de controversias entre empresas y Estados. De acuerdo a Puig (2014: 404-406), el desbalance de género en la designación de árbitros en el CIADI es extremo, dado que el 93 % de las designaciones de árbitros corresponde a árbitros varones, y dentro del 7 % restante, dos mujeres abarcan los tres cuartos de las designaciones. Los anteriores datos se complementan con la investigación realizada por Greenwood y Baker cuyos resultados indican que en promedio, el 6 % de las designaciones en los arbitrajes del CIADI, la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres corresponden a mujeres (Greenwood y Baker, 2012: 636).

Es posible minimizar este punto. Sin embargo todo el sistema de las Naciones Unidas ha tenido una proyección, primero, para garantizar cierta distribución geográfica y, más avanzado en el tiempo, para ponderar adecuadamente el factor género como un elemento central de un sistema de justicia. Ello no es producto de la casualidad, sino de la voluntad política de tener un sistema a nivel mundial que efectivamente refleje ese carácter. A modo de ejemplo, el sistema de selección y designación de jueces en el ámbito del sistema del Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, demuestra la sabiduría

de establecer mecanismos para que las distintas sensibilidades de los magistrados de la Corte deriven en un balance adecuado de los principales sistemas jurídicos del mundo, una distribución geográfica equitativa y una representación equilibrada de mujeres y hombres (literal a del artículo 36.8 del Estatuto de Roma).

Se podría argumentar que no es lo mismo una Corte que un tribunal arbitral, lo cual no deja de ser cierto, pero en sí mismo, este dato resulta intrascendente. Todo el sistema de protección de inversiones está basado en que resulta necesario establecer garantías para que el poder étático no sea ejercido de manera abusiva, de mala fe o discriminatorio. Por lo tanto, las condiciones para acceder a ser árbitro deberían ser más claras como específicas, de modo que no coadyuven a poner en tela de juicio la imagen del sistema actual.

Por otra parte, fuera del origen, nacionalidad y género de los árbitros, sería deseable determinar los límites éticos de ellos. En ese sentido parece interesante la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) como mecanismo para establecer parámetros inequívocos a través de los cuales los árbitros se desempeñen, punto que será desarrollado en el apartado 4.7.

Otro aspecto no menor es el costo de los laudos arbitrales tanto en el financiamiento como en las cargas legales, lo cual lleva a algunos de los Estados demandados a enfrentar serios problemas estructurales desde el punto de vista financiero y económico. Litigios promovidos por empresas transnacionales que tienen a disposición múltiples recursos financieros, económicos y capacidad de personal altamente calificado, expone a estos Estados a resolver entre un mal acuerdo o un largo arbitraje, que hace del sistema uno perverso, pues la simple extensión del plazo puede ser definitivamente ganancioso para el promotor privado de la demanda.

Adicionalmente, la imposibilidad de los Estados de ser demandantes o en el caso de ser llevados a un tribunal puedan contrademandar, ubica a los Estados en una situación de indefensión. Siempre que hay un juicio a ser sometido a la resolución de un tercero, la contrademanda se admite como un elemento que hace a la estrategia judicial. Se admite la posibilidad de contrademandar, como un factor lógico de igualdad de las partes. Aquí esa igualdad es inexistente, pues el Estado no puede demandar ni contrademandar. En el caso particular bajo análisis, cabe preguntarse si los hechos no hubiesen sido otros si la actora Philip Morris, al momento de demandar, hubiese tenido que exponerse a la posibilidad de ser demandada por los graves perjuicios causados a sabiendas de la existencia de ellos.

La suma de estas situaciones evidencian un sistema que presenta serias inconsistencias desde el punto de vista fáctico que no deberían ser soslayadas para una eventual reforma de los mecanismos que debieran existir para proteger las inversiones de los usos abusivos del poder estatal, la expropiación tanto directa o indirecta sin una justa y adecuada compensación, o el confiscamiento de bienes, pura y simplemente.

Propuestas de reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado: entre el control de daños y la integración de los regímenes jurídicos autocontenidos

4.1. Introducción

La visión crítica del sistema de solución de controversias se ha extendido dado que el sistema se ha hecho mucho más masivo tanto en países integrantes de los acuerdos, como en el número de acuerdos y en el caudal de litigios, visualizándose, por parte de la academia y diversos actores de la política internacional, los riesgos reseñados en el capítulo anterior. En este punto es pertinente repasar algunas de las iniciativas que, reconociendo las fallas indicadas, intentan ajustar el sistema para su mejor optimización.

En este sentido, se identificaron como mecanismos posibles: la creación de normas específicas de interpretación, excepciones sectoriales, nuevas estructuras institucionales, alternativas regionales, llegándose incluso a la exclusión del mecanismo de arbitraje sustituyéndolos por otros de naturaleza alternativa como en los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI) celebrados por Brasil. Si bien estas opciones no agotan el elenco total de posibles caminos a seguir, tienen en común el objetivo de buscar resolver el mismo problema de cómo proceder si en caso de que ocurriera un conflicto inversor-Estado, no pasible de solución por vías de negociación amigables, se deba acudir a un tercero imparcial que salde la disputa.

En suma, todas ellas ponen de manifiesto una oportunidad de pensar un diseño que puedan cumplir con ese objetivo sorteando las dificultades, riesgos, inconveniencias e incertidumbres, que genera el sistema que aún rige.

4.2. Establecer pautas específicas de interpretación

Una posible reformulación del sistema es la de asumir que los tratados de tbi fueron negociados en un mismo período en el que no se disponía de una sistemática información sobre los factores jurídicos y fácticos como los descriptos, conteniendo un conjunto de disposiciones redactadas de una manera relativamente amplia. Estos no se adecuan con garantías explícitas que los tratados posteriores incluyen.

Si a ello se le agrega que existe una convicción que el mismo pueda ser interpretado de una manera amplia, tal como se ilustra en el enfoque de algunos tribunales de resolución de disputas entre inversores, el riesgo interpretativo incrementa la exposición de los Estados parte a un potencial reclamo arbitral de solución de controversias inversor-Estado. Por lo tanto, una forma de solucionar esta situación consiste en crear pautas que permitan mejorar las cláusulas de interpretación o remover las que se consideren más perjudiciales y así obtener por parte de los Estados parte una mayor claridad y control de los tribunales arbitrales.

Una opción podría ser la de enfocarse en forma bilateral o multilateral en reformas normativas que apunten a las obligaciones sustantivas contraídas por los Estados, por ejemplo a la aclaración del mecanismo de la cláusula de nación más favorecida, que evite la elección libre del derecho aplicable por algunos demandantes, la definición del concepto de trato justo y equitativo, como las obligaciones de protección y seguridad, explicitando que se vinculan al estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho internacional consuetudinario.

Asimismo, se podría acordar en qué consiste el principio de «poder de policía» estableciendo que su ejercicio para proteger objetivos legítimos no puede considerarse como una expropiación indirecta.

4.3. Excepciones sectoriales a los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado²⁶

Una posición respecto al mejoramiento del sistema refiere a la exclusión de ciertos sectores del arbitraje inversor-Estado. Este es el caso de uno de los actuales mega acuerdos, el Acuerdo de Asociación Transpacífica (Acuerdo TPP por su sigla en inglés), cuyo tratado fundacional actualmente se encuentra en proceso de ratificación. Este tratado se caracteriza por las múltiples excepciones en todos los capítulos, incluso su preámbulo, ya sean excepciones a principios generales, excepciones a excepciones, exclusiones explícitas o implícitas, aclaraciones, limitación de la normativa aplicable, etc. (Bollyky, 2016). En materia de solución de controversias, existen excepciones de diversa índole, pero se destaca la innovación relativa a las medidas de control del tabaco (artículo 29.5), tal vez una de las pocas innovaciones introducidas por el acuerdo.

La norma indica que un Estado parte puede optar para que las medidas de control de tabaco que decida tomar no sean susceptibles de reclamaciones en el marco de la Sección B del Capítulo 9, y por tanto un inversor nacional de otro Estado parte no pueda iniciar un arbitraje por tales motivos. La opción puede ser ejercida en cualquier momento, incluso al inicio o durante el proceso arbitral.

La inclusión de esta disposición responde a las características especiales del tabaco, como único bien de consumo que cuenta con un tratado internacional que controla y previene su consumo (Bollyky, 2016), el CMCT, celebrado el 21 de mayo de 2003 y en vigor desde el 27 de febrero de 2005, que cuenta con 168 Estados signatarios.²⁷ Asimismo, dos controversias de inversiones relativas al tema fueron tomadas en cuenta por los redactores del acuerdo: el caso Philip Morris contra Uruguay y el caso Philip Morris contra Australia.

En este sentido, Australia y Nueva Zelanda fueron dos de los Estados parte del Acuerdo TPP que más presionaron para que la mencionada norma fuera una realidad.²⁸ Como se mencionara, el primer Estado tiene la experiencia de la demanda de Philip Morris a partir de la Ley de empaquetado genérico de los cigarrillos (2011) y sus normas modificatorias y complementarias. El argumento del inversor se basaba en la supuesta violación de las disposiciones del TBI Hong Kong-Australia relativas al trato justo y equitativo y expropiación de la

26 Este apartado sigue parte del artículo Bas Vilizzio, Magdalena (2016b). Solución de controversias inversor-Estado en los nuevos tratados de integración regional: el caso del Acuerdo de Asociación Transpacífico. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, n.º 8, 2016, 246-264, sin abarcarlo en su totalidad.

27 Información disponible en el sitio web de la OMS: <http://www.who.int/fctc/signatories_parties/es/> (Consulta: 20.04.17).

28 Independientemente del impulso de Australia y Nueva Zelanda en este punto, son interesantes los cambios que este tratado implica a la posición de ambos frente a la solución de controversias inversor-Estado. Según Álvarez, ambos países optaron por excluirla de los TBIs celebrados desde el año 2011 (año en que se oficializa la demanda de Philip Morris Asia). En este sentido ver Álvarez (2016: 31).

propiedad intelectual. El 17 de diciembre de 2015 el tribunal aceptó la objeción de Australia en relación a que constituye abuso de derecho que el demandante realizara una reestructuración en Hong Kong, poco antes del inicio del arbitraje.

El caso de Nueva Zelanda, diferente al anterior, se centra en que en vistas de la demanda recibida por su vecino, el Gobierno decide suspender la sanción de una norma sobre empaque genérico de cigarrillos hasta tanto no fuera emitido el laudo del arbitraje contra Australia. Un mes después de concluido el caso, el primer ministro neozelandés anuncia públicamente que la ley de empaque genérico será sancionada a fines de 2016 (McHaffie, 2016). Este hecho confirma las ideas propuestas por el experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo de Naciones Unidas, Alfred-Maurice de Zayas, al sostener que las demandas o amenazas de demandas en áreas de interés público pueden derivar en una parálisis o congelación normativa (ONU, 2015: 15).

En suma, siguiendo a Johnson y Sachs (2015: 3) puede señalarse que la excepción de las medidas de control del tabaco es necesaria para proteger a los Estados de reclamos de las tabacaleras, como los casos de Uruguay y Australia, pero que el acuerdo pierde la oportunidad de pronunciarse sobre otras áreas objeto de políticas públicas soberanas, como ser el medio ambiente, la salud en general o la seguridad pública.

4.4. Nuevas estructuras institucionales

El borrador del capítulo de inversiones presentado por la Comisión Europea en el marco de las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP por su sigla en inglés) presenta una segunda posición que propone avanzar hacia la construcción de una nueva estructura institucional entre ambas partes del acuerdo, esto es, un sistema de cortes de inversiones. Si bien el texto difundido el 16 de setiembre de 2015 no es el texto oficial del borrador, es el documento de discusión entre los miembros de la Unión Europea (UE) y recoge los resultados de la consulta pública en línea relativa a la protección de inversiones y el sistema de solución de controversias inversor-Estado en el mencionado acuerdo, desarrollada entre el 13 de marzo y 14 de julio de 2014.²⁹

El sistema de cortes de inversiones, previsto en la Sección III del Capítulo II (Inversiones), se compone por dos niveles: un Tribunal de Primera Instancia (artículo 9) compuesto por quince jueces (cinco nacionales de la UE, cinco de Estados Unidos, y cinco de terceros Estados). Los jueces deben poseer las calificaciones requeridas en el país de su nacionalidad para ser juez o ser juristas de reconocida competencia, y son elegidos por un período de seis años renovable por una única vez. Asimismo, cada caso concreto será resuelto por tres de los

29 La metodología aplicada y los resultados de la consulta pública están disponibles en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153304.pdf> (Consulta: 26.09.16).

quince jueces, manteniéndose las proporciones de nacionalidades previstas para el tribunal en pleno, y será presidido por el juez nacional del tercer Estado.

Adicionalmente, el texto prevé un Tribunal de Apelaciones permanente (artículo 10), cuya función es officiar de segunda instancia ante los fallos del Tribunal de Primera Instancia. El hecho que sea un Tribunal permanente mitiga parte de las críticas al actual sistema de solución de controversias inversor-Estado, especialmente el CIADI, dado que los tribunales se conforman para el caso concreto y carece de una instancia de apelación.

Cabe destacar que el Tribunal de Apelaciones está compuesto por seis miembros (dos nacionales de la UE, dos de Estados Unidos, y dos de terceros Estados), pudiéndose elevar su número en múltiplos de tres. También es exigido que los miembros cuenten con calificaciones para ocupar los más altos tribunales judiciales de su país o sean juristas de reconocida competencia, y sean elegidos por un período de seis años renovable por una única vez.

Con el fin de garantizar la transparencia en los procedimientos y la independencia de tanto los jueces del Tribunal de Primera Instancia como los miembros del Tribunal de Apelaciones, estos deberán seguir un estricto Código de Conducta y no podrán actuar como abogados en ningún caso nuevo o pendiente bajo el acuerdo en cuestión o cualquier otro, así como las jurisdicciones domésticas (artículo 10). Este punto es crucial en el sistema, ya que es una de las críticas más fuertes al actual sistema de solución de controversias inversor-Estado, en particular desde la sociedad civil organizada.³⁰

Esta propuesta de una nueva estructura institucional ha generado algunas críticas en la doctrina. Se destaca, en primer lugar, el análisis de Sornarajah (2016) que considera que el sistema propuesto no resuelve los problemas de los mecanismos actuales, dado que *per se* no asegura legitimidad, no hay una determinación clara de la distribución geográfica de los jueces o miembros que corresponden a terceros Estados, y si la hubiera, se tratará de una minoría cuya incidencia no pesa en las decisiones finales. Asimismo, en relación a dichas decisiones, autores como Gaffney (2016) consideran que el borrador se queda a mitad de camino entre la construcción de un nuevo sistema y la permanencia en el actual.

Un análisis de la nueva institucionalidad debe ser complementado con la propuesta de la Comisión Europea a nivel multilateral. En este sentido, la institución ha planteado su interés de trabajar con otros Estados y en forma paralela en la conformación de un tribunal internacional de inversiones de carácter multilateral y permanente. Esta idea además de estar reflejada en el comunicado de prensa que introduce el nuevo sistema de cortes de inversión del Acuerdo TTIP,³¹ va de la mano con el artículo 12 del mencionado borrador, en el entendido de

30 En este sentido ver especialmente el informe elaborado por la organización no gubernamental The Transnational Institute (Eberhardt y Olivet, 2012: 34-55).

31 El comunicado de prensa de la Comisión Europea de fecha 16 de setiembre de 2015 se encuentra disponible en: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_es.htm> (Consulta 26.09.16).

que dichas normas dejarán de aplicarse de entrar en vigor un instrumento jurídico internacional que prevea un tribunal multilateral de inversiones o regule un mecanismo multilateral de apelación.

Dado que el sistema multilateral tiene como fin sustituir a los actuales mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, es posible concluir que el sistema bilateral estará supeditado a un eventual sistema multilateral hacia donde caminan los debates sobre la reforma de los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado.

4.5. Exclusión de los mecanismos del arbitraje inversor-Estado de los acuerdos de protección de inversiones

Finalmente, en tercer lugar puede citarse la posición más extrema, esto es, el nuevo modelo de acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones de Brasil, los ACFI, que elimina de su articulado el tradicional arbitraje inversor-Estado. A octubre de 2016, Brasil ha firmado seis ACFI, tres con Estados africanos, esto es, Mozambique (30 de marzo de 2015), Angola (1 de abril de 2015) y Malawi (25 de junio de 2015), y tres con Estados sudamericanos, a saber: México (26 de mayo de 2015), Colombia (9 de octubre de 2015) y Chile (23 de noviembre de 2015). Se encuentran en negociación los acuerdos con otros africanos, esto es, Argelia, Marruecos, Sudáfrica y Túnez (Hamilton y Grando, 2016: 14).

Históricamente Brasil fue un externo al sistema de solución de controversias inversor-Estado, puesto que si bien celebra 14 tratados bilaterales de inversión entre 1994 y 1999,³² cuando seis de ellos llegan al Congreso Brasileiro,³³ un Grupo de Trabajo Interministerial, creado durante la Presidencia de Cardozo, concluye que es conveniente retirar estos tratados del Congreso por violar normas constitucionales (Actis, 2014: 23).

No obstante, dado que en la última década el flujo de inversiones en Brasil ha dejado de ser exclusivamente unidireccional para ser bidireccional, la dirección de la Secretaría de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio elabora, en el año 2014, un nuevo modelo de tratado de inversiones. Este excluye los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, previendo únicamente un sistema de prevención de controversias Estado-Estado basado en: 1) la existencia de puntos focales u *Ombudsmen* (defensores del pueblo) en cada Estado para la prevención de disputas y facilitación de su resolución; 2) la conformación de un Comité Conjunto, compuesto por representantes gubernamentales de ambos Estados, que se encarga de evaluar la

32 TBI celebrados con Alemania, Bélgica y Luxemburgo, Chile, República de Corea, Cuba, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suiza, Venezuela.

33 En 1996, los TBI con Suiza, Portugal, Chile y Reino Unido; y en 2000, con Francia y Alemania (De Azevedo, 2001: 6).

controversia mediante consultas y negociaciones entre las partes, como requisito previo para el inicio de la vía arbitral Estado-Estado.

Cada acuerdo presenta particularidades en el arbitraje Estado-Estado a destacar. Los ACFI firmados con Angola, Malawi y Mozambique prevén que si las partes deciden someterse al arbitraje pueden optar por cualquier mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones (artículos 15, 13 y 15 respectivamente). El ACFI con México, además de lo anterior, agrega la posibilidad de crear un tribunal arbitral *ad hoc* (artículo 19). Asimismo, el acuerdo celebrado con Colombia, por su parte, refiere al arbitraje mediante un tribunal *ad hoc* o, en su defecto, cualquier institución arbitral permanente (artículo 23). Asimismo, tiene la particularidad de excluir del arbitraje las siguientes áreas: responsabilidad social corporativa, lucha contra la corrupción y la ilegalidad, medio ambiente, asuntos laborales, salud y seguridad conforme a su regulación en el propio tratado.

En suma, los ACFI resuelven parte de los problemas tradicionalmente que atañen a los TBI, esto es, mitigan los riesgos y eventuales controversias con la presencia del *Ombudsman*; y eliminan las típicas cláusulas draconianas que brindan mayores ventajas a los inversores extranjeros frente a los nacionales (Actis, 2015: 29), como la posibilidad unilateral de presentar acciones ante tribunales arbitrales internacionales.

4.6. Iniciativas regionales

A nivel latinoamericano existen dos iniciativas nacidas en la región y concebidas con lógica regionales: el Centro de solución de controversias en materia de inversiones de la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) y el Observatorio del Sur.

En el primer caso, desde 2009 Ecuador impulsa la creación de una institución regional de solución de controversias en materia de inversiones, el Centro de solución de controversias en materia de inversiones de la UNASUR. Conforme al texto resultante de la reunión de agosto de 2013 relativa al Acuerdo constitutivo del Centro de solución de controversias en materia de inversiones de la UNASUR al cual se tuvo acceso, el centro tiene como competencia la resolución de controversias inversor-Estado y controversias entre Estados mediante facilitación, conciliación y arbitraje (artículos 2.1 y 13).

Asimismo, el artículo 10 establece la facultad del Estado de exigir el agotamiento previo de la jurisdicción doméstica para someter una controversia inversor-Estado a conciliación o arbitraje. La facultad debe ser ejercida al momento de otorgar la prórroga de jurisdicción a favor del Centro, contenida en un tratado, contrato, declaración específica u otros actos jurídicos (artículo 5), como ser TBI, capítulos de inversiones en acuerdos multilaterales o tratados de libre comercio, leyes domésticas de inversiones, contratos entre inversores y Estados, entre otros.

De acuerdo a datos de la Cancillería ecuatoriana, si bien el Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel, concluyó, a nivel técnico, la elaboración del texto del acuerdo constitutivo en noviembre de 2014,³⁴ dicho texto continúa siendo objeto de negociación a nivel político por tanto su versión final no ha sido dada a publicidad.

La segunda iniciativa destacable es el Observatorio del Sur, instancia de estudio y discusión de la temática en la región impulsada por Venezuela. En este sentido, el 10 de setiembre de 2014 es creado el Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales, en el seno de la II Conferencia Ministerial de Estados Afectados por Intereses Transnacionales desarrollada en Caracas. En la conferencia participan Ecuador, República Dominicana, Cuba, Bolivia, San Vicente y las Granadinas y Venezuela (Estados suscriptores de la I Conferencia Ministerial de Estados Afectados por Intereses Transnacionales celebrada en Guayaquil, el 22 de abril de 2013),³⁵ representantes de Guatemala, El Salvador, Argentina, México y Honduras (Estados observadores), y Antigua y Barbuda, Granada, Uruguay,³⁶ Angola, Argelia, Barbados, Qatar, Chile, Colombia, Indonesia, Jamaica, Laos, Malasia, Namibia, Palestina, Paraguay, Perú, Zimbabue, Costa Rica, Panamá, India y Rusia (Estados invitados).

En la I Conferencia se establecieron como objetivos del observatorio, entre otros, 1) dar cuenta de las controversias internacionales en materia de inversiones; 2) identificar procedimientos de monitoreo de los foros internacionales de arbitraje en materia de inversiones; 3) analizar y proponer una reforma a los foros existentes; 4) analizar y apoyar la creación de mecanismos alternativos de solución de disputas inversor-Estado; 5) ser un foro de intercambio para expertos en controversias de inversiones de los países del Sur; 6) promover mecanismos de coordinación y consulta entre los sistemas judiciales latinoamericanos; 7) elaborar un compendio de normativa, políticas y tratados internacionales relativos a la materia en pro de la adopción de estrategias conjuntas; 8) analizar y crear estrategias conjuntas por parte de los Estados; 9) examinar y asesorar a los Estados en relación a los contratos comerciales y de inversiones con empresas transnacionales; 10) establecer mecanismos de interlocución con movimientos sociales. En definitiva, el observatorio busca constituirse como una «plataforma de generación de debates, discusiones, reflexiones e intercambio de conocimientos y experiencias en materia de inversiones entre los países del Sur» (punto 3 de la Declaración de la II Conferencia).

34 Información disponible en: <<http://www.cancilleria.gob.ec/expertosdeunasurconsolidantextoparalacreaciondelcentrodesoluciondecontroversiasenmateriadeinversiones/>> (Consulta: 12.03.2017).

35 El texto completo de la declaración de la I Conferencia puede encontrarse en: <http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/22abr_declaracion_transnacionales_esp.pdf> (Consulta: 12.03.2017). Además de los Estados suscriptores, participan como invitados: Argentina, Guatemala, El Salvador, Honduras y México.

36 Uruguay se incorpora como Estado observador en la II Conferencia (punto 6 de la declaración).

4.7. Convención de Mauricio

La constatación de que el sistema de resolución de controversias inversor-Estado se encuentra en crisis, ha llevado a algunos actores, intergubernamentales de relevancia a tomar algunas iniciativas de carácter global. Se pretende ordenar y en cierta forma mitigar la dispersión de normas bilaterales como su aplicación contradictoria. Es en ese sentido que uno de los órganos subsidiarios de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional la (UNCITRAL por su sigla en inglés), ha realizado una contribución en concreto: el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado el 11 de julio de 2013.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio)³⁷ tiene como fin la aplicación del mencionado reglamento a los arbitrajes inversor-Estado surgidos con base en tratados celebrados antes del 1 de abril de 2014. Por tanto se trata de un acuerdo de carácter instrumental o subsiguiente pues habilita que la norma se aplique a todo arbitraje entre inversores y Estados.

No obstante, dado que el acuerdo permite diversos tipos de exclusiones como reservas, y al mismo tiempo una posibilidad de aceptación unilateral del régimen más allá de los acuerdos bilaterales, genera en definitiva la situación que aún en el caso que tuviera ratificación masiva, cosa que aún no ha sucedido, sería necesario analizar caso por caso si corresponde aplicarlo.

La estrategia de UNCITRAL sigue la lógica de intentar brindar un marco general que abarque la totalidad de los acuerdos, a través de una reforma del sistema con normas generales externas a los tratados de inversión, en tanto una importante mayoría de Estados accedieran a la citada Convención. Esto lleva a que parte de la doctrina haya valorado positivamente la formalización de la iniciativa, más allá de sus aspectos concretos en relación a los contenidos sustantivos de la Convención, sobre la transparencia, en tanto pueda permitir la posibilidad de moverse de un esquema bilateral a uno multilateral (Kaufman-Kohler y Podestá, 2016).

Por su parte la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por su sigla en inglés) realiza una interpretación similar al ubicar la iniciativa de la UNCITRAL como una de las acciones de carácter multilateral que promueven la reforma del sistema del régimen de los acuerdos internacionales de inversiones (UNCTAD, 2016: 11).

37 La Convención de Mauricio es adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2014, y se abrió para la firma en Port Louis (Mauricio) el 17 de marzo de 2015. A la fecha de cierre de este informe cuenta con 19 países signatarios, y aunque tiene un umbral de vigencia mínimo, tan solo alcanza que tres Estados lo ratifiquen, lo han ratificado tan solo dos: Mauricio el primero y luego Canadá. Información disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html> (Consulta 12.03.2017).

Reflexiones finales

El trabajo presentado abordó el actual mecanismo de solución de controversias inversor-Estado en su dimensión fáctica, normativa y valorativa en pos de aportar al estudio de este desde la perspectiva de los derechos humanos.

El mundo en el que vivimos es producto de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, la transnacionalización de los transportes, el comercio y las finanzas. Estos fenómenos que no empezaron ayer han hecho un planeta más global e interconectado. Es en esta realidad que opera el derecho internacional incluidos tanto la protección de los derechos humanos como los acuerdos de protección de inversiones.

En todo conflicto entre personas y en este caso entre Estados e inversores, el Derecho debe acudir a su resolución. El ideal es que sea sobre normas preestablecidas que garanticen la igualdad procesal entre las partes así como la equidad en la solución, más aún, tratándose de valores que merezcan idéntica consideración y protección jurídica.

Si los derechos humanos son bienes jurídicamente protegidos por todos los Estados de la comunidad internacional y estos son interdependientes e intransferibles por su condición de ser inherentes al ser humano por el solo hecho de serlo, no puede sostenerse como parecería que funciona en el marco de los tribunales arbitrales que sean ajenos a las disputas que tienen en el centro políticas públicas como entre otros el acceso al agua potable, al medio ambiente y a la salud.

En los casos reseñados de demandas presentadas ante los tribunales arbitrales, contra Bolivia, Sudáfrica y Uruguay se observa una total falta de empatía con un razonamiento jurídico que incorpore una visión integradora del Derecho y de las normas que protegen la dignidad humana.

Los esfuerzos de académicos como los de Petermann y Kube, Dupuy y Viñuales y Butler son coincidentes en una noción integradora del Derecho Internacional no aceptando una supuesta fragmentación que prioriza la defensa del capital lisa y llanamente. Es más, esa lógica, no podrá sostenerse en el tiempo como una solución aceptable para la comunidad internacional. El sistema genera alta volatilidad en las decisiones y además más allá de haber sido pensado y promovido por los países exportadores de capital y desarrollados frente a los necesidades de inversión, tecnología y mercado, actualmente observan que los efectos pueden ser devastadores para políticas públicas promovidas por su sociedad política. Sumado al hecho de que las corporaciones transnacionales han colonizado el ambiente arbitral y comienzan a ser percibidos como vectores contraproducentes a los intereses de los mismos Estados que les dieron origen.

En este sentido aún en forma tenue, el fallo que laudó la demanda de Philip Morris contra Uruguay es un hilo de esperanza en tanto ratificó el poder de policía en materia de salud frente a una de las transnacionales más poderosas del planeta.

Más allá del impacto específico del laudo arbitral en Uruguay y de sus políticas públicas en materia de consumo de tabaco, el litigio ubicó en el centro de la polémica la utilización del sistema de controversias para fines más allá de la resolución de un conflicto concreto. El proceso demostró cómo en principio una cuestión técnica fue utilizada abusivamente para erosionar el principio fundante de la soberanía estatal en relación a su población y como columna vertebral del sistema que conforma la comunidad internacional.

Los Estados son construcciones humanas y por ello no son un paraíso terrenal. Algunos son respetuosos de los derechos humanos y otros presentan graves y sistemáticas violaciones, que en algunos casos devienen descarriados y se constituyen en regímenes terroristas que se encuentran en las antípodas de la dignidad humana. No obstante, en la diversidad del crisol de sistemas jurídicos y de gobierno, es el Estado hasta ahora el único vector articulador de los principios civilizatorios que se reflejan en la comunidad internacional a través de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. No puede haber por fuera desde el plano conceptual un régimen jurídico que se pretenda de derecho que ignore tales premisas.

La afirmación de que los tribunales de resolución de controversias inversor-Estado deben incorporar en el razonamiento jurídico, en la interpretación y aplicación de esta los estándares inequívocos de derechos integrados en los principios de la Corte Internacional de Justicia, como la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, es una condición fundamental para convertir el sistema de resolución de controversias en un espacio que se aproxime a uno justo e imparcial y se aleje del simple capricho de unos pocos decisores que además no rinden ningún tipo de cuentas de su accionar.

Esta adecuación es fundamental, pero no es suficiente. Se trata de incorporar a una visión integradora del Derecho desde el punto de vista de la dignidad humana, como en el razonamiento jurídico, aspectos materiales elementales que hacen que el sistema sea verdaderamente un espacio de decisión garantista en forma adecuada a los diversos actores que participan en la materia. No es posible soslayar elementos fácticos que son determinantes al funcionamiento del sistema tales como que los árbitros sean mayoritariamente hombres excluyendo en forma patente a las mujeres, que sean además de algunos países del Norte del planeta vinculados a las elites de gobierno, centros de poder económico y financiero y por defecto a un círculo pequeño de escuelas de Derecho de unas pocas universidades.

De no cambiar y de generar mecanismos que democratizen el sistema desde su base, los niveles de radicalización y reacción para promover reformas serán de tal entidad que el sistema, en pocos años, será considerado absolutamente contraproducente para un mínimo sentir de justicia y equidad en la resolución de controversias que afectan necesariamente bienes públicos y valores que hacen a la dignidad humana. Los cambios en la reglamentación nacional e internacional sobre secreto bancario son un buen ejemplo de cómo

rápidamente pueden cambiar los marcos institucionales bajo la presión de la convicción de que el sistema existente beneficia tan solo a unos pocos y no tiene beneficios agregados.

El trabajo presentado no es solo un simple diagnóstico sobre la situación del sistema de resolución de controversias inversor-Estado, sino que identifica los posibles caminos a explorar en su transformación. Ello debe ser necesariamente un esfuerzo relevante para que el sistema contemple los valores de justicia y de dignidad humana internacional y regionalmente aceptados y al mismo tiempo brinde garantías tanto al inversor como a los Estados y coadyuven así al desarrollo y bienestar de los pueblos.

Referencias bibliográficas

- ACTIS, Esteban (2015). Brasil frente al orden internacional liberal (2011-2013). Los límites de la posición reformista a la luz del régimen internacional de inversiones. *Mural Internacional*, Vol. 6, N.º 1, 22-34. Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponible en: <10.12957/rmi.2015.12838> (Consulta: 09.10.2015).
- (2014). Brasil y la promoción de Tratados Bilaterales de Inversión: El fin de la disyuntiva. *Latin American Journal of International Affairs*, Vol. 6, N.º 1, 18-33. Disponible en: <http://www.lajia.net/volumenes/LAJIA%20vol6%20n1%20Arto2.pdf?attredirects=0&d=1> (Consulta: 19.11.2014).
- ALVAREZ, José A. (2016). Is the Trans-Pacific Partnership's investment chapter the new «gold standard»? *Working Paper ILLJ 2016/3 MegaRed Series*. Nueva York: New York University, School of Law. Disponible en: <https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Alvarez_ILLJ-MegaReg_2016-3.pdf> (Consulta: 01.07.2016).
- ARATO, Julian (2015). Corporations as Lawmakers. *Harvard International Law Journal*. Summer 2015. Vol. 56, N.º 2, 229-295. Boston: Harvard University.
- BANIFATEMI, Yas (2009). The emerging jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in investment arbitration. En: BJORKLUND, Andrea y otros (Edit.). *Investment Treaty Law. Current Issues III – Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, 241-273. Londres: BIICL.
- BAS VILIZIO, Magdalena (2017). Empresas transnacionales como sujetos de Derecho Internacional: aportes para la discusión desde el arbitraje inversor-Estado. *Suplemento Trimestral de Derecho Internacional Público de elDial.com*, DC2424, publicado 26 de octubre de 2017.
- (2015). Algunas reflexiones en torno al retiro de Bolivia, Ecuador y Venezuela del CIADI. *Revista Densidades*, N.º 17, mayo 2015, 51-67. Buenos Aires. Disponible en: <https://issuu.com/densidades/docs/densidades_n_17> (Consulta: 03.03.2015).
- BERMEJO GARCÍA, Romualdo (2015). «Las empresas transnacionales como actores y sujetos "potenciales" en la sociedad internacional». En: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen y otros (Coord.) *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, 90-116. Colección Gregorio Peces-Barba (2), Madrid: Dpto. de Derecho Internacional, Universidad Carlos III.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie (2015). Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión. *InvestmentTreaty News*, N.º 2, T. 6, mayo 2015, 6-8. Ginebra: Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-sp.pdf> (Consulta 30.01.2017).
- BOLLYKY, Thomas J. (2016, 4 de febrero). TPP tobacco exception proves the new rule in trade. *Council for Foreign Relations*, 4 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.cfr.org/trade/tpp-tobacco-exception-proves-new-rule-trade/p37509> (Consulta: 09.07.2016).
- BOND, Patricia y SHARIFE, Khadija (2009). Apartheid reparations and the contestation of corporate power in Africa. *Review of African Political Economy*, no. 119, 115-137. Roape Publications. Disponible en: <http://ccs.ukzn.ac.za/files/Bond%20Sharife%20Roape%20reparations.pdf> (Consulta: 04.01.2017).
- BROWNLIE, Ian (2008). *Principles of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

- BUTLER, Petra (2016). Red Riding Hood - Is Investor-State Arbitration the Big Bad Wolf? *Penn State Yearbook of Arbitration and Mediation* (en prensa). Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2787459>> (Consulta: 15.03.2017).
- CARIM, Xavier (2015). International investment agreements and Africa's structural transformation: a perspective from South Africa. *Investment Policy Brief*, N.º 4, agosto 2015. Ginebra: South Center. Disponible en: <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf> (Consulta: 04.01.2017).
- CIADI (2016). *Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2016, N.º 2)*. Disponible en: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20\(Spanish\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20(Spanish)%20Final.pdf)> (Consulta: 01.09.2016).
- DE AZEVEDO, Déborah Bithiah (2001). *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Brasil. Disponible en: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>> (Consulta: 31.05.2014).
- DUPUY, Pierre Marie y Viñuales, Jorge E. (2015). *Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress*. En: BUNGENBERG, Marc y Otros (Edits.), *International Investment Law*, 1739-1767. Baden-Baden: Nomos.
- DUPUY, Pierre-Marie y Otros (2009). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford Press.
- ECHAIDE, Javier (2014). Sobre el derecho humano al agua y la fragmentación del Derecho Internacional: el régimen internacional de protección de inversiones vis-à-vis las obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos. *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales «Ambrosio L. Gioja»*, Año VIII, N.º 12, 140-162. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/80/61>> (Consulta: 03.03.2017).
- GAFFNEY, John (2016). The EU proposal for an Investment Court System: what lessons can be learned from the Arab Investment Court? *Columbia FDI Perspectives*, N.º 181. Nueva York: Columbia Center on Sustainable Development. Disponible en: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/Perspective-Gaffney-Final-Formatted.pdf>> (Consulta: 26.09.2016).
- GREENWOOD, Lucy y BAKER, C. Mark (2012). Getting a better balance on international arbitration tribunals. *Arbitration International. The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 28, N.º 4, 653-667. Disponible en: <http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/Articles/ARBI%2028-4_Lucy%20Greenwood_Offprint.pdf> (Consulta: 04.09.2016).
- HAMILTON, Jonathan y GRANDO, Michelle (2016). O modelo de proteção de investimentos do Brasil: os novos acordos internacionais. *Pontes*, Vol. 12, N.º 1, 13 - 17. Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). Disponible en: <http://www.ictsd.org/sites/default/files/review/Pontes_12-1.pdf> (Consulta: 26.09.2016).
- JOHNSON, Lise y SACHS, Lisa (2015). *The TPP's investment chapter: entrenching, rather and reforming, a flawed system*. ccsi Policy Paper. Columbia Center on Sustainable Investment. Nueva York: Columbia University. Disponible en: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/11/TPP-entrenching-flaws-21-Nov-FINAL.pdf>> (Consulta: 01.07.2016).

- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y POTESTÀ, Michele (2016). *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*. Ginebra: University of Geneva - Center for International Dispute Settlement, Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionersessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf> (Consulta: 04.09.2016).
- KUBE, Vivian y PETERSMANN, Ernest-Ulrich (2016). Human Rights Law in International Investment Arbitration. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 11.1, 65-113. Taipei: Asian Center for wto & International Health Law and Policy, National Taiwan University College of Law. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2763634>> (Consulta: 08.09.2016).
- MCHAFFIE, Kate (2016, 18 de febrero). New Zealand to implement plain packaging for tobacco. *Lexology*, 18 de febrero de 2016. Disponible en: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2f267230-efb7-4348-bb47-ee53c89bd601>> (Consulta: 09.05.2016).
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia (2008). Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado. En: VALDOMIR, Sebastián y SANTOS, Carlos (Edición General). *Soberanía de los pueblos o intereses empresariales*, 103-128. Montevideo: Fundación Solón, Redes Amigos de la Tierra, Uruguay Sustentable, Amigos de la Tierra. Disponible en: <http://209.62.67.242/wp-content/uploads/2008/08/libro_ciadi.pdf> (Consulta: 25.02.2015).
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador (2015). *El caso Chevron /Texaco en Ecuador. Una lucha por la justicia ambiental y social*. Disponible en: <<http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/06/Expediente-Caso-Chevron-abril-2015.pdf>> (Consulta: 10.12.2016).
- ONU (2015). *Cuarto reporte del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*. Documento A/70/285. Nueva York: ONU. Disponible en: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&referer=http://www.ohchr.org/EN/Issues/IntOrder/Pages/IEInternationalorderIndex.aspx&Lang=S> (Consulta 02.02.2016).
- (2006). Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional. En: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 58ª período de sesiones*, Vol. II-Segunda parte, Capítulo XII, 192-202. Disponible en: <<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/>> (Consulta 01.03.2016).
- ORELLANA LÓPEZ, Aldo (2014). *Bolivia denuncia sus tratados bilaterales de inversión e intenta poner fin al poder de las corporaciones para demandar al país en Tribunales Internacionales*. Red por la Justicia Social en la Inversión Global. Disponible en: <<http://justinvestment.org/wp-content/uploads/2014/07/Bolivia-denuncia-sus-Tratados-Bilaterales-de-Inversi%C3%B3n-e-intenta-poner-fin-al-poder-de-las-corporaciones-para-demandar-al-pa%C3%ADs-en-Tribunales-Internacionales1.pdf>> (Consulta: 14.12.2014).
- PÉREZ BERNADEZ, Carmela (2010). «Tema 16: Otros sujetos no estatales». En: SÁNCHEZ, Víctor M. (Dir.). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Huygens Editorial.
- PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo (2008). El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. *Anuario mexicano de derecho internacional*, Vol. 8, enero 2008.

- PETERSMANN, Ernest-Ulrich (2016). How to reconcile Health Law and Economic Law with human rights? Administration of justice in tobacco control disputes. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 10.2, 27-78. Taipei: Asian Center for WTO & International Health Law and Policy, National Taiwan University College of Law. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2763634>> (Consulta: 08.09.2016).
- PUIG, Sergio (2014). Social Capital in the Arbitration Market. *The European Journal of International Law*, Vol. 25, N.º 2, 387-424. Oxford University Press. Disponible en: <<http://www.ejil.org/pdfs/25/2/2495.pdf>> (Consulta 04.09.2016).
- RODRÍGUEZ, Gabriela (2014). Artículo 29, Normas de Interpretación. STEINER, Christian URIBE, Patricia (Editores) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenaur. Disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826> (Consulta 27.04.2017).
- SCHILL, Stephan (2015). *Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward*. Documento de trabajo de The E15 Initiative. Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) y World Economic Forum. Disponible en: <<http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/07/E15-Investment-Schill-FINAL.pdf>> (Consulta: 14.04.2016).
- SHULTZ, Jim (2008). La guerra del agua en Cochabamba y sus secuelas. En: SHULTZ, Jim y CRANE DRAPER, Melissa (Edit.) *Desafiando la globalización. Historias de la experiencia boliviana*. La Paz: The Democracy Center, Plural Editores.
- SNIDER, Thomas (2016). South Africa Adopts New Investment Law Following Phase Out of BITs. *Practical Law*. Disponible en: <<http://us.practicallaw.com/w-001-4604>> (Consulta: 26.01.2017).
- SCHILL, Stephan (2015). *Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward*. Documento de trabajo de The E15 Initiative. Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) y World Economic Forum. Disponible en: <<http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/07/E15-Investment-Schill-FINAL.pdf>> (Consulta: 14.04.2016).
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2016). An International Investment Court: panacea or purgatory? *Columbia FDI Perspectives* N.º 180. Nueva York: Columbia Center on Sustainable Development. Disponible en: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf>> (Consulta: 26.09.16).
- (2010). *The international law on foreign investment*. Tercera edición. Cambridge: Cambridge University Press.
- UNCTAD (2016). *Taking Stock of IIA Reform, IIA Issue Note* N.º 1, Marzo 2016. Ginebra: UNCTAD. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d3_en.pdf> (Consulta: 12.03.2017).
- Universidad de Waterloo, CIET y UDELAR (2014). *Informe Nacional ITC Uruguay*. Resultados de los Relevamientos 1 a 4 de la Encuesta (2006-2012). Montevideo. Disponible en: <http://www.msp.gub.uy/sites/default/files/archivos_adjuntos/ITC%20Uruguay%20Report-Spanish-Aug15v10.pdf> (Consulta 16.08.16).
- UVAL, Natalia (2016, 9 de Agosto). Goodbye, CIADI. *La Diaria*, 9 de Agosto de 2016. Disponible en: <<https://ladiaria.com.uy/articulo/2016/8/goodbye-ciadi/>> (Consulta: 03.05.2017).

- VÁSQUEZ, María Fernanda (2006). Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad. *Revista Derecho de la Empresa Legis*. N.º 8, Octubre-diciembre 2006. Santiago de Chile. Disponible en: <http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi/arbitraje_ante_el_ciadi.asp> (Consulta: 01.06.2015).
- VÁSQUEZ, Tabaré (2009). *Discurso ante la 64ª Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas*, 23 de setiembre de 2009. Disponible en: <<http://uruguayescribe.com/2009/09/23/discurso-del-presidente-dr-tabare-vazquez-En-la-onu-el-23-setiembre-2009/>> (Consulta: 14.07.2015).

Casos arbitrales citados

- CIADI. Caso número ARB/10/7: *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra Uruguay*. Laudo del 8 de julio de 2016 disponible en: <https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa1.pdf> (Consulta: 08.07.2016).
- _____ Caso número ARB(AF)/07/1: *Piero Foresti, Laura de Carli y otros contra República de Sudáfrica*. Laudo del 4 de agosto de 2010 disponible en: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>> (Consulta: 08.02.2017).
- _____ Caso número ARB/02/3: *Aguas del Tunari SA contra Bolivia*. Información disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casetail.aspx?CaseNo=ARB/02/3>> (Consulta: 28.02.17).
- CPA. Caso 2012-12: *Philip Morris Asia Limited contra la Mancomunidad de Australia*. Laudo de jurisdicción y admisibilidad del 17 de diciembre de 2015 disponible en: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/1711>> (Consulta: 16.04.2017).
- _____ Caso 2012-12: *Philip Morris Asia Limited contra la Mancomunidad de Australia*. Notificación de arbitraje de los demandantes del 22 de noviembre de 2011 disponible en: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf>> (Consulta: 16.04.2017).
- _____ Caso 2009-23: *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company contra Ecuador (Chevron III)*. Decisión sobre el Track B1 del 12 de marzo de 2012 disponible en: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4222.pdf>> (Consulta: 16.04.2017).
- _____ Caso 2009-23: *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company contra Ecuador (Chevron III)*. Notificación de arbitraje de los demandantes del 23 de setiembre de 2009 disponible en: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0156.pdf>> (Consulta: 16.04.2017).

ANEXOS

Anexo I. Entrevistados

Butler, Petra

Se especializa en derechos humanos, derecho comparado en derecho privado y público, derecho privado internacional con énfasis en derecho contractual comercial. Es docente y consultora en materia de enriquecimiento ilícito. Ha publicado en revistas especializadas y es coautora con A. Butler, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: a commentary* (Lexis Nexis, 2015) y P. Schlechtriem, *UN Law on International Sales*. Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Victoria en Wellington, Nueva Zelanda y ha sido profesora visitante en Universidad China de Ciencia Política y Derecho en Pekín, de Melbourne, Adelaide, la escuela de Derecho de Bucerius en Hamburgo, la Universidad de Navarra, Pamplona, y la Escuela de Derecho de la Universidad de Northwestern de Chicago.

Garro, Alejandro

Es Adjunct Professor y Senior Research Scholar del Parker School of Foreign and comparative Law de la Universidad de Columbia desde 1981. Con anterioridad a esa fecha, fue profesor en Louisiana State University School of Law. Miembro del grupo de expertos de UNIDROIT en la preparación de los Principios Internacionales de Contratos. Miembro del VI grupo de trabajo de UNCITRAL que actualmente está preparando la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias. Miembro de Arbitration Panels, American Arbitration Association, National Futures Association, Federación Argentina de Arbitraje y Conciliación, International Chamber Of Commerce, London Court of International Arbitration y NASD Dispute Resolution Center.

Anexo II. Síntesis del laudo del caso Philip Morris contra Uruguay³⁸

Demandante	Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A.
Demandado	República Oriental del Uruguay
Foro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)
No. de caso	ARB/10/7
Fecha de registro de la solicitud de arbitraje	26 de marzo de 2010
Reglas de arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI de fecha 10 de abril de 2006
Miembros del tribunal	Prof. Piero Bernardini, Presidente (designado por el CIADI) Sr. Gary Born, Árbitro (designado por las demandantes) Juez James Crawford, Árbitro (designado por la demandada)
Fecha de entrega del laudo a las partes	8 de julio de 2016

Fuente: Elaborado por las estudiantes Gabriela Bustamante y Florencia Molina, bajo la orientación de la docente Magdalena Bas Vilizzio, a partir de datos del CIADI.

Introducción y partes

El caso fue presentado ante CIADI sobre la base del artículo 10 del Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay (TBI Uruguay-Suiza) y el artículo 36 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI).

Las demandantes son Philip Morris Brand Sarl-Suiza (PMB), Philip Morris Products S.A-Suiza (PMP) y Abal Hermanos S.A-(Abal), denominadas en forma conjunta como «Philip Morris». Es de importancia destacar que la sociedad matriz controlante de las demandantes, Philip Morris International Inc. (PMI), está constituida y tiene su sede social en los Estados Unidos. Por su parte, la demandada es la República Oriental del Uruguay.

38 Síntesis realizada por Gabriela Bustamante y Florencia Molina (Licenciatura en Relaciones Internacionales), editada por Magdalena Bas Vilizzio. El trabajo se enmarca en el Proyecto de Apoyo a la Investigación Estudiantil titulado «Philip Morris contra Uruguay: CIADI, soberanía y región», apoyado por la Comisión Sectorial de Investigación Científica de la Universidad de la República (Uruguay) - Llamado 2015, desarrollado entre abril y diciembre de 2016 bajo la orientación de la docente Magdalena Bas Vilizzio (Licenciatura en Relaciones Internacionales y Abogacía-Notariado, Facultad de Derecho, Universidad de la República).

Descripción general de la controversia y del petitorio de las partes

Conforme a las demandantes, la controversia surge en función de la sanción, por parte de Uruguay, de dos medidas de control del tabaco, las cuales determinan la presunta violación de las disposiciones del TBI Uruguay-Suiza en razón del tratado otorgado a las marcas comerciales registradas de las marcas de cigarrillos en las que las demandantes habían invertido. Dentro de estas medidas se encuentran la adopción por parte del Gobierno del requisito de la presentación única (RPU) que impide a las tabacaleras comercializar más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marcas, y el aumento en el tamaño de las advertencias sanitarias con imágenes que aparecen en las cajillas de cigarrillos (Regulación del 8o/8o) a las que se refiere en conjunto como las medidas impugnadas.

Las demandantes alegan que las medidas han afectado sustancialmente el valor de la compañía y que causo una privación de los derechos de propiedad intelectual de PMI y Abal, reduciendo aún más su inversión. Por tanto, entienden que las medidas impugnadas es una violación de las obligaciones de la demandada en virtud de los artículos 3, 5 y 11 del TBI en cuestión y les da derecho a compensación en virtud del tratado y el Derecho Internacional.

Las demandantes reclaman además una indemnización por los daños y perjuicios resultantes de estas presuntas violaciones. Sobre estas premisas solicitan que el tribunal o bien ordene que la demandada retire las regulaciones impugnadas o se abstenga de aplicarlas contra las inversiones de las demandantes y otorgue una indemnización por los daños sufridos hasta la fecha de este retiro o en subsidio, o bien se les otorgue una indemnización por daños de al menos USD 22.267 millones, además de intereses compuestos a devengarse desde la fecha de la violación hasta la fecha de pago del laudo, y otorgue a las demandantes la totalidad de sus honorarios y gastos, incluidos los honorarios de los abogados incurridos con relación a este arbitraje; y otorgue cualquier otra reparación que el tribuna considere justa y apropiada.

A su vez, Uruguay sostiene que las medidas impugnadas fueron adoptadas de conformidad con las obligaciones internacionales de Uruguay, entre las que se incluye en el TBI Uruguay-Suiza, con el único objeto de proteger la salud pública. Según Uruguay, ambas regulaciones fueron aplicadas de manera no discriminatoria a todas las compañías tabacaleras, correspondían a un ejercicio razonable y de buena fe de las prerrogativas soberanas de un Estado. Para la demandada este caso se trata de una forma de protección de la salud pública, no de una interferencia con las inversiones extranjeras. Sobre esta base afirma que los reclamos de las demandantes deberían desestimarse en su totalidad y se debería otorgar a Uruguay compensaciones por todos los gastos y costos relacionados con su defensa contra estos reclamos.

Antecedentes procesales

Figura 1. Principales antecedentes procesales del laudo del 8 de julio de 2016



Fuente: Elaborado por las estudiantes Gabriela Bustamante y Florencia Molina, bajo la orientación de la docente Magdalena Bas Vilizzio, a partir de datos del laudo del 8 de julio de 2016 del caso Philip Morris contra Uruguay.

Antecedentes de hecho

A. Las operaciones e inversiones de las demandantes en Uruguay

Abal se constituyó formalmente en 1945, siendo su actividad principal la fabricación de cigarrillos para exportación y venta local. En 1947 Abal fue adquirida por PMI, en 2010 PMB se convirtió en la propietaria directa del 100 % de las acciones de Abal. A partir del año 2005 Uruguay inició una campaña de control del tabaco y emitió decretos para regular la industria tabacalera. Entre los años 2008 y 2011 la fábrica generó ganancias de más de 30 millones de dólares y empleó alrededor de 100 personas. En octubre de 2011 Abal cerró su fábrica en Uruguay, desde entonces la actividad principal de Abal ha sido la importación de cigarrillos de su sociedad vinculada argentina, Massalin Particulares A.A para la venta en Uruguay y la reexportación.

Las demandantes afirman que sus inversiones en este arbitraje se componen de tres elementos principales: 1) la propia Abal, 2) los «activos de marca», lo que incluye los derechos de propiedad intelectual asociados a estos, de titularidad de las demandantes u otorgados bajo licencia a ellas, y 3) las plusvalía mercantil relacionada con las marcas demandantes.

B. Políticas de control del tabaco y marcos regulatorios aplicable en Uruguay

No hay desacuerdo entre las partes de que fumar cigarrillos y otros productos de tabaco representa un riesgo para la salud. Uruguay presenta uno de los índices de fumadores más elevados de América Latina, ocupando el tercer lugar en la región después de Chile y Bolivia. Hasta el año 2009, más de cinco mil uruguayos morían cada año de enfermedades vinculadas al consumo de tabaco, principalmente debido a enfermedades cardiovasculares y al cáncer. El consumo y la exposición al humo del tabaco son responsables del 15 % del total de las muertes de uruguayos de 30 años de edad.

En este marco, Uruguay adoptó una serie de medidas regulatorias de control del tabaco cada vez más severas, lo que incluye restricciones sobre publicidad, advertencias sanitarias obligatorias, mayor imposición tributaria, y prohibiciones de fumar en lugares cerrados. Además a partir del año 2000, implementó una serie de políticas que se tradujeron en la creación de una serie de grupos y agencias gubernamentales y no gubernamentales de expertos que se concentraron en el estudio y la prevención del consumo de tabaco.

Marco Regulatorio Internacional

El 21 de mayo de 2013 la Organización Mundial de la Salud (OMS) celebró el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT). Uruguay suscribió el 19 de junio de 2003 y lo ratificó el 9 de septiembre de 2004. En dicho convenio se estipula entre otras cosas que para proteger mejor la salud humana, se alienta a

las partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas en el convenio y sus protocolos (artículo 2). Se establecen en el artículo 4 los principios básicos que regulan el convenio, señalando que todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco y gubernamentalmente deben contemplarse medidas apropiadas para la protección de todas las personas del humo de tabaco.

El artículo 11 fija que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promoció de manera falsa, equivocada, engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, y que todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Estas deberían ocupar el 50 % o más de las superficies principales expuestas.

Como parte del CMCT de la OMS, Uruguay adoptó asimismo la Declaración de Punta del Este sobre la aplicación del CMCT de la OMS y la Declaración de Seúl, que reflejan el compromiso de las partes del CMCT de aplicar el convenio.

Marco Regulatorio Interno

El artículo 44 de la Constitución uruguaya dispone que el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral, social de todos los habitantes del país. Entre enero y octubre de 2005 Uruguay dispuso múltiples decretos en materia de control del tabaco, siguiendo lo previsto en el CMCT.

El 18 de agosto de 2008, considerando las disposiciones del artículo 44 de la Constitución, el CMCT, la Ley 18.256 y el Decreto 284, el Ministerio de Salud Pública de Uruguay (MSP) emitió la Ordenanza 514 en la que adoptaba la RPU, que entró en vigor en el mes de febrero de 2009. Esta Ordenanza requería el uso de pictogramas que consistían en cinco imágenes combinadas con cinco declaraciones a ser impuestas en el 50 % de las áreas pertinentes (mitad inferior) de todas las cajetillas de cigarrillos y productos de tabaco. El artículo 3 de la ordenanza requería que cada una de las marcas de los productos de tabaco tuviera una presentación única, prohibiendo así el uso de múltiples presentaciones de cualquier marca de cigarrillos. Las empresas de tabaco solo podían comercializar una variante por cada familia de marcas.

La Regulación 80/80 se plasma en el Decreto del Poder Ejecutivo 287/009 sancionada el 15 de junio de 2009, el cual entró en vigor el 22 de diciembre de 2009. El artículo 1 disponía el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias a ser incluidos en la parte inferior de cada uno de los laterales

principales de cada cajetilla de cigarrillos, de 50 a 80 %. Como consecuencia de la medida, las empresas de tabaco se vieron obligadas a limitar la presentación de sus respectivas marcas en el restante 20 % de la parte anterior y de la parte posterior del envoltorio.

C. Los efectos alegados de las medidas impugnadas

El desacuerdo radica en la determinación de si el uso o la prevalencia del consumo de tabaco han aumentado, permanecido constante o disminuido en Uruguay como resultado de la RPU o la Regulación del 80/80. Asimismo las partes disienten en la determinación de si las medidas impugnadas han incentivado a los consumidores a dirigirse al mercado ilícito.

Sobre la utilización del tabaco en Uruguay con anterioridad y posterioridad a las medidas impugnadas

En el período comprendido entre los años 1998 y 2006, la prevalencia del consumo de tabaco en los adultos permanecía alrededor del 32 %, no obstante la prueba documental sugiere que el uso del tabaco en Uruguay ha disminuido en la última década. Los estudios plantean que «La campaña de control del tabaco, considerada en su conjunto fue, en realidad, responsable del marcado incremento de las tasas de abandono» (párrafo 137). Asimismo, las partes disienten respecto de si la forma correcta para determinar el efecto de las medidas impugnadas en la salud de la población radica en la prevalencia del tabaquismo o en el consumo de tabaco. El tribunal subraya que Eromonitor, la compañía de investigación de mercado en la que se basan ampliamente las demandantes hace referencia a las cifras de la «prevalencia del tabaquismo» en lugar al volumen general de ventas para evaluar el estado del uso del tabaco en Uruguay. Estos informes, que fueron incluidos en el expediente con respecto a los períodos comprendidos entre 2008-2015 tanto por las demandantes como por la demandada, confirman la disminución de la prevalencia del tabaquismo en Uruguay.

El expediente demuestra también que Uruguay ha recibido un respaldo considerable de la comunidad internacional en temas de salud pública respecto de las medidas impugnadas lo que incluye la OMS, la Organización Panamericana de la Salud (OPS), los Estados miembros del Mercosur y del sector privado.

Las inversiones de las demandantes y la competencia de mercado con anterioridad y posterioridad a las medidas impugnadas

Si bien no es materia de controversia que después de la entrada en vigor de la RPU, Abal eliminó siete de sus trece variantes, esto representa aproximadamente el 20 % de las ventas de Abal en el país. Las demandadas alegan que las medidas impugnadas también habían modificado significativamente la competencia en el mercado y que han incentivado a los consumidores a dirigirse al mercado ilícito.

D. Los procedimientos ante los tribunales nacionales en relación con las medidas impugnadas

En el sistema judicial del Estado anfitrión, dadas sus características, se desarrollaron varios procesos en relación a las medidas impugnadas, a saber: 1) el procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) por medio del cual se procura que la Ordenanza 514 y su requisito de las Presentación Única, sean declarados nulos; y 2) ante el TCA y la Suprema Corte de Justicia (SCJ) respecto de la Regulación 80/80. Las decisiones pronunciadas en estos casos constituyen el fundamento del reclamo de denegación de justicia de las demandantes.

E. El marco regulatorio aplicable a marcas registradas en Uruguay

Las partes disienten respecto a si el marco regulatorio confiere a los titulares de las marcas registradas solo el derecho de impedir que otras personas utilicen las marcas registradas, o también el derecho de utilizar dichas marcas registradas, o también en el derecho de utilizar dichas marcas registradas en el comercio. Las demandantes sostienen la segunda postura, mientras que la demandada afirma que no hay disposición alguna en el Derecho que cree un derecho de uso. El marco legal para las marcas en Uruguay fue dispuesto por la Ley 17.011 sancionada el 25 de setiembre de 1998 (Ley de Marcas), que fuera reglamentada por el Decreto 34/99. El artículo 1 de esta ley define a las marcas como «todo signo con aptitudes para distinguir los productos o servicios de una persona física o jurídica de otra».

Ambas parte concuerdan en que la Ley de Marcas en Uruguay se funda en una serie de convenios en materia de propiedad intelectual de los cuales Uruguay es parte. Como es el caso del Tratado de Montevideo de 1892, que dispone en su artículo 2 que «la propiedad de una marca de comercio o de fábrica comprende la facultad de uso». Adicionalmente, Uruguay es parte del Protocolo de Armonización de Normas sobre la Propiedad Intelectual en el Mercosur, en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominación de origen de 1998. El artículo 11 del Protocolo indica que «el registro de marcas conferirá a su titular el derecho de uso exclusivo». Según las demandantes, el protocolo del Mercosur ha sido incorporado a la legislación nacional y, en consecuencia, es aplicable a todos los titulares de marcas registradas en Uruguay. En opinión de la demandada, el Protocolo solo es aplicable entre los Estados parte que lo han ratificado.

Responsabilidad

Las demandantes afirman que la demandada ha violado los artículo 3 (1), 3 (2), 5 y 11 del TBI bajo análisis. El tribunal analizará por turnos cada una de los reclamos de las demandantes.

A. Derecho aplicable

El artículo 42 del Convenio CIADI dispone:

(1) El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

En vista de la disposición anterior, el tribunal debe determinar si ha ocurrido efectivamente una violación, es una cuestión que debe decidirse sobre la base del propio TBI Uruguay-Suiza y otras normas aplicables de derecho internacional, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes, incluidas las normas de la legislación uruguaya aplicable a ambas partes.

B. Expropiación en virtud del artículo 5 del Tratado

La posición de las demandantes es que al imponer la RPU y la Regulación del 80/80, la demandada expropió su inversión en violación del artículo 5 del TBI Uruguay-Suiza.

A su vez, según la demandada, la RPU y la Regulación del 80/80 no pueden considerarse expropiatorias en tanto constituyeron el ejercicio legítimo del poder soberano de policía del Estado (*State's sovereign police powers*) de proteger la salud pública. Por tanto, sostiene que, en cualquier caso, el reclamo por expropiación de las demandantes no tiene cabida en lo que se refiere al fondo por, al menos, tres motivos diferentes: 1) con posterioridad a la adopción de las medidas, Abal continuó siendo rentable; 2) las demandantes en su calidad de inversor carecían de derechos pasibles de ser expropiados en virtud de la legislación que los creara; 3) las demandantes no ostentan un título válido sobre las marcas, en tanto no han registrado las modificaciones realizadas en las características descriptivas de esas variantes cuyo uso se vio afectado por las medidas impugnadas.

El estándar jurídico

Las demandantes sostienen que en virtud del artículo 5, toda expropiación lícita debe estar acompañada de una indemnización efectiva y adecuada, aun cuando las acciones se adopten persiguiendo el interés general.

Según la demandada, antes de determinar si se han cumplido las condiciones para una expropiación lícita en virtud del artículo 5, el tribunal debe determinar si las medidas impugnadas fueron de carácter expropiatorio. En otras palabras, si un acto no constituye una expropiación, el artículo 5 no es aplicable en Derecho. «Si se reconoce la responsabilidad de los Estados por causa de expropiación toda vez que una reglamentación tuviera una repercusión adversa, se volvería imposible gobernar de manera efectiva» (párrafo 190).

Asimismo, el tribunal observa que el título legal de la propiedad que representa la inversión de las demandantes no se vio afectado por las medidas impugnadas. De hecho, Abal continuó siendo el propietario registrado o licenciario de las marcas comerciales relevantes y conservó su derecho a protegerlas mediante una acción por infracción. Por tanto, surge con claridad que el reclamo de las demandantes se relaciona con una expropiación indirecta o *de facto*.

La pretensión

Las demandantes no controvierten que el negocio de Abal continúa siendo un negocio rentable. Sin embargo, sostienen que cada activo de marca —incluida cada variante y cada marca— constituye una inversión individual por sí sola. Así, la discontinuidad de cada una de las variantes de la marca, o la interferencia con cada una de las marcas restantes, constituye una expropiación. Asimismo, las demandantes también abordan dos defensas planteadas por la demandada: la doctrina del poder de policía y la supuesta ausencia de derechos de propiedad de las demandantes que podrían ser objeto de una expropiación.

Adicionalmente, la demandada rechaza asimismo el argumento de las demandantes de que debería considerarse que cada uno de sus activos de marcas fue afectado en forma independiente por las medidas impugnadas. Por el contrario, la demandada sostiene que, en el contexto de los reclamos de expropiación indirecta, el análisis debe centrarse en la inversión en su conjunto, en forma global, no en sus partes individuales.

En vista de lo anterior y a fin de establecer si las inversiones de las demandantes han sido expropiadas, el tribunal analizará cada uno de los siguientes interrogantes por separado: a) ¿Eran las demandantes las titulares de las marcas prohibidas?; b) ¿Una marca confiere el derecho de uso o solo el derecho de protección contra el uso por parte de terceros?; y c) ¿Han expropiado la inversión de las demandantes las medidas impugnadas?

- a. ¿Las demandantes eran las titulares de las marcas prohibidas?

El tribunal observa que al afirmar que la demandada no puede solo al llegar a esta etapa impugnar la titularidad de las marcas, las demandantes

no invocan fundamentos de derecho en sustento de su postura. Además, observa que esta objeción no se desarrolló en la audiencia.

La cuestión de la titularidad de las marcas debe determinarse en virtud de la legislación uruguaya en materia de propiedad intelectual, puesto que las marcas aquí controvertidas están registradas en Uruguay y existen, en su caso, conforme al Derecho uruguayo. Asimismo, el tribunal ha observado que incluso si el artículo 13 de la Ley de Marcas exige que las alteraciones a las marcas se sometan a un nuevo registro, la Ley «no niega la protección a las alteraciones sobre la base del primer registro».

Considera que a la luz de sus otras conclusiones respecto al reclamo por expropiación, no es necesario llegar a una conclusión definitiva acerca de la titularidad de las demandantes sobre las marcas prohibidas. Asumirá, sin tomar una decisión, que las marcas seguían bajo la protección de la Ley de Marcas de Uruguay.

- b. ¿Una marca confiere el derecho de uso o solo el derecho de protección contra el uso por parte de terceros?

La cuestión central en torno a las marcas son los derechos que una marca registrada confiere a su titular conforme al Derecho uruguayo. El tribunal señala que nada en el Convenio de París establece en forma expresa que una marca otorgue el Derecho positivo al uso, si bien está claro que una marca se puede cancelar, si no ha sido utilizada durante un período razonable.

En la opinión del tribunal, ambas partes se han enfocado en la dicotomía entre un derecho de uso y un derecho de protección. Sin embargo, puede ser más fructífero analizar el caso como una cuestión entre un derecho absoluto versus un derecho exclusivo de uso. La titularidad de una marca, en ciertas circunstancias, sí otorga un derecho de uso de la marca. Se trata de un derecho de uso que existe frente a terceros, un derecho exclusivo, pero relativo. No es un derecho absoluto que pueda oponerse al Estado en su calidad de regulador.

El tribunal entiende que conforme al Derecho uruguayo o a los convenios internacionales de los que Uruguay es parte, el titular de una marca no goza de un derecho absoluto de uso, libre de toda regulación, sino de un derecho exclusivo de excluir a terceros del mercado de modo que solo el titular de la marca tenga la posibilidad de usar la marca en el comercio, sujeto a la potestad regulatoria del Estado.

- c. ¿Las medidas impugnadas han expropiado la inversión de las demandantes?

Para el tribunal la ausencia del derecho de uso no significa que los derechos marcarios no sean derechos de propiedad conforme a la legislación uruguaya, tal como argumentan las demandantes. Asimismo, en lo que

concierna a la alegación de la demandada de que las demandantes carecen de un título válido sobre las marcas prohibidas, el tribunal se remite a su decisión en ese respecto.

Por tanto, el tribunal concluye que las demandantes tenían derechos de propiedad relacionados con sus marcas pasibles de expropiación. Ahora, deberá analizar si las medidas impugnadas tenían un carácter expropiatorio en relación con la inversión de las demandantes.

En la opinión del tribunal, no hay siquiera argumentos *prima facie* para la expropiación indirecta por parte de la Regulación del 80/80. La marca Marlboro y otros elementos distintivos siguieron apareciendo en las cajillas de cigarrillos en Uruguay y eran reconocibles como tales. Una limitación del 20 % del espacio disponible no podría tener un efecto sustancial sobre el negocio de las demandantes, puesto que solo consistió en una limitación a las modalidades de uso de las marcas relevantes, impuesta por la ley. Por consiguiente, no se admite el reclamo de que la Regulación del 80/80 violó el artículo 5 del TBI bajo análisis. El tribunal considera que a fin de determinar si la RPU tuvo un carácter expropiatorio en el presente caso, el negocio de Abal debe considerarse en su conjunto, puesto que la medida afectó a sus actividades en su totalidad. En la opinión del tribunal, respecto de un reclamo basado en la expropiación indirecta, no habrá expropiación mientras persista un valor suficiente tras la implementación de las medidas impugnadas. Tal como confirmaran las decisiones en materia de tratados de inversión, la pérdida parcial de las utilidades que hubiese generado la inversión en el supuesto de que la medida no se hubiese adoptado, no le confiere a la medida un carácter expropiatorio.

En la opinión del tribunal, la adopción de las medidas impugnadas por parte de Uruguay constituyó un ejercicio válido del poder de policía del Estado, con la consecuencia que desestima el reclamo de expropiación en virtud del artículo 5 del TBI Uruguay-Suiza. En su decisión sobre Jurisdicción, el tribunal señaló que el tratado «no evita que Uruguay, en ejercicio de su facultad soberana, regule los productos nocivos con el fin de proteger la salud pública luego de que se hayan admitido las inversiones en el área» (párrafo 288).

El artículo 5 del TBI se debe interpretar de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados, que exige que las disposiciones de los tratados se interpretan a la luz de toda forma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes, incluyendo el Derecho Internacional Consuetudinario.

La protección de la salud pública se ha reconocido como una manifestación esencial del poder de policía del Estado por mucho tiempo, como también lo indica el artículo 2 del TBI, que permite que los Estados contratantes se nieguen a admitir inversiones «por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad». En la opinión del tribunal, las disposiciones que han surgido

como consecuencia de múltiples casos similares reflejan la postura del Derecho Internacional General.

Se debe destacar que la RPU y la Regulación del 8o/8o se han adoptado en observancia de las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud pública. El artículo 44 de la Constitución uruguaya reza lo siguiente: «El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país».

Tal como afirmara la profesora Barrios, «es en el marco del cometido esencial de protección de la salud pública en que el Estado puede impedir, limitar o condicionar la comercialización de un producto o servicio y, a consecuencia de esto, se impide, limita o condiciona el uso de la marca que lo identifica» (párrafo 432). El artículo 7 consagra el principio de protección conforme al cual «los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida», y el artículo 46 sugiere que el Estado «combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales».

Para que las acciones de un Estado en el ejercicio de sus potestades regulatorias no conformen una expropiación indirecta, las acciones deben cumplir ciertas condiciones. Entre aquellas mencionadas con mayor frecuencia se encuentra la condición de que las acciones se tomen de buena fe en aras de proteger el bienestar público, y deban ser no discriminatorias y proporcionadas. El tribunal considera que la RPU y la Regulación del 8o/8o cumplen con estas condiciones.

Uruguay adoptó las medidas impugnadas con el fin de proteger la salud pública en observancia de sus obligaciones nacionales e internacionales. En la opinión del tribunal las medidas impugnadas se tomaron de buena fe y en forma no discriminatoria. Las medidas fueron proporcionales al objetivo al que aspiraban, muy lejos de su impacto adverso limitado sobre el negocio de Abal.

Contrario a los argumentos de las demandantes, las medidas impugnadas no fueron arbitrarias e innecesarias, sino potencialmente un medio efectivo para la protección de la salud pública, una conclusión que también respaldaron los escritos presentados por la OMS y la Organización Panamericana de la Salud como *amicus curiae*.

El hecho es que la incidencia del cigarrillo en Uruguay ha disminuido, en particular entre los jóvenes fumadores, y que estas son medidas de salud pública que apuntaban a este fin y fueron capaces de contribuir a su alcance. En la opinión del tribunal, esto es suficiente para desestimar el reclamo planteado en virtud del artículo 5 del TBI Uruguay-Suiza.

A la luz de lo expuesto, el tribunal llega a la conclusión de que las medidas impugnadas fueron un ejercicio válido del poder de policía de Uruguay para la protección de la salud pública. En este carácter, no pueden constituir una expropiación de la inversión de las demandantes. También por este motivo debe rechazarse el reclamo de las demandantes acerca de la expropiación de su inversión.

C. Denegación del tratamiento justo y equitativo conforme al artículo 3 del Tratado

El artículo 3, que se encuentra bajo el título «Protección y tratamiento de inversiones» establece, en su parte pertinente: «Cada Parte Contratante asegurará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante».

Las demandantes alegan que al promulgar las medidas impugnadas, la demandada sometió a sus inversiones a un tratamiento injusto e inequitativo, en violación del artículo 3 del TBI Uruguay-Suiza por los siguientes motivos: 1) las regulaciones son arbitrarias porque «no sirven a un fin público y al mismo tiempo causan un daño considerable a las demandantes»; 2) las medidas socavan las expectativas legítimas de las demandantes respecto del uso y goce de sus inversiones, incluidas las expectativas de las demandantes de que se les permitiría usar sus valiosos activos de marca; y 3) las regulaciones «destruyen la estabilidad jurídica que Uruguay prometió en el TBI en cuestión y en la que Abal se basó al desarrollar y desplegar sus activos de marca» (párrafo 309).

El estándar jurídico

Las partes coinciden en que el estándar de trato justo y equitativo (TJE) tiene sus orígenes en el estándar mínimo de tratamiento que el Derecho Internacional exige hace ya mucho tiempo. También están de acuerdo en que el estándar de responsabilidad del Estado por la falta de protección de los derechos de los extranjeros con arreglo al Derecho Internacional Consuetudinario se articuló por primera vez en el caso *Neer*.

Sin embargo, las partes disienten respecto del contenido del estándar jurídico aplicable conforme al tratado. Según las demandantes, el tratado dispone un estándar autónomo, mientras que la demandada sostiene que el artículo 3 del TBI se refiere al estándar mínimo de tratamiento que se debe a los extranjeros con arreglo al Derecho Internacional Consuetudinario. Tampoco concuerdan respecto del contenido y la interpretación del estándar mínimo de tratamiento conforme al Derecho Internacional Consuetudinario.

Para comenzar, el tribunal observa que la ausencia de cualquier referencia en el artículo 3 del TBI al tratamiento con arreglo al Derecho Internacional o al Derecho Internacional Consuetudinario o a un estándar mínimo de tratamiento no significa que el tratado cree un estándar de TJE autónomo. Ante la ausencia de toda redacción adicional descriptiva, la referencia al TJE del artículo 3 no puede entenderse como el tratamiento exigido por el estándar mínimo de tratamiento del Derecho Internacional.

Como cualquier otra disposición de un tratado, el texto del artículo 3 del TBI debe interpretarse conforme a los cánones normales de interpretación de los tratados, tal como se estipula en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados. Esto incluye la

interpretación conforme al Derecho Internacional general, como se establece en el artículo 31, que exige que los tratados se interpreten a la luz de «toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Entonces, el alcance y el contenido del TJE conforme al artículo 3 se deben determinar por referencia a las normas del Derecho Internacional, siendo el Derecho Internacional Consuetudinario parte de dichas normas.

Tal como han entendido los tribunales en materia de inversión, si un tratamiento en particular es justo y equitativo depende de las circunstancias de cada caso. Sobre la base de las decisiones de los tribunales en materia de inversión, las situaciones fácticas típicas han llevado a una autoridad en la materia a identificar los siguientes principios como aquellos que se engloban dentro del estándar de TJE: transparencia y protección de las expectativas legítimas de los inversores; la libertad de la coerción y el acoso; la corrección procesal y el debido proceso, y la buena fe. En una serie de casos en materia de inversión, los tribunales han intentado dar un significado más definido al estándar de TJE, identificando formas de conductas del Estado contrarias a la justicia y la equidad.

Por tanto, el tribunal concuerda en que varios de los aspectos de la conducta del Estado, indican una violación al estándar de TJE.

La pretensión

LA POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

a. Las medidas impugnadas son arbitrarias

Las demandantes consideran que para evaluar si una medida impugnada es arbitraria, «los tribunales han examinado la racionalidad de la medida y del proceso de toma de decisiones que llevó a su adopción, la existencia de un fin público genuino, y la presencia de una conexión razonable entre los objetivos perseguidos por el Estado y la utilidad de las medidas elegidas» (párrafo 326).

Al referirse a este estándar, las demandantes consideran que las medidas impugnadas son arbitrarias según los siguientes argumentos: 1) la RPU: no hay conexión entre el supuesto razonamiento de la demandada para la adopción de la medida y la medida regulatoria real en cuestión. Por ende, las medidas «perjudican la inversión de las demandantes *y no están razonablemente relacionadas con los objetivos aducidos por la demandada*» (párrafo 327); 2) la Regulación del 80/80: no hay pruebas de que el Gobierno haya deliberado significativamente acerca de la medida, o de que la medida fuese necesaria para aumentar la conciencia sobre los efectos del cigarrillo en la salud y así impulsar el objetivo aducido de reducir el consumo de tabaco.

b. Las expectativas legítimas de las demandantes

Las demandantes alegan también que el estándar de tratamiento justo y equitativo del TBI Uruguay-Suiza exige que las Partes Contratantes

proporcionen un tratamiento que no afecte las «expectativas básicas» que el inversor extranjero tomó en cuenta al momento de realizar la inversión.

c. La estabilidad jurídica de Uruguay

Las demandantes invocan el laudo del caso Occidental c. Ecuador, y alegan que las obligaciones de tratamiento justo y equitativo de la demandada bajo el Tratado exigen que Uruguay proporcione un sistema jurídico razonablemente estable y previsible. Las demandantes aceptan que el Estado tiene la prerrogativa de ejercer sus facultades legislativas y regulatorias, pero consideran que estas no deben estar por fuera del margen de cambio aceptable.

d. La Doctrina de la conducta fraudulenta (*Doctrine of unclean hands*)

La demandada alega que el reclamo de las demandantes en virtud del TJE se debería imposibilitar sobre la base del principio de *ex dolo malo non oritur actio* (la acción legal no puede surgir de un engaño doloso) o la «doctrina de la conducta fraudulenta». Las demandantes aducen que la demandada carece de todo fundamento para su defensa, sea de hecho o de derecho.

La posición de la demandada

La demandada sostiene que incluso si el tribunal acoge el estándar de tratamiento autónomo que exige que las medidas no sean a) arbitrarias, b) inconsistentes con legítimas expectativas o c) que priven a los inversores de estabilidad jurídica, el caso de las demandantes no prosperaría de todos modos.

¿Son arbitrarias las medidas adoptadas?

Las demandantes plantean que las medidas se tomaron sin suficiente respaldo científico, que los funcionarios públicos actuaron sin la debida consideración, que no hay una relación entre las medidas y los objetivos, y que la medida es arbitraria. El tribunal toma la definición del caso ELSI de arbitrariedad, y considera que las medidas no son arbitrarias. Argumenta que fueron tomadas para proteger la salud, y se basa en los aportes de OMS, OPS sobre los daños que causa el tabaco. La OPS también destaca que la industria tabacalera recurre a métodos engañosos de marketing y publicidad, y comercialización, además medidas como las que tomó Uruguay han resultado ser efectivas.

Sobre los cigarrillos *light*, ligeros o de bajo alquitrán, el tribunal señala que existían registros, incluso en la propia Philip Morris, de colocar las marcas de forma tan estratégica que pudieran otorgar más seguridad respecto a la salud. El tribunal también señala el caso de EE. UU. vs. Philip Morris del año 2006, en donde los propios registros de la compañía establecen que desde 1970 ya son conscientes de la percepción errónea y más favorable de los clientes hacia los cigarrillos *light*, y que, en el caso de EE. UU., las personas creían que los cigarrillos *light* eran una buena alternativa para dejar de fumar.

Se señala que Uruguay por sus condiciones socioeconómicas y la falta de producción científica, el cumplimiento del CMCT le permitió al país generar experiencia en el área, hasta el punto, según señala la OPS poder trabajar en colaboración y apoyo con otros países respecto a este tema. Uruguay a partir del año 2000 crea grupos de estudio, investigación y trabajo sobre este asunto. En el año 2004 se crea la Comisión Nacional Asesora para el Control del Tabaco del MSP (Comisión Asesora del MSP) para analizar las obligaciones del CMCT luego de que este fuera ratificado. Todas las medidas que tomó el país son entorno al cumplimiento de dicho convenio, y queda plasmado en la Ley 18.256 artículo 2. Esta ley junto con el Decreto 284/004 es la base para futuras regulaciones.

El tribunal también considera que para Uruguay no era requisito la realización de más estudios sobre las medidas porque confió en la información suministrada por el CMCT, OMS Y OPS.

Sobre la denuncia de falta de apreciación de los funcionarios públicos que demanda Philip Morris, el tribunal lo desestima, porque no forma parte de los TBI. Uruguay argumentó que sí es un concepto que usó el Tribunal europeo de Derechos Humanos, para interpretar el artículo 1 del protocolo del convenio, pero no es una disposición análoga del TBI. El tribunal considera que el margen de apreciación, que debe ser reconocido por las autoridades regulatorias al aplicar políticas públicas, se aplica igualmente a las reclamaciones que surgen en virtud de un TBI, al menos en ámbitos tales como el de la salud pública. La responsabilidad por las medidas de salud pública recae sobre el Gobierno y los tribunales constituidos en casos de inversión deberían prestar gran deferencia a los criterios gubernamentales, respecto de las necesidades nacionales en cuestiones como la protección de la salud pública.

En tales casos se debe respeto al «ejercicio discrecional del poder soberano que no se lleve a cabo de manera irracional ni de mala fe... lo que involucra numerosos factores complejos» (párrafo 399). Y toma como paralelo el caso capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte, Chemtura vs. Canadá, que versaba sobre la decisión administrativa de eliminar un pesticida, el lindano, por motivos de salud pública, y en la cual se establece que debe evaluar las medidas in concreto. Sobre el caso, considera que las medidas tenían como objetivo cumplir con las obligaciones del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), y que este, es un punto de referencia para evaluar la razonabilidad de las medidas.

REGULACIÓN DE LA PRESENTACIÓN ÚNICA

La medida controvertida está amparada a nivel nacional en la Constitución, la Ley 18.256, el Decreto 284, y la Ordenanza 514, cuyo preámbulo se refiere al CMCT. A nivel doméstico, el TCA confirmó que la medida no fue discriminatoria porque se aplica a inversores nacionales y extranjeros por igual, en la sentencia número 509, del 14 de junio de 2011, rechazando las objeciones de Abal Hermanos.

La empresa no niega la confusión que puede crear promover cigarrillos livianos o bajos en alquitrán, y que se asocian a un menor daño, o daño mitigando, según los mismos documentos de las demandantes se utilizaron en Uruguay, estas estrategias y otras que se usaron en los EE. UU.

La RPU al momento de su implementación no contaba con precedentes en otros Estados. Sin perjuicio de lo anterior, esta medida es más restrictiva que la exigida a los Estados conforme al artículo 11 (1) (a) del CMCT. Asimismo, resulta importante tener en cuenta que la RPU era algo incondicional; las dos medidas tienen el mismo fundamento; abordar la falsa percepción que podía probablemente crearse por el uso de colores y su asociación al anterior empaquetado y etiquetado, de que algunas variantes de marca, incluidas aquellas previamente publicitadas como «bajo alquitrán», «ligeros», «ultra-ligeros», o «suaves», son más saludables que otras.

Las demandantes alegan que la RPU fue demasiado amplio dado que prohíbe el uso de colores que por sí mismos no son engañosos, cuando dichos colores son utilizados en múltiples líneas de producto bajo una marca comercial común. En consecuencia, Uruguay respondió que «la RPU aplica un enfoque diferente al eliminar la capacidad de las empresas tabacaleras de utilizar el contraste de colores dentro de una familia de marcas para promover la falsa impresión de que existen diferencias sobre que es más saludable» (párrafo 406). Según las demandantes se favoreció a su competidor en Uruguay.

El tribunal observa que la amplitud o insuficiencia de la RPU no fue sorprendente dada la relativa novedad de tal reglamentación. Además de eso concluye que: a) la RPU no fue objeto de una investigación previa y detallada sobre sus efectos reales, que de todos modos hubiera sido difícil de realizar ya que implicaba una situación hipotética; b) hubo un análisis de la propuesta del Programa para el Control del Tabaco, en consulta con la Comisión Asesora del MSP, a pesar de que el rastro documental de tales reuniones fuera exiguo; c) la RPU era de la naturaleza de una «idea brillante» dentro del contexto de una determinación de políticas para desalentar la creencia popular en cigarrillos «más seguros» pero, como lo sostiene la OMS, «el fundamento de esta acción se basó en pruebas».

Respecto a la utilidad de la medida, el tribunal señala que las pruebas entre Uruguay y Philip Morris son discordantes, pero que no cree que sea necesario decidir si la RPU tuvo realmente los efectos que pretendía el Estado, sino que lo relevante es determinar si constituyó una medida «razonable» cuando fue adoptada. Independientemente de que la RPU fuera eficaz o no para abordar las percepciones públicas que el tabaco es saludable o de si las empresas pretendían, o pretendieron en el pasado, engañar al público sobre este asunto, es suficiente sostener, a la luz del estándar aplicable, que la RPU constituyó un intento de abordar una preocupación real sobre la salud pública, que la medida tomada no fue desproporcionada a dicha preocupación y que fue adoptada de buena fe. El efecto de la RPU fue prohibir el uso concurrente de determinadas marcas, sin

denegar a las demandantes los derechos negativos de uso exclusivo que les asiste respecto de dichas marca.

Por tanto, el tribunal es de la idea de que la RPU fue una medida razonable, no una medida arbitraria, gravemente inequitativa, injusta, discriminatoria, o desproporcionada, y ello es especialmente así si se tiene en cuenta su impacto relativamente menor sobre la actividad comercial de Abal. En suma, «el tribunal concluye, por mayoría, que su adopción no fue violatoria del artículo 3(2) del TBI» (párrafo 410).

LA REGULACIÓN DEL 80/80

La Regulación del 80/80 fue adoptada por el Decreto 287/009 del 5 de junio de 2009, y fue emitido conforme al artículo 9 de la Ley 18.256, que tenía como objetivo implementar el artículo 11 (1) (b) del CMCT. Esta disposición se basa en el artículo 11 (1) (b) (iv) del CMCT que establece se coloquen advertencias sanitarias en las cajillas de cigarrillos que «deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas». Asimismo, el Decreto 287/009 fue emitido luego de que las directrices del artículo 11 hubieran recomendado que las advertencias sanitarias deberían ocupar «más del 50% de las superficies principales expuestas» y deben proponerse que abarquen la mayor parte posible de dichas superficies.

Las demandantes denunciaron que la medida era discriminatoria en dos sentidos: 1) sostienen que fue impuesta como medida de castigo, en respuesta al uso de marcas de coartada por parte de Mailhos, su rival; y 2) La Regulación del 80/80 (así como la RPU) alentaba las ventas de contrabando en detrimento de sus ventas. No obstante, el tribunal desestima los dos puntos, al no encontrarse pruebas de que se relacionaran directamente con la adopción de la Regulación 80/80 al respecto, confirmando la validez de la Regulación 80/80 en la sentencia 512 del 23 de agosto de 2012.

Las demandantes también señalan que el Gobierno no deliberó de manera significativa sobre la adopción de la Regulación del 80/80. Sin embargo, consta en actas las reuniones entre el Presidente Vázquez y el Dr. Bianco, miembro de la Comisión Asesora del MSP, así como la orden de que el MSP fijara los límites del espacio, señalando que se evaluó incluso el 90 %, pero se dejó el 80 % para dejar espacio para la marca.

Según los informes presentados por ambas partes, las medidas impugnadas han contribuido a una disminución constante de la prevalencia del tabaquismo, pero al igual que con la RPU no se puede establecer exactamente cuál medida produjo el efecto deseado. Por tanto, la opinión que el tribunal ha expresado en relación con la eficacia de la RPU también es aplicable a la Regulación del 80/80, incluido el hecho de que la razonabilidad de la medida debe evaluarse a partir de la situación que prevalecía al momento de su adopción.

De esta manera, el tribunal entiende que este caso versa sobre una decisión de política legislativa tomada en un contexto de fuerte consenso científico

respecto de los efectos letales del tabaco. Se debe prestar una sustancial deferencia a las decisiones de las autoridades nacionales en relación con las medidas que deben tomarse para abordar un gran y reconocido problema de salud pública. El estándar de TJE no constituye un estándar justiciable de buen gobierno, y el tribunal no es una cámara de apelación. El artículo 3 (2) no dispone, por ejemplo, que un requisito de advertencia sanitaria del 50 % es justo, mientras que el requisito del 80 % no lo es. En un sentido, el requisito del 80 % es arbitrario ya que podría haber sido el 60 % o 75 %, de hecho, el 85 % o 90 %. Por tanto debía fijarse algún límite, y el equilibrio a alcanzar entre consideraciones contradictorias era en gran medida una cuestión a ser decidida por el gobierno. La manera en la que un gobierno exige que los reconocidos riesgos para la salud de los productos, tales como el tabaco, sean comunicados a las personas en riesgo, es una cuestión de política pública que debe librarse a la apreciación del regulador.

En suma, el tribunal concluye que la

Regulación del 80/80 fue una medida razonable adoptada de buena fe en aras de implementar una obligación asumida por el Estado en virtud del CMCT. No fue una medida arbitraria, gravemente inequitativa, injusta, discriminatoria, o desproporcionada, y ellos especialmente, si se tiene en cuenta su impacto relativamente menor sobre la actividad comercial de Abal. El tribunal concluye que su adopción no fue violatoria del artículo 3 (2) del TBI (párrafo 420).

LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DE LAS DEMANDANTES Y LA ESTABILIDAD JURÍDICA DE URUGUAY

Se establece que las modificaciones a la legislación general (al menos ante la ausencia de una cláusula de estabilización) no se impiden debido al estándar de trato justo y equitativo, a no ser que exceden el ejercicio del poder regulatorio normal del Estado receptor en aras de un interés público y que modifican el marco regulatorio en el cual se basó el inversor al momento en que realizó su inversión fuera del margen aceptable de cambios.

El tribunal toma como ejemplo las deliberaciones en los casos de EDF c. Rumania y de El Paso c. Argentina, *en* ambas sentencias los tribunales plantearon que a menos que el Estado haya hecho una promesa específica al inversor para que este invirtiera en el país, los inversores no pueden esperar que las leyes y regulaciones se mantengan incambiadas en la vida de un país. A su vez, la legislación al ser general, plural, no constituye una promesa. Es el inversor quien debe consultar al Estado si prevé que habrá cambios en la legislación.

Las demandantes alegan que ellas esperaban que Uruguay: a) permitiría a las demandantes que continúen el despliegue y la capitalización respecto de sus activos de marca; b) abstendría de imponer regulaciones restrictivas sin un objetivo bien fundamentado y legítimo; c) respetaría los derechos de propiedad intelectual; y d) garantizaría el acceso de las demandantes a un sistema judicial nacional justo, imparcial y eficaz. En consecuencia, dadas las acciones tomadas en el marco de la política antitabaco, sus expectativas fueron evisceradas.

Ante esto el tribunal señala que Philip Morris no presentó ninguna prueba de que el Estado Uruguayo le hubiera hecho alguna promesa en el momento en que realizó su inversión o después de realizarla. Junto con esto, el caso es sobre las regulaciones generales para la protección de la salud pública. No está relacionado con ningún compromiso específico asumido por el Estado. Los fabricantes y distribuidores de productos como los cigarrillos, que son dañinos para la salud no pueden tener expectativas de que no se impongan regulaciones nuevas y más onerosas, cuando la tendencia internacional es la contraria. Que haya sido una medida nueva, no significa un cambio en el orden jurídico.

En este sentido,

las disposiciones tales como el artículo 3 (2) del TBI no le prohíben a los gobiernos que promulguen nuevas normas, aun si son en avance de la práctica internacional, siempre que cuenten con una base racional y no sean discriminatorias. El artículo 3 (2) no garantiza que el Estado receptor no debe hacer nada por primera vez (párrafo 430).

La profesora Barrios, en representación de Uruguay, señaló que el Estado posee derechos inalienables para proteger la salud de sus ciudadanos; estos derechos están consagrados en el artículo 44 de la Constitución de la República y otros convenios internacionales, entre ellos el CMCT. Es en el marco de este derecho que el Estado puede tomar todas las medidas que considere pertinentes para proteger a la población.

En suma,

el tribunal concluye que mediante la adopción de las medidas impugnadas la demandada no ha violado el artículo 3(2) del TBI en relación con las «expectativas legítimas» y la «estabilidad del marco jurídico», si se tiene en cuenta que las demandantes no tenían expectativas legítimas de que dichas medidas o medidas similares no fueran adoptadas y, asimismo, si se considera que su efecto no fue tal como para modificar la estabilidad del marco jurídico uruguayo (párrafo 434).

D. Obstaculización del uso y goce de las inversiones de las demandantes en virtud del artículo 3 (1) del Tratado

El artículo 3 (1) del TBI reza:

Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones realizadas, de acuerdo con su respectiva legislación, por los inversores de la otra Parte Contratante y no obstaculizará con medidas injustificadas o discriminatorias la administración, el mantenimiento, uso, goce, crecimiento, venta y, en caso que así sucediera, la liquidación de dichas inversiones.

Según Philip Morris se violó este artículo, y que las medidas aplicadas son injustificadas (irracionales), afectando el uso, goce y crecimiento de sus inversiones. Además de ser arbitrarias, discriminatorias, y que hay una violación del trato justo y equitativo. Por su parte Uruguay señala que las medidas se aplicaron a

todas las empresas por igual, no fue una acción contra Philip Morris, y no son medidas ni discriminatorias ni injustificadas debidas, ya que se basan en la protección de la salud pública.

En consecuencia, «por los mismos motivos que se han esgrimido para desestimar el reclamo por violación del artículo 3 (2), el tribunal concluye que no hubo una violación del artículo 3 (1), desestimando el reclamo de las demandantes también en este sentido» (párrafo 446).

E. La inobservancia de los compromisos en cuanto al uso de marcas en virtud del artículo 11

El artículo 11 del TBI establece la observancia de los compromisos indicando que «cada una de las Partes Contratantes asegurará en todo momento la observancia de los compromisos adquiridos con relación a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante». A partir de esta disposición, Philip Morris alegó que la RPU, y la Regulación 80/80, Uruguay violó su compromiso de permitirles usar sus marcas, y que eso constituye una violación del artículo 11 al que consideran una cláusula paraguas. Cuando PMI negoció con Abal Hermanos su representación en Uruguay, esta incluyó el derecho a usar la marca, y excluir a terceros de hacerlo. Consideran que Uruguay se comprometió al aceptar el registro de las marcas, y que ese compromiso no fue cumplido ni respetado.

Uruguay desestima esto porque considera, que el artículo 11 no es una cláusula paraguas, que el registro de una marca no constituye un compromiso enmarcado en el artículo 11 del TBI, y que las marcas no fueron registradas en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial de Uruguay (DNPI) para beneficiarse de la protección legal. Por tanto, el país carece de compromisos con relación a las marcas en discusión en este procedimiento, puesto que Abal Hermanos no es titular de dichas marcas. Asimismo, el Derecho Marcario uruguayo no garantiza a las registrantes un derecho positivo a usar las marcas, solo brinda un derecho a excluir a terceros de hacerlo. Al no ser marcas registradas, no son marcas protegidas.

El tribunal considera que las marcas tienen protección a partir del derecho mercante uruguayo, pero que el país no adquirió ningún compromiso con las marcas. Asimismo reconoce que si la cláusula es paraguas o no, es un tema de profunda discusión académica, y la existencia de laudos contradictorios, citando diversos casos arbitrales,³⁹ llega a la conclusión de que el artículo 11 si es una cláusula paraguas, al menos para reclamos contractuales.

En conclusión, el tribunal entiende que «las marcas no constituyen «compromisos» que se encuentran dentro del alcance previsto en el artículo 11 del TBI. En consecuencia, se rechaza el reclamo de las demandantes sobre la violación del

39 sgs vs. Paquistán, sgs vs. Filipinas, sgs vs. Paraguay.

artículo 11 por parte de la demandada en razón de la adopción de las medidas impugnadas» (párrafo 482).

F. Denegación de justicia

La Regulación del 80/80

Las demandantes argumentan que en dos ocasiones existió denegación de justicia, en relación al artículo 3 (2) del TBI. En este sentido, se citan los fallos de la SCJ sobre la constitucionalidad de la Ley 18.256 (artículo 9) y el fallo del TCA sobre la legalidad y validez de la Regulación del 80/80, y que fueron contradictorios, sin que pueda recurrir a apelación. A su vez, señalan que el fallo del TCA equivale a una denegación de justicia porque en el momento de dictar la sentencia, no se abordó los argumentos ni las pruebas de Abal y sí se consideró la impugnación contra la misma regulación hecha por British American Tobacco (BAT).

Según Philip Morris es Uruguay quien debe probar que había más recursos jurídicos, que no fueron utilizados por la empresa, y así el país se libraría de recurrir en responsabilidad internacional ante la negación de justicia de los tribunales nacionales. Se plantea que

el Decreto 287 era inadmisibles en virtud de la legislación uruguaya de conformidad con cualquiera de las siguientes dos lecturas de la Ley 18.256: (a) si la Ley 18.256 solo le permitía al MSP imponer un requisito de que las advertencias cubrieran el 50 % de las cajillas, entonces la Regulación del 80/80 se extralimitaría en forma inadmisibles del alcance de la ley; y (b) si la Ley 18.256 le permitía al MSP exigir advertencias que cubrieran más del 50 % de las cajillas, entonces esa delegación de autoridad legislativa habría sido inadmisibles en virtud de la Constitución uruguaya, porque solo se permite al Poder Legislativo restringir derechos de propiedad fundamentales, incluidos los derechos de propiedad intelectual (párrafo 504).

En consecuencia, las demandantes señalan que la SCJ entendió que la Ley 18.256 es constitucional porque no le permitía al MSP que exigiera advertencias sanitarias que cubrieran más del 50 % de la superficie de una cajilla de cigarrillos. A su vez, el TCA, en su fallo del decreto que establece la Regulación del 80/80 es legal porque la Ley 18.256 *en efecto* permitía que el MSP exigiera advertencias que cubrieran más del 50 % de la cajilla. Por tanto el TCA contradice a la SCJ, generando fallos que se contradicen.

Uruguay considera que los fallos de la SCJ y el TCA respecto a la Ley 18.256 no son suficientes para equivaler a una denegación de justicia. Cada tribunal actúa en su ámbito, SCJ sobre la constitucionalidad de las leyes, y el TCA sobre el ámbito administrativo, por tanto, «cuando una ley es declarada constitucional, el TCA no se encuentra obligado a adoptar el razonamiento de la SCJ» (párrafo 511). Consecuentemente, estos temas son propios del Derecho Interno, y no constituyen por sí mismos una denegación de justicia.

Dado que para Uruguay, el error de los tribunales en la aplicación de la legislación interna, no es per se una denegación de justicia, son las demandantes quienes deben demostrar que agotó todos los recursos, constitucionales y extraordinarios, o el fracaso del sistema judicial en su conjunto.

A su vez, el tribunal señala que «los tribunales internacionales en materia de inversión no pueden operar como un tribunal de apelaciones para las sentencias de los juzgados o tribunales nacionales» (párrafo 494). Asimismo, considera que se puede violar el TJE cuando existe denegación de justicia. No obstante, para hacer una denuncia de denegación de justicia, primero hay que transitar por todas las medidas que establece el Poder Judicial del país y «deben existir “pruebas claras de... un indignante fracaso del sistema judicial” o una demostración de “injusticia sistémica” o que la “sentencia impugnada fuera claramente indebida y criticable”» (párrafo 500). Este hecho debió haber sido probado por las demandantes.

Sobre los fallos de la SCJ y el TCA, el tribunal remite a los mismos fallos donde se expresa que no están obligados a tener los mismos criterios, y que cada uno lauda en su ámbito de jurisdicción con independencia. Se recuerda que la SCJ señala que la Ley 18.256 se da en el marco de la aprobación del CMCT, y que el artículo 9 (basado en el CMCT) no delega en el Ejecutivo, sino que impone a las tabacaleras la obligación de que el etiquetado de las advertencias sea de mínimo el 50 %, y el Poder Ejecutivo solo debe controlar este cumplimiento. Asimismo, en cuanto el fallo del TCA, el tribunal señala que el Decreto 287 busca complementar la Ley 18.256, y como la ley establece un mínimo del etiquetado, es válido incrementarlo vía reglamentaria.

El tribunal reconoce que este mecanismo, que permite diferentes fallos en el sistema uruguayo, es inusual pero se ajusta a la tradición del Derecho Continental, como lo ha expresado oportunamente el Tribunal europeo de Derechos Humanos, artículo 6 del Convenio Europeo. En este punto, el tribunal entiende que no hay denegación de justicia dado que las demandantes

podieron, gozar de su/s oportunidad/es de ser oídas por un tribunal, y hubo un órgano judicial disponible con competencia para examinar la impugnación de la Regulación del 80/80 y que emitió una decisión correctamente fundada. El hecho de que no exista otro recurso frente a la sentencia del TCA, que no siguió el razonamiento de la SCJ, parece ser una peculiaridad del sistema judicial (párrafo 527).

En suma, por mayoría el tribunal sostiene que «no existió denegación de justicia en lo que refiere a los procesos de la Regulación del 80/80» (párrafo 536).

La regla de la presentación única

En cuanto al RPU, las demandantes entendieron que el TCA rechazó la objeción planteada por ellos a la Ordenanza 514, basados en un expediente presentado BAT, por el mismo tema y que el TCA se negó a enmendar el error. Por lo cual Uruguay habría cometido una denegación de justicia.

El reclamo sobre la Ordenanza 514 se basa en 3 argumentos: 1) solo el Poder Legislativo estaba facultado para menoscabar gravemente los derechos de propiedad, no el MSP (reserva de la ley); 2) la RPU excedía y era incompatible con las disposiciones legales que pretendía implementar, es decir, la Ley 18.256 y el Decreto 284/008; 3) el MSP no contaba con competencia para imponer la RPU dado que ni la Ley 18.256 ni el Decreto 284/008 ni tampoco la Constitución o el CMCT conceden expresamente al MSP la facultad de adoptar tal regulación.

Abal dice que el TCA falló solo por el punto 1) pero sobre los argumentos y pruebas que presentó BAT, aunque la sentencia tiene el nombre de Abal no se mencionan los otros dos puntos alegados, y sí se enumeran las marcas comerciales de BAT, y tampoco las pruebas presentadas por Abal, y que por esa razón hay denegación de justicia, porque se resuelve sobre la reclamación de otra empresa. Si sabiendo el TCA que cometió un error en su sentencia, y pudiendo corregirlo, se negó a hacerlo, la empresa no tuvo más posibilidades de apelar ni de invocar otros recursos para lograr que se tratara su objeción a la RPU.

Uruguay por su parte considera que el «TCA consideró la legalidad del acto administrativo en general, por ende, su determinación no varía dependiendo de la empresa tabacalera que impugna la medida» (párrafo 545), adicionalmente, «cuando el TCA decide sobre objeciones planteadas por diferentes partes contra el mismo acto administrativo general, tiende a abordarlas de manera integral» (párrafo 549). También considera que no es cierto que solo se trate en el título de la sentencia lo reclamado por Abal, porque en el resultando de la sentencia se hablan sobre los puntos planteados por esta empresa y no por BAT, y aunque se nombran las marcas de BAT en vez de las de Abal, considera que eso fue un pequeño error. A su vez, se niega que se hayan agotado todos los recursos, porque la empresa podría haber recurrido a la SCJ y pedir la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley 18.256, porque en virtud de esa ley, se aplica el decreto.

El tribunal es de la idea de que si los tribunales de un país se niegan a abordar un reclamo se trata de una denegación de justicia. Pero reconoce que los tribunales no les incumbe necesariamente abordar todos los argumentos presentados para llegar a una conclusión. Por tanto, el punto fundamental es ver si el TCA omitió o no, fallar sobre los puntos que planteó Abal. En este sentido, el tribunal «observa que en la sentencia del TCA se abordaron los tres argumentos esbozados por Abal para la impugnación del artículo 3 de la Ordenanza 514, tanto en el Resultando, como en el Considerando» (párrafo 558).

Asimismo, el tribunal entiende que las faltas procesales no constituyen una denegación de justicia en este caso, ni una violación del TBI, apelando a los

estándares más altos que se toman en cuenta en materia internacional para hablar de denegación de justicia. Se reconoce que existieron una serie de improcedencias procesales y una falta de forma, y el fallo del TCA no es una mera fotocopia entre del fallo de BAT con Abal.

EN CONCLUSIÓN, EL TRIBUNAL

determina que las improcedencias procesales no fueron suficientes en este caso para llegar al estándar de denegación de justicia y decide que tampoco existió una denegación de justicia en el proceso de la RPU (párrafo 580). En consecuencia, siendo este el caso, no es necesario abordar las cuestiones de falta de agotamiento de los recursos internos y cuantificación de daños respecto de ambos reclamos por denegación de justicia planteados por las demandantes (párrafo 581).

Costas del procedimiento

Conforme al artículo 61 (2) del Convenio CIADI y la Regla 47(1) (j) de las Reglas de Arbitraje, el tribunal debe decidir sobre la distribución de los costos del laudo, los honorarios de los miembros del tribunal, y otros costos relacionados. Las demandantes estimaron sus costos en 16.906.045,46 dólares, mientras que Uruguay estimó sus costos en 10.319.833,57 dólares.

Si bien el tribunal optó por aplicar el principio de que la parte vencida paga, entendió que cada parte se hará cargo de sus propios costos, pero en el caso de las demandantes deberán reintegrarle a Uruguay parte de los costos de esta última en el monto de USD 7.000.000 y sufragar todos los honorarios y gastos del tribunal y todos los honorarios y gastos administrativos del CIADI (USD 1.485.714,08).

Laudo

Por los motivos esgrimidos supra, el tribunal decide lo siguiente:

- (1) Se desestiman los reclamos de las demandantes; y
- (2) Las demandantes deberán abonar a la demandada la suma de USD 7 millones a cuenta de sus propios costos, y serán responsable de la totalidad de los honorarios y gastos del tribunal y los honorarios y gastos administrativos del CIADI, reintegrando a la demandada todos los montos abonados al Centro en ese sentido.

El Árbitro Born adjunta una declaración de disidencia (párrafo 590).

Opinión concurrente y disidente: Gary Born, árbitro

El árbitro Gary Born, designado por las demandantes, plantea su desacuerdo con el tribunal, y que su intención no es cuestionar la soberanía del Uruguay, pero no está de acuerdo en cuanto a la decisión sobre la denegación de justicia, tras los fallos discordantes de la SCJ y el TCA. En segundo lugar, tampoco concuerda con la decisión de la mayoría sobre la RPU relativa a que tal medida es violatoria del TJE, considerando que Uruguay incumplió el artículo 32 (2) del TBI. Sus diferencias con el tribunal en el laudo hacen hincapié en las garantías del acceso a la justicia y a la protección contra la conducta arbitraria del Uruguay.

En primer lugar, afirma que los fallos de la SCJ y el TCA están íntimamente relacionados, y que el sistema uruguayo tiene un mecanismo inusual al no tener una instancia que regule o donde se pueda acudir por las diferencias en fallos contradictorios. Y aunque esta sea la estructura del sistema, y que el sistema en su conjunto es el que genera una denegación de justicia en el caso, no puede excusarse en las rarezas del sistema uruguayo. En particular señala que además de la denegación de justicia, hay una violación a las garantías del derecho internacional.

En este sentido, afirma que

El principio de legalidad tiene como propósito garantizar la previsibilidad, la estabilidad, la neutralidad y la objetividad; y garantiza, asimismo, que las normas legales generalmente aplicables rijan las cuestiones humanas en lugar de la conveniencia personal o política. Cuando tribunales diferentes de un único sistema jurídico adoptan interpretaciones contradictorias para la misma legislación, se socava el principio de legalidad, exponiendo a los individuos a un tratamiento inconsistente, impredecible y arbitrario. En pocas palabras, [e]l hecho de que los litigantes puedan recibir respuestas diametralmente opuestas para la misma cuestión jurídica dependiendo del tipo de tribunal que entienda en sus casos solo puede socavar la credibilidad de los tribunales y debilitar la confianza pública en el sistema judicial (párrafo 42).

En relación a la RPU considera que ningún país del mundo ha impuesto estos requisitos. Por tanto, al no haber antecedentes ni la regulación internacional lo sugiere de manera textual, entiende que sí es una medida arbitraria y desproporcionada y por eso, violatoria del TBI. Y que la norma que fija el porcentaje del 50 % establece un mínimo, pero no un máximo. A su vez Uruguay no presentó pruebas concluyentes sobre la eficacia de esta medida, que considera irracional y apresurada. No obstante, reconoce que la industria puede usar medidas engañosas, pero no es materia del tribunal.

En consecuencia, el árbitro Born concluye que la RPU constituye una violación al TJE conforme al artículo 3 (2). Dicha medida, a su entender, «no guarda relación lógica alguna con su propósito legislativo declarado, aunque perjudica derechos importantes de los inversores de forma desproporcionada» (párrafo 129), sin perjuicio del poder soberano de policía de regular.

Anexo III. Tratados en materia de salud en los que Uruguay es parte

Tabla 3. Tabla de tratados en materia de salud en los que Uruguay es parte

Título del tratado	Fecha de celebración	Entrada en vigor	Firma o adhesión de Uruguay	Ley aprobatoria en Uruguay	Depósito de Uruguay	Entrada en vigor para Uruguay	Organización en que se enmarca o partes signatarias
Convención Internacional del Opio	23/01/1912	23/01/1912	29/12/1914	Ley N.º 5186	03/04/1916	10/01/1920	ONU
Protocolo relativo a la prohibición del empleo de gases asfixiantes tóxicos o similares y medios bacteriológicos	17/06/1925	08/02/1928	17/06/1925	Ley N.º 13.843	12/04/1977	12/04/1977	ONU
Constitución de la Organización Mundial de la Salud	22/07/1946	07/04/1948	05/01/1949	Ley N.º 11.246		13/01/1949	OMS
Convención Única sobre Estupefacientes	30/03/1961	13/12/1964	11/07/1974	Ley N.º 14.222		30/11/1975	ONU
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	16/12/1966	03/01/1976	21/02/1967	Ley N.º 13.751		03/01/1976	ONU
Convenio de cooperación y asistencia en materia de Salud Pública	08/07/1971	08/07/1971	22/06/1994	Ley N.º 16.511			Uruguay, Argentina
Protocolo de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes	25/03/1972	08/08/1975	11/07/1974	Ley N.º 14.222		08/08/1975	ONU
Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos	27/04/1973	26/03/1977	23/05/1979	Ley N.º 14.898			ASEP
Convenio de Cooperación y Asistencia a Salud Pública	22/11/1978	22/11/1978	22/11/1978				Uruguay, Argentina
Acuerdo sobre intercambio de Plasma y Hermoderivados	30/10/1985	30/10/1985	30/10/1985				Uruguay, Argentina

Título del tratado	Fecha de celebración	Entrada en vigor	Firma o adhesión de Uruguay	Ley aprobatoria en Uruguay	Depósito de Uruguay	Entrada en vigor para Uruguay	Organización en que se enmarca o partes o partes signatarias
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador»	17/11/1988	16/11/1999	17/11/1988	Ley N.º 16.519	21/11/1995	02/04/1996	OEA
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas	01/12/1988	20/12/1988	21/09/1994	Ley N.º 16.579		28/03/1995	ONU
Convención de los derechos del niño	20/11/1989	02/09/1990	26/01/1990	Ley N.º 16.137	20/11/1990	20/12/1990	ONU
Acuerdo entre Uruguay y Chile sobre Prevención, Control, Fiscalización y Represión del Consumo Indevido y Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y sus Precursores y Productos Químicos Específicos	22/03/1991	22/03/1991	30/09/1993	Ley N.º 16.422		04/10/1993	Uruguay, Chile
Acuerdo sobre Prevención, Control, Fiscalización y Represión del Consumo y Tráfico Ilícito de Estupefacientes	14/05/1991	22/04/1993	20/04/1993	Ley N.º 16.355			Uruguay, Paraguay
Convenio de Cooperación en Materia de Salud	08/07/1991	19/07/1994	22/06/1994	Ley N.º 16.511		17/07/1994	Uruguay, Argentina
Convenio para Prevención del uso indebido y represión de Tráfico Ilícito de Estupefacientes	05/08/1991	21/08/1995	04/10/1993	Ley N.º 16.423			Uruguay, Bolivia

Título del tratado	Fecha de celebración	Entrada en vigor	Firma o adhesión de Uruguay	Ley aprobatoria en Uruguay	Depósito de Uruguay	Entrada en vigor para Uruguay	Organización en que se enmarca o partes o signatarias
Acuerdo para la reducción de la demanda, prevención del uso indebido y combate de la producción y tráfico ilícito de estupefacientes	16/09/1991	07/07/1995	04/10/1993	Ley N.º 16.424			Uruguay, Brasil
Convenio de Asistencia Jurídica en Materia de Tráfico de Drogas entre Uruguay y Reino Unido	23/01/1992	20/01/1994	02/12/1993	Ley N.º 16.446		15/12/1993	Uruguay, Reino Unido
Convenio para la Prevención del uso indebido y represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y sus precursores y productos químicos esenciales	27/08/1997	24/10/2000	21/06/1999	Ley N.º 17.120			Uruguay, Ecuador
Acuerdo sobre Cooperación en materia de Prevención del uso indebido y la lucha contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas	18/03/1998	25/01/2002	15/06/2001	Ley N.º 17.354		25/01/2002	Uruguay, España
Convenio para la Prevención del uso indebido y prevención del Tráfico Ilícito de Estupefacientes	03/03/2000	14/01/2008	03/03/2000	Ley N.º 18.230		22/12/2007	Uruguay, El Salvador
Convenio Marco sobre el Control del Tabaco	21/05/2003	27/02/2005	19/06/2003	Ley N.º 17.793	09/09/2004	16/07/2004	OMS
Acuerdo de Reciprocidad entre el Ministerio de Salud y Ambiente de Argentina y el Ministerio de Salud Pública de Uruguay	11/11/2005	11/11/2005	11/11/2005				Uruguay, Argentina

Título del tratado	Fecha de celebración	Entrada en vigor	Firma o adhesión de Uruguay	Ley aprobatoria en Uruguay	Depósito de Uruguay	Entrada en vigor para Uruguay	Organización en que se enmarca o partes signatarias
Acuerdo entre Uruguay Venezuela para la Cooperación en la mejora de la Infraestructura Edilicia y de Equipamiento del Hospital Universitario de Clínicas Dr. Manuel Quintela de Uruguay	08/12/2005	08/12/2005	08/12/2005				Uruguay, Venezuela
Convenio Especifico entre el Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Células, Tejidos y Órganos (INOTR) de la República Oriental del Uruguay y el Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) de la República Argentina	21/12/2005	21/12/2005					Uruguay, Argentina
Plan de Cooperación en el Área de Salud	29/05/2006	28/07/2008	27/12/2006	Ley N.º 18.229		22/12/2007	Uruguay, Israel
Protocolo de enmienda al Acuerdo para la Cooperación mejorada de la Infraestructura Edilicia y de Equipamiento del Hospital Universitario de Clínicas Dr. Manuel Quintela de Uruguay	04/11/2006	04/11/2006	04/11/2006				Uruguay, Venezuela
Ajuste Complementario del Acuerdo sobre Permiso de Residencia, Estudio y Trabajo para Nacionales Fronterizos uruguayos y brasileños para Prestación de Servicios de Salud	28/11/2008	17/01/2010	02/09/2009	Ley N.º 18.546		17/01/2010	Uruguay, Brasil

Título del tratado	Fecha de celebración	Entrada en vigor	Firma o adhesión de Uruguay	Ley aprobatoria en Uruguay	Depósito de Uruguay	Entrada en vigor para Uruguay	Organización en que se enmarca o partes o partes signatarias
Memorándum de entendimiento entre el Representante del Organismo Andino de Salud «Convenio Hipólito Unanue (Oras-Cohnu)» y los Ministros de Salud de los Estados Parte del Mercosur para Transferencia de Tecnología del sistema de información (Vigiconhu)	28/11/2008	28/11/2008	28/11/2008				Argentina, Brasil, Uruguay, Bolivia, Paraguay, Venezuela, Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Guyana, Surinam
Cláusulas Complementarias al Acuerdo de Reciprocidad entre el Ministerio de Salud Pública de Uruguay y el Ministerio de Salud Pública de Argentina	02/06/2010						Argentina, Uruguay
Convenio Específico entre el Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Células Tejidos y Órganos de Uruguay y el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante de Argentina en materia de Trasplante ciudadanos naturales o legales uruguayos con residencia en Uruguay	24/11/2010						Uruguay, Argentina
Memorándum de Entendimiento en materia de Salud	30/05/2011	30/05/2011	30/05/2011				Uruguay, Brasil

Fuente: Elaborado por la estudiante de Abogacía-Notariado Florencia Dubois, bajo orientación del docente Felipe Michelini, a partir de datos de la Base de Tratados Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay a abril de 2017. Tabla en construcción.

Este libro aborda el sistema de solución de controversias inversor-Estado a partir de la fragmentación del Derecho Internacional y la adecuación o complementariedad de los regímenes de protección de inversiones y derechos humanos. El centro es el análisis del caso Philip Morris contra Uruguay, complementado por el estudio de otras controversias que involucran a Estados del hemisferio sur y presentan cuestionamientos a políticas públicas de derechos humanos (agua, igualdad, medio ambiente, salud). El trabajo cierra con el examen de los riesgos del arbitraje de inversiones, especialmente aquellos manifestados en los casos analizados, y la identificación de posibles caminos a explorar para la transformación del actual sistema.

ISBN: 978-9974-0-1680-4



9 789974 1016804