

Díaz Inverso, Rodrigo (2021). El trato justo y equitativo en el laudo Philip Morris vs. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo

Prólogo

Magdalena Bas Vilizzio

Investigadora posdoctoral del Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey (México), Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público de la Universidad de la República (de licencia), Integrante del Sistema Nacional de Investigadores.

«La manera en la que está organizado el mundo y cómo están distribuidos los recursos en él depende en gran medida de cómo operan las normas jurídicas», afirma Martti Koskenniemi en el prólogo a la edición española de su clásico libro «La política del Derecho Internacional» (2020, p. 31). El régimen de solución de controversias inversor-Estado no escapa a dicha idea. Las normas que regulan los derechos de los inversores extranjeros, la jurisdicción en caso de disputas, las obligaciones de los Estados huéspedes de la inversión, en particular el trato justo y equitativo, explican y sustentan un régimen cuyo auge coincide con un momento en que la protección del medioambiente o la salud pública no tenían la gravitación que tienen en nuestros días en las negociaciones internacionales, como señala la UNCTAD (2020).

En medio de un Derecho Internacional fragmentado, la solución de controversias inversor-Estado ha sido arena de disputa entre la protección de la inversión extranjera y, por ejemplo, la protección de la salud pública. Son ilustrativos los arbitrajes vinculados al acceso al agua y el saneamiento, derecho humano reconocido desde el 2010 por la Resolución 64/292 de la Asamblea General, como el caso Urbaser contra Argentina (caso CIADI número ARB/07/26). Pero también pueden citarse controversias sobre derechos de propiedad intelectual de medicamentos, como Eli Lilly contra Canadá (caso CIADI número UNCT/14/2), o vinculados a medidas de control del tabaquismo. Es en este último grupo que destaca como *leading case* la disputa entre Philip Morris y Uruguay (caso CIADI número ARB/10/7).

En tiempos de sindemia¹ por COVID-19, visitar el caso Philip Morris contra Uruguay es pertinente no solo por las discusiones en su marco, sino porque constituye un análisis ineludible para eventuales controversias en las que se discutan medidas adoptadas en ejercicio válido del derecho de regular en protección de la salud pública. Confirma esta idea la demanda registrada en el mes de agosto de 2021, por las concesionarias francesas del Aeropuerto de Santiago de Chile, ADP International y Vinci Airports (caso CIADI número ARB/21/40). Los inversores extranjeros cuestionan las medidas de cierre de fronteras y cuarentena tomadas por el Estado para mitigar la expansión del virus SARS-CoV-2, que, en definitiva, constituyen medidas de protección de la salud pública.

Por tanto, el análisis desarrollado en esta obra cobra especial relevancia. El Magister Rodrigo Díaz examina el laudo desde los márgenes del Derecho Internacional, el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal, poniendo la lupa sobre una de las cláusulas de los tratados bilaterales de inversión que más habitualmente canaliza las demandas contra los Estados: el trato justo y equitativo. En este sentido, tres elementos se destacan y operan como un hilo invisible que recorre la obra: la pugna entre soberanía y protección de inversiones, el trato justo y equitativo focalizado en el Estado huésped, y la necesidad de robustecer las instituciones estatales.

El autor cuestiona el condicionamiento de los poderes soberanos mediante la celebración de los mencionados tratados, cuyas cláusulas incluso pueden derivar en congelamiento normativo para terceros Estados por temor a eventuales demandas. Constituye un ejemplo claro la suspensión del tratamiento legislativo del proyecto de ley de empaque plano de cigarrillos en Nueva Zelanda, a consecuencia del caso Philip Morris Asia contra Australia (caso CPA número 2012-12). Justamente es en el marco de la tensión entre soberanía y protección de inversiones que se visualiza la transición hacia el concepto de soberanía regulatoria (Bas Vilizzio, 2020), manifestada en la disidencia o contestación del régimen por parte de Estados tanto del Sur Global -Bolivia, Ecuador (2009-2021), Venezuela, India, Sudáfrica, entre otros- como del Norte Global -particularmente la Unión Europea-. En la base de la soberanía regulatoria se encuentra la defensa del espacio de política pública y en su

¹ Se emplea el término sindemia para incorporar al análisis las condicionantes y efectos sociales y económicos, además del patógeno. El término es acuñado por Singer (2009) y recuperado por Horton (2020) para la COVID-19.

corazón el derecho de regular en un elenco de áreas como la protección del medioambiente, la salud pública o los derechos humanos.

El segundo elemento para destacar en esta obra es el estudio de la construcción del estándar del trato justo y equitativo desde una controversia concreta, más allá del concepto en abstracto. Dicho análisis incluso puede hacerse dirigiendo la mirada hacia la conducta del Estado huésped que implementa políticas públicas contra el tabaquismo, aunque estas tengan como efecto una situación más gravosa para el inversor extranjero. Cambiar el foco del debate constituiría un elemento clave y disruptivo para controversias en curso o futuras, además de aportar al debate académico, social y gubernamental en torno a la limitación al acceso al arbitraje por medidas adoptadas en el marco de una pandemia/sindemia.

Finalmente, también desde una mirada prioritariamente desde el Estado, el autor concluye que la disputa entre Philip Morris y Uruguay es una manifestación de la necesidad de robustecer las Administraciones nacionales desde la esfera técnica. De este modo, las eventuales demandas de inversores extranjeras podrían verse debilitadas frente a la evidencia empírica en la que se asientan las políticas públicas. Especialmente en materia de salud pública, las ideas del autor se acercan al paradigma de la vulnerabilidad propuesto por Martha Fineman (2010, 2019). El foco se coloca en el ser humano, cuya vulnerabilidad es una condición preexistente, y por consiguiente son las instituciones estatales las responsables de coadyuvar a la construcción de resiliencia -resiliencia como idea opuesta a la de vulnerabilidad-. Fortalecer a las instituciones estatales es parte del camino para la elaboración de mejores normas jurídicas que sustenten una mayor resiliencia.

En suma, este libro es una pieza pertinente y necesaria en tiempos en que el régimen de solución de controversias inversor-Estado atraviesa una profunda crisis de legitimidad. En este escenario, el aporte desde la academia es fundamental, particularmente si se tiene en cuenta que el «Derecho Internacional no es un «bien en estado puro» cuya existencia deba celebrarse sin críticas, sino que se trata de un proyecto imperfecto a ser examinado con atención, que debe rendir cuentas, y, ojalá, mejorarse»² (Scicluna, 2021, p. 22).

Referencias bibliográficas

² Cita original: «[International Law] is not an unvarnished good to be uncritically celebrated, but an imperfect project to be scrutinized, held to account, and, hopefully, improved.»

- Bas Vilizzio, M. (2020). Estado-empresas transnacionales: cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y redefinición de la soberanía a la luz de la protección de los derechos humanos. *Relaciones Internacionales*, 29(59), 272-294. <https://doi.org/10.24215/23142766e116>
- Fineman, M. A. (2019). Vulnerability and Social Justice. *Valparaiso University Law Review*, 53(2), 362-367. <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>
- _____ (2010). The Vulnerable Subject and the Responsive State. *Emory Law Journal*, 60, *Emory Public Law Research Paper No. 10-130*, 341-369. <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>
- Horton, R (2020). Offline: COVID-19 is not a pandemic. *The Lancet*, 396 (10255), 874. [doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6)
- Koskenniemi, M. (2020). *La política del Derecho Internacional*. Trotta.
- Sciicluna, N. (2021). *The politics of International Law*. Oxford University Press.
- Singer, M. (2009). *Introduction to syndemics. A critical systems approach to public and community health*. Jossey-Bass.
- UNCTAD (2020). *Investment policy responses to covid-19 pandemic. Investment Policy Monitor. Special Issue No. 4, Mayo 2020*. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf